

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

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

Año LXXXVIII • Marzo-Abril 2012 • Núm. 730

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

Don Luis Fernández del Pozo
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 Juan Vallet de Goytisolo
Notario

Don Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
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 CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

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 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

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

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios
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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«La notificación para el tanteo en la Ley de Arrendamientos Rústicos», por BEGOÑA FLORES GONZÁLEZ	703
«La normativa de liberalización de servicios y la actividad de notario y de profesiones jurídicas», por JOSU SAGASTI AURREKOETCHEA.	745
«El derecho de acrecer en los negocios <i>inter vivos</i> », por LAURA ZU- MAQUERO GIL	799

DICTÁMENES Y NOTAS

«Régimen jurídico de los bienes privativos confesados», por JOSÉ MA- NUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN	857
«La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual», por MARÍA DEL MAR MAN- ZANO FERNÁNDEZ	907

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	937
Comentarios a Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:	
«Doctrina de la DGRN sobre parcelaciones urbanísticas en Andalucía», por FRANCISCO JAVIER RUIZ BURSON	959

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- «El interés público en la información de malos tratos a menores: Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 987

1.2. Derecho de familia:

- «Derecho de visita de los abuelos. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 20 de octubre de 2011», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT 996
- «Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1037

1.3. Derechos reales:

- «La presunción causal del artículo 1277 del Código Civil en el Derecho Registral», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 1047

1.4. Sucesiones:

- «La revocación tácita de un testamento por otro posterior (Un breve estudio a propósito de la sentencia 129/2006 de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 11 de abril de 2006)», por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ 1064

1.5. Obligaciones y contratos:

- «La cesión de créditos garantizados con hipoteca: sus requisitos y efectos entre las partes y respecto de terceros», por ROSANA PÉREZ GURREA 1091

1.6. Responsabilidad civil:

- «Novedades en materia de asunción estatal de responsabilidad y transmisión de acciones civiles por terrorismo: el régimen jurídico del resarcimiento, según la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo», por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ 1111

1.7. Concursal Civil:

- «Las limitaciones patrimoniales del concursado y la ineficacia de los actos que contravienen aquellas», por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS 1131

2. MERCANTIL

- «La filiación de actividades sociales y el derecho de separación en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011», por FRANCISCO REDONDO TRIGO 1165

3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

- «El silencio administrativo tras el Real Decreto-ley 8/2011 y la consiguiente revisión de la última jurisprudencia de la Dirección General al respecto», por VICENTE LASO BAEZA .. 1189

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 1201

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «¿Conoce el Registro de la Propiedad?», de FRANCISCO SENA FERNÁNDEZ, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1227
- «Rome Convention. Rome I Regulation. Commentary. New EU Conflict of laws Rules for contractual obligations», de BĚLOHLÁVEC, ALEXANDER J., por GABRIEL GARCÍA CANTERO 1229

- REVISTA DE REVISTAS** 1233

ESTUDIOS

La notificación para el tanteo en la Ley de Arrendamientos Rústicos

por

BEGOÑA FLORES GONZÁLEZ
Doctora Europea en Derecho
Profesora Colaboradora de Derecho Civil
Departamento de Derecho Civil UNED

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA NOTIFICACIÓN PARA EL TANTEO:
 - 1. TEORÍAS MAYORITARIAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE NOTIFICACIÓN PARA EL TANTEO.
 - 2. OTRAS CONCEPCIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA NOTIFICACIÓN PARA EL TANTEO.
 - 3. LA NOTIFICACIÓN COMO ACTO JURÍDICO NO NEGOCIAL.
- III. FINALIDAD, REQUISITOS Y EFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN PARA EL TANTEO EN SU CONDICIÓN COMO ACTO JURÍDICO NO NEGOCIAL.
- IV. EFECTOS QUE PRODUCE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO.
- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 22.2 LAR de 2003 cuando regula el tanteo arrendaticio rústico establece como punto de partida para el ejercicio de este derecho la notificación fehaciente de la venta proyectada que debe efectuar el propietario de la finca rústica arrendada al arrendatario, indicándole las condiciones esenciales de la venta que ha concertado con el tercero. Una vez que el arrendatario haya recibido la notificación comienza el plazo de caducidad de sesenta días hábiles para ejercitar el derecho de tanteo que corresponde al arrendatario rústico.

Por tanto, del artículo 22.2 LAR de 2003 se deduce la identidad esencial entre tanteo y notificación, que ha sido declarada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. De modo que solo la notificación de la enajenación proyectada puede generar el derecho de tanteo, que sin ella no llega a nacer. Esto revela la importancia decisiva de la notificación para el tanteo, que constituye el núcleo vital del derecho de adquisición preferente previsto en la Ley de Arrendamientos Rústicos en su fase preadquisitiva. Además la notificación produce otro efecto primordial en cuanto pone en marcha el plazo de caducidad para ejercitar el tanteo. En consecuencia si el arrendatario no ejercita el derecho de tanteo en el plazo legal tiene lugar la extinción del derecho de adquisición preferente que la enajenación proyectada ha generado a su favor.

En el presente trabajo se hará referencia a la notificación para el ejercicio del tanteo en caso de compraventa de la finca rústica arrendada. Esto se debe a que el ejercicio del derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico en el caso de enajenaciones *inter vivos* distintas a la compraventa, previsto por el artículo 22.2 LAR de 2003, es un supuesto infrecuente y en consecuencia de escasa relevancia práctica (1).

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA NOTIFICACIÓN PARA EL TANTEO

La cuestión más dudosa que suscita la notificación para el tanteo es la precisión de su naturaleza jurídica. A este respecto nos encontramos con una disparidad de opiniones en la doctrina y la jurisprudencia. La necesidad de resolver este interrogante no responde solo, ni principalmente, a un afán de corrección científica y dogmática, sino sobre todo porque la posición que se adopte al respecto incide en la precisión de los efectos que produce el ejercicio del tanteo. De otro lado, solo si partimos de una concepción correcta sobre la notificación para el tanteo, es posible comprender cuál es la fundamentación causal del tanteo y del retracto, en definitiva, la razón de ser de estos «expedientes técnicos» frente a otros modos posibles de configurar el derecho de adquisición preferente.

Sobre esta cuestión existen distintas concepciones:

(1) Este dato se deduce de la jurisprudencia: únicamente existen dos sentencias, las SSTs de 18 de enero de 1996 (RJA 246) y de 7 de octubre de 1997 (RJA 7102) en las que el derecho de adquisición preferente se ejercita respecto a un negocio de transmisión *inter vivos*, distinto a la compraventa, y además en ambos supuestos, dadas las circunstancias concurrentes, el retracto es desestimado.

1. TEORÍAS MAYORITARIAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE NOTIFICACIÓN PARA EL TANTEO

A) *Teoría de la notificación para el tanteo como oferta de contrato*

Según esta tesis, la notificación es una declaración de voluntad que encierra una oferta de contrato destinada a ser aceptada por el titular del tanteo en el ejercicio de su derecho. Por ende, la actuación del tanteo implica la aceptación de la oferta efectuada al arrendatario que producirá la perfección del contrato de compraventa entre propietario y arrendatario en las condiciones notificadas. Esto significa que el ejercicio del tanteo responde al esquema contractual consagrado en el artículo 1.262 del Código Civil, que se caracteriza por la emisión de las sucesivas declaraciones de voluntad que constituyen la oferta y la aceptación. Aquí la oferta de venta la realiza el propietario mediante la notificación para el tanteo y evidentemente está dirigida al arrendatario, a quien corresponde aceptarla o no. Esta concepción de la dinámica del tanteo aparece recogida en las SSTs de 30 de enero de 1965 (*RJA* 1803) y de 9 de mayo de 1968 (*RJA* 3479), todas dictadas en supuestos de ejercicio del tanteo arrendaticio urbano; y asimismo es postulada por la STS de 22 de septiembre de 1993 (*RJA* 6654) —que hemos estudiado en el capítulo III de este trabajo y es la única sentencia que enjuicia un caso de ejercicio del tanteo arrendaticio—.

En la sentencia de 30 de enero de 1965 (*RJA* 1803), que contempla un caso de ejercicio del tanteo en caso de traspaso de local de negocio —art. 47.2 LAU de 1964— la arrendadora pretende desvincularse del tanteo ejercitado amparándose en que la entrega del local no se produjo en la fecha por ella pretendida en la notificación por la que ejercitaba el tanteo. El Tribunal Supremo distingue, a estos efectos, entre el ejercicio del derecho de tanteo en el precio y condiciones notificadas, que tuvo sin lugar a dudas en el presente caso, y el requerimiento por el que se introduce un elemento nuevo relativo a la fase ejecutiva del negocio y que no puede afectar al tanteo ejercitado (2). Pero, lo que aquí nos interesa

(2) Más pormenorizadamente los hechos fueron los siguientes: el 27 de noviembre de 1962 el arrendatario notificó a la propietaria su decisión de traspasar el local arrendado a la entidad mercantil CIDA por un precio de 300.000 pesetas. El 15 de diciembre de 1962 la propietaria efectuó un requerimiento notarial en el que manifiesta que había decidido ejercitar el derecho de tanteo y consignó en dicho momento el precio del tanteo. Asimismo aquella requirió en el acta notarial al arrendatario para que el 21 de diciembre acudiese a la Notaría para percibir el precio del traspaso y hacer entrega material del local libre y desalojado. El 18 del mismo mes, el arrendatario contestó al requerimiento manifestando que aunque en la fecha exigida por la arrendadora le daría la posesión jurídica del local, dudaba que le fuera posible dar posesión material del local libre y desalojado pues carecía de tiempo para levantar todas las instalaciones maquinaria y enseres en el plazo tan perentorio pretendido por la propiedad. Llegado el día 21 de diciembre, el representante de la arrendadora manifestó que, como no se le había hecho entrega del local libre y desalojado, retiraba el precio del traspaso

destacar es la argumentación del Tribunal Supremo para desestimar la pretensión de la arrendadora de desvincularse del tanteo ejercitado: «(...) porque aquel requerimiento hecho por la arrendadora en cuanto el momento de la entrega, no lleva en sí una limitación o condición de la voluntad de tantear, sino que constituye en todo caso un momento de la fase ejecutiva del negocio, *pero quedando siempre a salvo, en cuanto al negocio jurídico de tanteo, una perfección de este en cuanto ha surgido un consentimiento producido por la coincidencia de las dos declaraciones de voluntad recíprocas y sucesivas que han generado el acto jurídico bilateral, o sea, la proposición y la aceptación, y como el concurso de una y otra da lugar al consentimiento, y este es el que perfecciona el contrato según el artículo 1262 ya mencionado (...)*».

La misma concepción queda recogida en la sentencia de 9 de mayo de 1968 (RJA 3479) cuando dice que «el tanteo quedó perfeccionado por la oferta que hizo el propietario y que aceptó el inquilino» (Cdo. 1.º). Esta declaración le

consignado en la Notaría. El 17 de enero de 1963 el arrendatario comunicó a la demandada que había procedido al desalojo del local, y la requirió a que fijase libremente día y hora para que compareciese a la notaría y se hiciera cargo de las llaves con la entrega del precio del traspaso. El día 18 del mes en curso, la propietaria compareció en la Notaría manifestando que rechazaba el requerimiento realizado, ya que el actor no había procedido a entregar en su día el local desalojado, y que ni siquiera lo había hecho dentro del plazo legal del tanteo, del que se veía obligada a desistir su mandante.

A consecuencia de los hechos expuestos, el arrendatario titular del negocio se ve obligado a acudir a los Tribunales. El problema que se plantea es el de interpretar la declaración de voluntad efectuada por la arrendadora. Se trata de precisar si hubo o no consentimiento que diese lugar a la perfección del negocio de traspaso entre el arrendatario y la propietaria. En ambas instancias es desestimada la demanda por considerar que el negocio no llegó a perfeccionarse. Así se considera que no hubo una aceptación pura y simple por parte de la propietaria, que por el contrario limitó y condicionó su voluntad de tantear, y por tanto, la aceptación, al hecho de que la entrega material del local libre y desalojado tuviera lugar en fecha determinada. Y dado que esta condición, que integraba una contraoferta, no fue aceptada por el arrendatario, el contrato no llegó a perfeccionarse. En consecuencia no cabe exigir que se proceda a su cumplimiento.

En el recurso de casación el demandante postula una interpretación diversa de la declaración de voluntad realizada por la propietaria en el requerimiento de 15 de diciembre de 1962. Entiende el recurrente que deben distinguirse en este documento dos partes fundamentales: de un lado, la propietaria hace llegar al arrendatario una declaración de voluntad notificándole que ha decidido utilizar el derecho de tanteo. Esto supone la aceptación pura y simple de la oferta hecha, produciéndose así la perfección del contrato. Además en dicho documento la propietaria requiere al arrendatario para que cumpla en fecha determinada las obligaciones que le corresponden, reciba el precio y le entregue la cosa. En esta segunda cláusula el derecho de tanteo se da por ejercitado y lo único que pretende es establecer unilateralmente un término final para el cumplimiento de la obligación que corresponde al arrendatario. Esto es, para el recurrente se trata de la introducción de un elemento temporal que contempla la fase ejecutiva, y en forma alguna limita o condiciona la voluntad de tantear manifestada en las cláusulas anteriores. De hecho, nunca se manifiesta que se pretenda limitar o condicionar la aceptación dada. Por ello el TS acoge la tesis del recurrente, al estimar que el problema que se plantea no es de perfección del negocio, sino de su ejecución, dado que después de aceptada la oferta la propietaria introdujo unilateralmente una nueva condición a la que el arrendatario no dio su asentimiento.

sirve al Tribunal Supremo de apoyo para concluir que ha tenido lugar la consumación del tanteo, y que por ello el arrendatario, para conseguir el otorgamiento de escritura pública a su favor, debe seguir el procedimiento ordinario que por razón de la cuantía corresponda de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y no el procedimiento previsto por la entonces vigente LAU para los derechos creados por la Ley especial.

Asimismo la STS de 22 de septiembre de 1993 (RJA 6654) aplica a la notificación para el tanteo la calificación de oferta de contrato cuando dice que la actuación del tanteo: «denota aceptación de la oferta implicada en la aceptación» (Cdo. 4.º). A consecuencia de ello surge un contrato perfecto, de modo que, una vez ejercitado el tanteo, no puede pretender el propietario vendedor dejarlo sin efecto alegando que ha desistido de la venta (Cdo. 4.º).

Por tanto, merece destacar que las sentencias citadas coinciden en afirmar que el ejercicio del tanteo produce como efecto la perfección del contrato de venta entre propietario y el arrendatario, y que la perfección es consecuencia, a juicio del Tribunal Supremo, de acuerdo con las reglas generales del concurso de la oferta de venta, encarnada en la notificación para el tanteo, y de la aceptación resultante del ejercicio de este derecho (art. 1262 CC).

Esta concepción de la notificación para el tanteo como oferta de contrato goza de la aceptación de un grupo numeroso de autores que ha seguido en bloque la tesis de estas sentencias. Partiendo de esta concepción, y en atención a los efectos que produce la notificación para el tanteo, la doctrina suele precisar que se trata de una oferta de contrato irrevocable (3), (4).

(3) Definen la notificación para el tanteo como una oferta de contrato irrevocable: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, «Acerca de los presupuestos de validez para el ejercicio de los tanteos y retractos rústicos», en *ADC*, 1988, fascículo II, págs. 789 a 805; FÍNEZ, José Manuel, «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dirigidos por Fernando PANTALEÓN PRIETO), Civitas, Madrid, 1995, pág. 289; LETE DEL RÍO, José Manuel, «Artículo 25. Derecho de adquisición preferente», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) (dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN), Edersa, Madrid, 1995, pág. 317; COCA PAYERAS, Miguel/MUNAR BERNAT, Pedro A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinados por Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, pág. 695; ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, *Los derechos de adquisición preferente regulados en la Ley de Arrendamientos Rústicos y en la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996, págs. 61 y 62; RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 150, 151 y 155.

(4) En Italia es *communis opinio* que la notificación tiene la naturaleza jurídica de oferta de contrato *ex* artículo 1326 CC: CARPINO, Brunetto, *La prelazione nell'acquisto di fondi rustici*, Ramo Editoriale Degli Agricoltori, Roma, 1972, pág. 37; SPALLANZANI, Domenico, «Appunti sulla prelazione in generale e due problema di prelazione agraria (la rinuncia alla Prelazione e a la Prelazione del c.d. quasi-confinanti)», en *Rivista del Notariato*, 1979, págs. 1458 y 1459; TAMPONI, Michele, «Prelazione Agraria (voce)», *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XIV, Utet, Torino, 1984, pág. 190; CORSARO, Luigi, «Prelazione e Riscatto», *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1990, pág. 8; TRIOLA, Roberto, *La prelazione agraria*, Giuffrè

Esta tesis, a pesar del predicamento que goza en la doctrina legal y científica, creo que debe ser rechazada por los siguientes motivos:

- 1.º En primer lugar, lo cierto es que las sentencias que defienden la tesis de la oferta de contrato lo hacen en *obiter dictum* cuando se trata de resaltar que la actuación del tanteo produce la perfección del contrato. Es decir, en estas sentencias la *ratio decidendi* del Tribunal Supremo es una: que ha tenido lugar la perfección de la venta como consecuencia del ejercicio del tanteo —de lo que deduce en cada caso la consecuencia correspondiente—; lo que ocurre es que el Tribunal Supremo a la hora de explicar el mencionado efecto, no se complica y acude sin más a la regla general del artículo 1262 del Código Civil de acuerdo con la cual el contrato se ha perfeccionado como consecuencia del concurso de oferta y aceptación, cuyo papel desempeñaría en este caso la notificación para el tanteo.
- 2.º Por otro lado existe un grupo significativo de sentencias, todas ellas referidas a supuestos del tanteo arrendaticio urbano de la LAU de 1964, cuya *ratio decidendi* es la de diferenciar entre la oferta de contrato como acto generador de la libre contratación y la notificación para el tanteo. Este es el caso de las SSTs de 13 de abril de 1957 (*RJA* 1591), de 3 de enero de 1957 (*RJA* 364), de 9 de junio de 1958 (*RJA* 2141), 17 de marzo de 1962 (*RJA* 1748) y 30 de octubre de 1963 (*RJA* 4258). De acuerdo con ello no merece la consideración de notificación a los fines del tanteo la comunicación dirigida al arrendatario del mero propósito de vender la finca arrendada en el precio propuesto por el propietario. Se trata de una simple oferta de venta generadora de una relación obligatoria (5). Oferta que el propietario puede dirigir a cualquiera, y por ello, también al arrendatario. Por ende, en el caso de que la misma fuera aceptada por este, no nos hallaríamos ante un supuesto de ejercicio del tanteo, sino de celebración de una compraventa ordinaria. La argumentación central del Tribunal Supremo es la siguiente: para

Editore, Milano, 1990, pág. 115, y «La natura giuridica della denuntiatio nella prelazione agraria», *Giur. Agra. It.*, 1990, pág. 263; CALABRESE, Donato, *La prelazione agraria*, Cedam, Padova, 1999, págs. 80 a 82; CASSAROTTO, Gian Giorgio, «La prelazione agraria», capítulo cuarto, en *Tratato Breve di Diritto Agrario Italiano e Comunitario* (diretto da Luigi COSTATO), 3.ª ed., CEDAM, Padova, 2006, pág. 532. Asimismo es la tesis dominante en la jurisprudencia: Cass. 19 aprile 1982, n. 2440; Cass. 13 luglio 1983, n. 4787; Cass. 22 ottobre 1984, n. 5336; Cass. 6 maggio 1986, n. 3032; Cass. 2 dicembre 1986, n. 7114; Cass. 14 febbraio 1987, n. 1651; Cass. 8 aprile 1988, n. 2773; Cass. 7 dicembre 1994, n. 10494; Cass. 26 marzo 1997, n. 2678.

(5) STS de 23 de enero de 1957 (*RJA* 364) (Cdo. 2.º), STS de 13 de abril de 1957 (*RJA* 1591) (Cdo. 1.º) y STS de 9 de junio de 1958 (*RJA* 2141) (Cdo. 3.º).

el tanteo no basta la manifestación del mero propósito de enajenar, sino el ofrecimiento de la adquisición de la finca en las mismas condiciones pactadas con un tercero. Por ende, la mera oferta de contrato no puede producir los efectos de la notificación para el tanteo. Esto significa que aunque la celebración de un contrato de compraventa mediante el concurso de oferta y aceptación y la actuación del tanteo coinciden en su efecto principal —la perfección del contrato de la venta con la consiguiente obligación de proceder a la entrega del bien—, es preciso distinguir entre ambos, pues la actuación del tanteo puede producir unos efectos nunca predicables de la contratación ordinaria. Entre ellos cabe destacar las limitaciones a la libertad de disposición que nuestros textos legales han impuesto en ocasiones a las adquisiciones realizadas en virtud de la actuación de los derechos de tanteo y retracto: como era el caso del artículo 84.2 LAR de 1980. Justamente, como se declara en la sentencia de 17 de marzo de 1962 (*RJA* 1748), la adquisición del arrendatario efectuada como consecuencia de una compraventa ordinaria no puede quedar sometida a las limitaciones que la legislación especial impone al arrendatario cuando se accede a la propiedad como consecuencia del tanteo (6); y ello no obstante el motivo determinante de la transmisión fuera la condición de arrendatario del comprador. De ahí la necesidad de distinguir entre la notificación para el tanteo y la oferta de contrato.

De los razonamientos expuestos deduce el Tribunal Supremo en las sentencias citadas que la notificación para el tanteo no puede ser calificada de oferta de contrato, de hecho presupone unos requisitos impensables si tuviera esta condición. Estas sentencias no concretan la calificación jurídica precisa que corresponde a la notificación para el tanteo, aunque parecen mantener concepciones antagónicas. Las SSTs de 2 de julio de 1951 (*RJA* 1896), 9 junio de 1958 (*RJA* 2141), y 8 de febrero de 1967 (*RJA* 554), la conciben como un requisito esencial para el nacimiento del tanteo, mientras que la STS de 23 de enero de 1957 (*RJA* 364) considera que constituye un mero requisito formal para la efectividad del retracto.

- 3.º Abundando en el argumento central del Tribunal Supremo, aparece otro argumento que nos aleja definitivamente de la concepción de la

(6) Cfr. artículo 84.2 LAR de 1980 que disponía que: «[e]jercitado el derecho de acceso, el arrendatario que adquiriera la propiedad de la finca arrendada no podrá, salvo que lo haga a favor del IRYDA, enajenarla, arrendarla o cederla en aparcería hasta que transcurran seis años desde la fecha de adquisición. Si hipotecase la finca, la acción del acreedor no podrá tener efectividad mientras no transcurra dicho plazo».

notificación para el tanteo como oferta de contrato. Si la notificación para el tanteo ha de reflejar un acuerdo transmisivo entre el propietario y un tercero, esto pone de manifiesto que realmente la voluntad del propietario no es transmitir la finca al arrendatario, y por ello debemos situar la notificación fuera del ámbito de las declaraciones de voluntad. En otras palabras, del ofrecimiento que implica la notificación no cabe deducir que la voluntad del propietario sea transmitir la finca al arrendatario, pues si el propietario quisiera vender al arrendatario lógicamente no habría llegado a un acuerdo con el tercero. La notificación no es más que un ofrecimiento realizado al arrendatario por un propietario deseoso de liberarse de la amenaza que el derecho de adquisición preferente conlleva para la transmisión proyectada. En definitiva, cabe concluir que su voluntad jurídicamente manifestada es la de transmitir la finca rústica al tercero indicado en la notificación y no al arrendatario. A este respecto procede efectuar aquí una aclaración: el derogado artículo 90.3 LAR de 1980 se refería al propietario que notifica como «oferente», cosa que no hace la LAR de 2003. El empleo de este término servía de apoyo a la tesis de la consideración de la notificación como oferta de contrato. Es cierto que, como veremos enseguida al exponer la finalidad perseguida por la notificación para el tanteo, la misma supone ofrecer al arrendatario la posibilidad de adquirir la finca en el precio y condiciones notificadas. Sin embargo, que la notificación lleve implícito este ofrecimiento no significa que pueda ser calificada técnicamente de oferta de contrato, si tenemos en cuenta el hecho esencial de que el tanteo presupone la existencia de un contrato de venta entre el propietario y un tercero. En suma, afirmar que la notificación supone un ofrecimiento al arrendatario es compatible con negar que tenga naturaleza jurídica de oferta de contrato.

B) *Teoría según la cual la notificación para el tanteo es una obligación legal*

La primera sentencia que alude al carácter obligatorio de la notificación para el tanteo es la STS de 2 de julio 1951 (*RJA* 1896), cuando de manera incidental se refiere a la misma como «preceptiva oferta». Sin embargo, es la STS de 19 de diciembre de 1991 (*RJA* 9408) la que profundiza en esta concepción. La sentencia citada distingue en el supuesto de hecho litigioso «dos momentos históricos»:

- 1.º Un primer momento se circunscribe al ejercicio del tanteo que desencadenó la notificación efectuada por la propietaria de su propósito de vender el local arrendado, indicando el precio y designando a los

posibles adquirentes. El Tribunal Supremo considera que el tanteo no fue tempestivamente ejercitado, pues la falta de consignación del precio en el plazo legal determinó su caducidad.

- 2.º Sin embargo, las relaciones entre la propietaria y el arrendatario no finalizaron en ese instante, trascendiendo más allá del ámbito propio del tanteo. En efecto, lo que *ab initio* surgió como una notificación para el tanteo, por virtud de su mantenimiento una vez transcurrido el plazo para su ejercicio, se convirtió en una auténtica declaración de voluntad negocial reveladora de la intención de la propietaria de transmitir el local a los recurrentes. Así puntualiza el Tribunal Supremo que: «la oferta de venta subsistió como sobrevenida, pues no tenía ninguna obligación de mantenerla, al haber quedado desprovista de la naturaleza legal que le confería el tanteo». En atención a lo cual, y habiéndose manifestado por el arrendatario su inequívoca voluntad de adquirir el bien arrendado, la sentencia declara a tenor del artículo 1262 del Código Civil la perfección del contrato de compraventa entre la propietaria y aquel, así como la nulidad de la compraventa posteriormente otorgada a favor del tercero designado en la primitiva notificación para el tanteo.

Lo verdaderamente interesante es que para distinguir entre lo que es la notificación para el tanteo y la oferta de contrato, el Tribunal Supremo señala como elemento diferenciador que la realización de la primera no surge del libre consentimiento del propietario; al contrario, la práctica de la misma viene impuesta por la ley configurándose como «una carga y obligación legal». Apoyándose en estas consideraciones el Tribunal Supremo califica a la notificación de «oferta legal de venta». Por tanto, la esencia de la concepción defendida por esta resolución radica en considerar que la práctica de la notificación constituye una obligación para el propietario y no una manifestación de su consentimiento (7).

Esta sentencia, por ende, se sitúa en las antípodas de aquellas otras que al definir la notificación para el tanteo como oferta de contrato la sitúan en el ámbito de las declaraciones de voluntad. No parece de recibo la denominación «oferta legal de venta» que constituye una *contraditio in terminis* calificar un acto al mismo tiempo de declaración de voluntad y de obligación legal. Probablemente ocurre que la calificación recogida en esta sentencia realmente no pretende reflejar lo que literalmente indican sus palabras; más bien responde a las dificultades con las que se topa el Tribunal Supremo para encontrar la calificación jurídica exacta. El Tribunal Supremo se percató de que la notificación

(7) La concepción de la notificación para el tanteo como obligación legal es seguida en la doctrina italiana por SCHERMI, Aldo, «Natura di diritto potestativo e struttura della fattispecie della prelazione agraria», en *Giur. Agr. it.*, I, 1985, págs. 327 y 328.

supone conceder al arrendatario la posibilidad de convertirse en propietario de la finca, pero que al mismo tiempo, y a pesar de ello, no constituye una manifestación del consentimiento del propietario en el sentido de que su voluntad sea transmitir la finca al arrendatario, pues tiene concertada la venta de la finca con otro: su actuación responde, según la propia sentencia reconoce, a un mandato legal. El Tribunal Supremo quiere expresar que el propietario se ve constreñido a ofrecer al arrendatario la venta de la finca rústica arrendada —en las condiciones que ha pactado con el tercero— y, por tanto, que dicho ofrecimiento no es una declaración de voluntad y, en consecuencia, no puede ser calificada de oferta de contrato. Por ello, acude a la expresión de «oferta legal de venta» en cuanto aparecen reflejados los dos aspectos descritos y no acierta a encontrar la categoría jurídica en la que encaja la notificación para el tanteo (o no está entre sus prioridades, pues evidentemente privilegia la justicia material respecto a la corrección científica); de hecho también la denomina simultáneamente de «carga y obligación legal», cuando ambos vocablos expresan conceptos técnicamente diferentes —aunque próximos—.

Hay un grupo de autores que atribuyen a la notificación para el tanteo la consideración de obligación *ex lege* (8). Hay que reconocer que esta concepción es acorde a la terminología imperativa utilizada por algunos textos legales cuando regulan la notificación para el tanteo: este es el caso del artículo 22.2, inciso segundo LAR de 2003 (idéntica apreciación puede hacerse del hoy derogado art. 87 LAR de 1980), del artículo 25.2 y 5 LAU de 1994 o del artículo 1637 del Código Civil que además, cuando regula al tanteo enfiteútico, se refiere expresamente a la notificación para el tanteo como «deber de aviso». No obstante se trata de una conclusión apresurada que se desvanece en cuanto profundizamos un poco más en el análisis de los textos legales:

- 1.º Si la notificación fuera obligatoria, su omisión debería generar la nulidad de la transmisión constituyente de dicho incumplimiento. Esta sería la única manera de hacer obligatoria la notificación, en cuanto no es posible imponer al propietario la realización de una conducta

(8) ALGÍBEZ CORTÉS, José Luis, «Problemática de las notificaciones en el ejercicio del derecho de retracto arrendaticio rústico», en *RD*, 1977, núm. 1, pág. 743; GIL ROBLES Y GIL DELGADO, José M.ª, *Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, págs. 240 y 241; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «Comentario de los artículos 1604 a 1664 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO), tomo XX, vol. III, Edersa, Madrid, 1982, pág. 165; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, 6.ª ed., Edersa, Madrid, 1985, pág. 668; GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART), tomo XIX, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pág. 538; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 832.

personalísima como es el aviso-ofrecimiento de la transmisión de la finca al arrendatario (9).

Sin embargo, la venta efectuada sin notificación previa es inatacable, de modo que si el titular del derecho de adquisición preferente pretende ejercitarlo, tendrá que hacerlo efectivo como retracto contra el comprador (10). Así resulta del artículo 22.2 LAR 2003, según el cual, a falta de notificación del arrendador, el arrendatario tiene derecho de retracto. Igualmente esta es la solución acogida por el artículo 25 LAU 1994 y por los artículos 1638 y 1639 del Código Civil para la prelación enfiteútica. Como ya se ha visto, esto es así en la mayor parte de los derechos de adquisición preferente reconocidos en los Derechos Forales. La única excepción viene constituida por la saca foral vizcaína, que presenta la particularidad de que la venta de los bienes troncales efectuada sin los llamamientos preceptivos genera la nulidad de aquella. Por tanto, en este supuesto sí podemos afirmar que el «llamamiento previo» tiene la condición de obligación, pues su omisión provoca la ineficacia de la transmisión como conducta constitutiva del incumplimiento. Así lo ve también BARBER CÁRCAMO, que afirma que este es el único supuesto en que se configura como una obligación legal del vendedor, a diferencia de todos los demás ordenamientos donde la notificación se contempla como un acto voluntario (11).

- 2.º Otra consecuencia lógica del carácter obligatorio de la notificación para el tanteo sería que en caso de incumplimiento, el arrendatario que no pudo ejercitar el tanteo no tendría porqué cargar con los gastos de la transmisión del artículo 1518 del Código Civil —gastos del contrato y gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida—. Sin embargo, el

(9) Véase RIAZA, Narciso, *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*, Reus, Madrid, 1919, pág. 195. Para BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 58, 60, 63, 338 y 339, la realización de la notificación no es obligatoria ya que su omisión no está sometida a sanción alguna; AMÉRIGO CRUZ, José, «Actuación Notarial en la LAU», en *Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (dirigido por Alfonso VENTOSO ESCRIBANO), Civitas, Madrid, 1996, pág. 340, señala que la notificación no es imprescindible porque la Ley no prevé la nulidad del acto.

(10) Si por cualquier medio llega a conocer la venta celebrada tiene la posibilidad de acudir a los Tribunales a hacer efectivo su derecho de retracto, pero entonces nos encontramos ante un supuesto de ejercicio del retracto. De ahí se puede deducir que desde que celebra la venta tiene derecho de retracto, pero no de tanteo, pues sin notificación no nace este derecho. El tanteo es siempre consecuencia de la libre voluntad del propietario mediante el ofrecimiento que realiza al arrendatario; es un acto jurídico personalísimo que solo puede ser realizado por aquel. Véase el capítulo III, epígrafe 2.1.

(11) BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 338.

ejercicio del retracto es más gravoso que el tanteo y es algo que depende de que el propietario notifique o no la enajenación proyectada (12). Por tanto, la notificación no es una obligación, sino un acto potestativo del propietario. Esto significa que el arrendatario tampoco tiene derecho a pedir indemnización de daños y perjuicios por la omisión de dicha notificación, prueba de ello es que no existe ni una sola sentencia en materia de retractos en la que se baraje esta opción (13), (14).

- 3.º Bajo la vigencia de la LAR de 1980 había quienes citaban el artículo 91.1 LAR de 1980 como fundamento de la condición de la notificación como obligación *ex lege* en cuanto, según el tenor literal de este precepto, no es posible proceder al otorgamiento de escritura pública sin haber realizado antes la notificación previa, de donde se deduce el carácter obligatorio de la notificación para el tanteo (15). Sin embargo, esta idea debería ser desechada porque la falta de otorgamiento de la escritura pública no impide que la propiedad de la finca rústica arrendada se transmita a un tercero. Esto es, la notificación previa a la que se refiere el artículo 91.1 LAR puede ser tanto de una venta perfecta como consumada, de donde resulta que este precepto no estaba dirigido a asegurar el ejercicio del derecho de tanteo: únicamente quedaba

(12) De hecho ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 803, en coherencia con la posición que defiende sobre el carácter obligatorio de la notificación para el tanteo, insinúa la injusticia de la imposición de los gastos del artículo 1518 cuando el propietario haya incumplido su obligación de notificar la venta al arrendatario.

(13) BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 58, dice literalmente que: «(...) resulta más gravoso para el titular de la preferencia ejercitarla como retracto que como tanteo, con la agravante de que la elección no depende de él, sino de la exclusiva voluntad de enajenar del propietario enajenante, dado que la legislación no contempla la notificación como una obligación de este de cuyo incumplimiento pueden derivarse para él consecuencias indemnizatorias».

(14) La Corte de Casación italiana se ha pronunciado expresamente sobre este punto, afirmando que la concesión del retracto lleva implícita la imposibilidad de solicitar la indemnización de daños y perjuicios cuando el propietario no haya concedido la oportunidad de ejercitar la prelazione: Cass. 28 ottobre 1978, n. 4597; Cass. 18 luglio 1981, n. 4669; Cass. 14 gennaio 1984, n. 310; Cass. 29 settembre 1997, n. 9546.

(15) GIL ROBLES Y GIL DELGADO, José M.ª, *Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, págs. 240 y 241; LLOMBART, M.ª de los Desamparados, «Los derechos de adquisición preferente de fincas a favor de los arrendatarios», en *RDP*, 1983, núm. 67, págs. 358 y 359; COBACHO GÓMEZ, José Antonio, *Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Universidad de Murcia, Murcia, 1986, pág. 171; DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, «Acerca de los presupuestos de validez de los tanteos y retractos rústicos», en *ADC*, fascículo II, 1988, pág. 799, y ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, *Los derechos de adquisición preferente regulados en la Ley de Arrendamientos Rústicos y en la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996, págs. 58, 61 y 62.

vedado el otorgamiento de escritura pública y con ello el acceso al Registro de la Propiedad.

Hemos dado un paso más en el problema de la determinación de la naturaleza jurídica de la notificación para el tanteo: sabemos que no es una obligación. Bajo la vigencia de la LAR de 1935 hubo un buen número de autores que de *lege ferenda* clamaban por la configuración de la notificación como una obligación, dado que en la inmensa mayoría de los supuestos que llegaban a los Tribunales la venta no había sido notificada al arrendatario (16). La cuestión que inmediatamente se plantea es si la razón asistía a quienes consideraban que la atribución de carácter obligatorio a la notificación supondría una mejora técnica del régimen jurídico del retracto. Esto es, que la notificación no tenga la configuración jurídica de obligación es fruto de la impericia legislativa o, por el contrario, el Legislador ha actuado sabiamente al conformarla como un acto potestativo del propietario.

Responder a esta cuestión nos lleva al planteamiento de algo más profundo: equivaldría a cuestionarse si debería optarse por una construcción distinta del derecho de adquisición preferente. Para que tuviera la consideración de obligación legal sería necesario que la falta de realización de la misma generase la nulidad de la venta realizada sin notificación, como ocurre en el caso de la saca foral vizcaína. La opción del legislador común es la de mantener la validez de la enajenación realizada sin notificación previa, de modo que el arrendatario deberá ejercitar el derecho de adquisición preferente como retracto directamente contra el comprador del bien. Nos encontramos dos alternativas o caminos diferentes según que la falta de notificación o aviso previo a la transmisión genere la nulidad de la enajenación, o bien suponga la posibilidad de hacer efectiva la preferencia adquisitiva por medio del retracto. Se trata, por tanto, de dos sistemas o formas diferentes de concebir la preferencia.

La gran ventaja del sistema seguido mayoritariamente tanto en Derecho Común como en los Derechos Forales radica en la «economía de medios» para conseguir el resultado apetecido. Esto es, el número de pasos que hay que dar para llegar al mismo resultado. La configuración de la notificación

(16) BELLÓN GÓMEZ, Ildefonso, *Arrendamientos Rústicos (Su actual regulación, comentarios y jurisprudencia)*, Editorial Nacional, Madrid, 1942, págs. 191 y 192; VALCÁRCEL, José de, «El retracto legal arrendaticio (Reformas necesarias para la plena eficacia de la institución)», en *RGLJ*, 1944, págs. 240 y 241; CASALS COLDECARRERA, Miguel, *El retracto en los arriendos de fincas rústicas*, Bosch, Barcelona, 1946, págs. 161 a 167; PÉREZ TEJEDOR, M./SERRANO MORENO, E., *Arrendamientos Rústicos. Comentarios a su reglamentación*, Barcelona, 1963, pág. 419; SANTOS PASTOR, Ángel, *Propietarios, colonos, inquilinos*, tomo I, Arrendamientos Rústico, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 1966, pág. 111; ALGÍBEZ CORTÉS, «Problemática de las notificaciones en el ejercicio del derecho de retracto arrendaticio rústico», en *RDP*, 1977, núm. I, págs. 742 y 743.

como una obligación implicaría las siguientes actuaciones: en primer lugar la declaración de nulidad de la venta que afecta a comprador y vendedor —con la consiguiente devolución de cosa y precio— y a continuación que el vendedor transmita la propiedad de la cosa al comprador. Y todo ello debe quedar reflejado en el Registro de la Propiedad: cancelación de la inscripción de dominio a favor del comprador e inscripción de la transmisión del comprador a favor del retrayente (art. 38, párrafo segundo LH). Sin embargo, con el sistema de retracto subsidiario, en el caso de que se haya omitido la notificación previa, se consigue el objetivo deseado en un solo acto mediante el ejercicio de la preferencia directamente contra el nuevo propietario de la finca, sin que haga falta la rectificación del Registro Inmobiliario.

Por tanto, podemos concluir que la notificación sea carga y no obligación, responde a una meditada opción legislativa por una configuración más evolucionada de la preferencia adquisitiva (17).

La pregunta que surge a continuación es cuál es el motivo de la escasa virtualidad del tanteo (pues como hemos visto en el primer capítulo de este trabajo, en la inmensa mayoría de los supuestos el derecho de adquisición preferente se ejercita en su manifestación de retracto y no como tanteo) si el arrendatario debe respetar el precio y restantes condiciones del contrato causal de venta. Y quizá la respuesta haya que buscarla en el arcano de la voluntad interna de las partes donde hay motivos que no aparecen reflejados en el contrato y que, aunque no tengan trascendencia jurídica, tienen un peso decisivo en la actitud de las partes contratantes respecto al titular del derecho de adquisición preferente. Las partes tienen razones que el derecho no entiende; no cabe ignorar el peso decisivo de los «intereses subyacentes» que existan extramuros del contrato: ya lo ha dicho PASQUAU LIAÑO, puede ocurrir que el propietario únicamente quiera vender la finca a una persona concreta o incluso que prefiera no venderla antes que vendérsela al arrendatario (18). Y es que, al fin y al cabo, nos movemos en el terreno resbaladizo de las intenciones humanas.

(17) BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, *La propiedad de casas por pisos*, 3.^a ed., Editorial Marfil, Alcoy, 1956, pág. 136, lo explica con suma claridad: «[r]eferirse a la doctrina de la anulabilidad, cuando su motivo es una preferencia para adquirir y su declaración la base de esa adquisición preferente, es sencillamente hablar del derecho de retracto, descomponiendo su esencia y refiriendo a dos momentos y dos actos lo que puede ser contenido en un solo proceso de tramitación mucho más rápida y sencilla que la del juicio declarativo en que habría de ventilarse la nulidad».

(18) PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1993», en CCJC, 1993, núm. 33, pág. 1031.

C) *Teoría ecléctica según la cual la notificación para el tanteo es a la vez oferta de contrato y obligación legal*

En la doctrina hay quienes, fusionando las concepciones expuestas, mantienen una visión dual, según la cual la notificación para el tanteo debe ser calificada al mismo tiempo de obligación legal y de oferta de contrato (19).

Merece especial atención la tesis de RODRÍGUEZ MORATA, desarrollada al estudiar el tanteo arrendaticio urbano, por la construcción que realiza con el fin de hacer compatibles los conceptos de oferta de contrato y obligación *ex lege*. Así dice el autor citado: «En efecto, en la notificación realizada por el arrendador a efectos del derecho de tanteo regulado en el artículo 25 LAU/94, existe una específica voluntad de ofrecer las condiciones del contrato al arrendatario, para que, en su caso, pueda subrogarse en lugar del comprador. Poco importa que quien notifique al arrendatario la intención de vender a un tercero no esté haciendo, en principio, más que cumplir una obligación legal, pues lo único que le importa es asegurarse que la transmisión va a ser firme en las condiciones estipuladas en la venta. Lo que quiere el propietario de la cosa arrendada es vender en las condiciones estipuladas, ya sea directamente al comprador, ya sea a quien pueda ejercitar el derecho de adquisición preferente. Este último derecho no frustra su interés de vender o enajenar la cosa arrendada» (20).

El autor parte de la siguiente premisa en apoyo de su tesis: el único interés del propietario es transmitir la finca en las condiciones estipuladas, sin que le importe quien sea la persona del adquirente: le da igual que sea el tercero con quien ha llegado a un acuerdo, el arrendatario o cualquier otro (21).

(19) LLOMBART, M.^a de los Desamparados, «Los derechos de adquisición preferente de fincas a favor de los arrendatarios», en *RDP*, 1983, núm. 67, págs. 358 y 359; COBACHO GÓMEZ, José Antonio, *Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Universidad de Murcia, Murcia, 1986, pág. 171; DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, «Acerca de los presupuestos de validez de los tanteos y retractos rústicos», en *ADC*, 1988, fascículo II, pág. 799; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1988, pág. 330; LETE DEL RÍO, José Manuel, «Artículo 25. Derecho de adquisición preferente», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) (dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN), Edersa, Madrid, 1995, pág. 317; COCA PAYERAS, Miguel/MUNAR BERNAT, Pedro A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinados por Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, págs. 676, 677 y 695; ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, *Los derechos de adquisición preferente regulados en la Ley de Arrendamientos Rústicos y en la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996, págs. 58, 61 y 62, y RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 151.

(20) RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 151.

(21) RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 151.

Esta premisa nos plantea dos interrogantes: en primer lugar, nos preguntamos cuál puede ser su fundamento dogmático. En pura lógica solo puede tener una base técnica: vimos en el capítulo III, que el derecho de adquisición preferente como regla general tiene como presupuesto para poder ser ejercitado una venta con causa objetiva, entendiendo como tal aquella cuyas condiciones no son *intuitu personae*, y, por tanto, pueden ser cumplidas por cualquiera. Esta es la única razón que puede llevar a este autor a considerar que al propietario le da igual la identidad del adquirente, y que por ello si realiza la notificación, no solo está dando cumplimiento a una obligación legal, sino que además puede considerarse que está manifestando la voluntad específica de vender al arrendatario.

A mi juicio, la base de la tesis de este autor no es correcta: el fallo es que extiende los efectos de la concepción objetiva de la causa a un ámbito que no es el suyo propio. Trataré de explicar esta afirmación. La función que cumple en nuestro ordenamiento la causa objetiva es la protección de la seguridad jurídica al evitar que las partes de un contrato puedan desvincularse unilateralmente del mismo apoyándose en móviles subjetivos que no fueron incorporados al mismo. Sin embargo, la concepción objetiva de la causa no puede servir para definir el ámbito de la libertad contractual y libre disposición del propietario: aquí sí tienen todo su valor los móviles subjetivos que impulsan al propietario a disponer del bien. Puede ocurrir que en la voluntad del propietario existan intereses no expresados en el contrato pero que determinen que para nada le sea indiferente la identidad del adquirente. Por tanto, aunque nos hallemos ante un contrato con causa objetiva, esto no permite deducir automáticamente que al propietario le da igual quien sea el otro contratante. Sería tanto como negar la libertad del propietario de elegir a quien vende sus bienes. La realidad es que contamos con un único dato objetivo: el propietario ha concertado la venta con un tercero y en principio deberíamos atenemos a esta voluntad jurídicamente manifestada según la cual es a aquel y no al arrendatario a quien desea transmitir la finca. De otro lado debe tenerse en cuenta que en el caso del tanteo y retracto arrendaticio rústicos es posible su ejercicio en toda transmisión *inter vivos*, siendo perfectamente posible que la identidad del comprador sea decisiva para el vendedor y lo único que cambia en este caso es la contraprestación que debe el retrayente.

Por todo lo dicho no cabe deducir de la notificación para el tanteo una voluntad específica de transmitir al arrendatario, sino más bien el deseo de liberarse del obstáculo que supone el retracto para llevar a cabo la transmisión libre de interferencias. De ahí deriva la naturaleza excepcional y privilegiada del tanteo, que da lugar a que el propietario vendedor acabe contratando con quien no deseaba. De hecho RODRÍGUEZ MORATA, cuando se plantea la incidencia del tanteo sobre la libertad contractual del propietario, afirma que el tanteo limita la libre disposición del propietario en cuanto «el propietario no es libre de vender

a quien quiera» (22), y más adelante explica que «[c]on todo, no puede decirse que el tanteo no afecta en modo alguno al estatuto jurídico del propietario, pues, en la práctica, puede interesar a este enajenar la cosa a una persona determinada (verbigracia, la dación en pago), y sin embargo, el tanteo viene a frustrar ese legítimo interés del propietario» (23). Esta afirmación es incompatible con la idea de que la notificación es una oferta de contrato, porque en definitiva supone reconocer que la notificación no es manifestación de la voluntad específica del propietario de transmitir la finca al arrendatario.

2. OTRAS CONCEPCIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA NOTIFICACIÓN PARA EL TANTEO

A) *La tesis de Pasquau Liaño*

PASQUAU LIAÑO aborda el problema de la naturaleza jurídica de la notificación para el tanteo con ocasión del comentario que realiza a la STS de 22 de septiembre de 1993 (RJA 6654) sobre un supuesto de ejercicio del tanteo arrendaticio rústico que, como hemos visto, mantiene en *obiter dictum* la condición de oferta de contrato de la notificación para el tanteo. Este autor rechaza sin rodeos la concepción de la notificación como oferta de contrato. El eje central de su argumentación es el siguiente: lo que caracteriza a la oferta de contrato es la inequívoca intención de obligarse y esta intención no está presente en la notificación para al tanteo fundamentalmente por dos motivos:

1. En primer lugar porque la notificación para el tanteo no es un acto espontáneo sino que su realización responde a un mandato legal. Así manifiesta que «quien notifica al arrendatario no está haciendo más que cumplir una obligación legal y asegurarse de que la transmisión va a ser firme y no frustrada por la preferencia adquisitiva» (24).
2. En segundo lugar, llega a la misma conclusión desde la perspectiva de la libertad de disposición del propietario: «piénsese asimismo que no está claro que el dueño tenga una intención clara de vender la finca indistintamente a uno u otro comprador: es posible que solo quiera venderla a un determinado sujeto, y que no obstante deba notificar su intención al arrendatario para cerciorarse de que dicha venta puede

(22) RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 85.

(23) RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 87.

(24) PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1993», en CCJC, 1993, núm. 33, pág. 1032.

llegar a ser firme, por falta de ejercicio de la preferencia adquisitiva del mismo. No es ni mucho menos impensable que, aun estando dispuesto a vender, en ocasiones el dueño prefiera conservar la finca antes que enajenársela al arrendatario. En todos estos casos parece que pueda dudarse de la calificación como «oferta» contractual de la notificación a efectos del ejercicio del derecho de tanteo» (25).

Tras las críticas vertidas, el autor citado manifiesta la postura que mantiene al respecto. Su fundamento descansa en una peculiar concepción de las relaciones entre tanteo y retracto y del momento en que operan ambos. PASQUAU LIAÑO mantiene que el derecho de adquisición preferente no nace con la notificación a efectos del tanteo, sino con la celebración del contrato que genera la posibilidad de utilizar el retracto. Así el tanteo no es más que una fase preliminar o instrumental del retracto y la notificación funciona como una mera *invitatio ad offerendum*. Esto significa que, una vez hecha la notificación, no faculta al arrendatario para exigir el otorgamiento de escritura pública. Aunque el arrendatario manifieste que está interesado en la adquisición de la finca en las condiciones ofrecidas por el tercero, no tiene la virtualidad de obligar al dueño a que le transmita; al contrario, es preciso un nuevo consentimiento del dueño, que a raíz de la manifestación positiva del arrendatario tiene dos opciones: vender al arrendatario o no vender. Por tanto, y dado que el tanteo procede antes de que haya tenido lugar la celebración del contrato, constituye un instrumento que permite al propietario saber si hay o no vía libre para contratar con el tercero.

La posición defendida por el autor citado debe ser rechazada por los siguientes motivos:

- 1.^a En primer lugar llama la atención la falta de coherencia entre uno de los argumentos esgrimidos por este autor para rechazar la tesis de la oferta de contrato y la posición que después defiende sobre la naturaleza jurídica de la notificación para el tanteo. Un argumento esencial que lleva a PASQUAU LIAÑO a criticar la tesis de la oferta de contrato es la afirmación de que su realización responde a un mandato legal y no es manifestación del consentimiento del propietario. Esta argumentación implica negar no solo la condición de oferta de contrato, sino que la notificación no es oferta de contrato porque no es una declaración de voluntad del propietario. Por ello es paradójico que cuando se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de la notificación para el tanteo diga que es una *invitatio ad offerendum*, pues tan declaración de voluntad es esta como la oferta de contrato; lo que cambia es el contenido de la

(25) PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1993», en CCJC, 1993, núm. 33, pág. 1031.

voluntad manifestada y, por ende, los efectos que esta produce. Ubicar de nuevo la notificación para el tanteo en el ámbito de las declaraciones de voluntad es contradictorio con la afirmación de que la práctica de la misma es fruto del cumplimiento de una obligación legal.

- 2.^a En segundo lugar, la tesis de este autor implica atribuir a la notificación unos efectos que no se corresponden con los previstos legalmente. En efecto su concepción como *invitatio ad offerendum* supone que la práctica de la misma no genera ningún derecho a favor del arrendatario pues aun cuando el colono manifieste su voluntad de adquirir en las condiciones notificadas, el propietario puede aun así dar marcha atrás en su decisión de vender. Se trata, por tanto, de una visión claramente contraria a los textos legales y a la interpretación que de los mismos ha dado la jurisprudencia. Del artículo 22.2, párrafo segundo, inciso primero LAR de 2003 resulta claramente que una vez efectuada la notificación para el tanteo no puede el propietario dar marcha atrás durante el plazo legal. El derogado artículo 90.3 LAR de 1980 mandaba que si el arrendatario ejercitaba el tanteo el propietario estaba obligado a otorgar escritura pública a su favor. Este mandato no se establece expresamente en la LAR de 2003, lo que sin duda se debe a un olvido del legislador, pero debe entenderse igualmente vigente pues es una consecuencia lógica de los efectos que produce la actuación del tanteo y que veremos después. No obstante hubiera sido preferible, dado que nos enfrentamos a una materia donde son frecuentes los conflictos, que el legislador no regatease en fijar con claridad el régimen jurídico de estos derechos y se hubiera tomado la molestia de reproducir el contenido del artículo 90.3 LAR de 1980.
- 3.^a Por último, la noción de la notificación para el tanteo como una mera *invitatio ad offerendum* significa que el tanteo es una «fase instrumental» del retracto, previa a la celebración del contrato, basada el mero propósito de enajenar del propietario. La negación al tanteo de la condición de derecho de adquisición preferente debe ser rechazada como quedó demostrado en el capítulo III de este trabajo. A este respecto nos remitimos a los argumentos allí expuestos. Solamente queremos insistir en que negar al tanteo la condición de derecho de adquisición preferente resulta inadmisibles a la luz de nuestros textos legales, que claramente le atribuyen al tanteo las consecuencias propias de tal condición.

B) *La tesis de la notificación como simple comunicación o requisito formal para la efectividad del tanteo*

Esta tesis ha sido seguida expresamente por SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (26) y aparece reflejada en la STS de 23 de enero de 1957 (RJA 364), que define la notificación para el tanteo como un mero requisito formal dirigido a facilitar su ejercicio, cuya única función es poner en conocimiento de su titular que se ha producido la venta. Esto es, la notificación no es un requisito esencial para el nacimiento del derecho al tanteo, que tiene lugar antes con la celebración de la venta perfecta. Si el arrendatario conoce por otro medio la venta perfecta, puede igualmente ejercitar el tanteo (27). Esta concepción no permite diferenciar los efectos del derecho de adquisición preferente según el propietario haya realizado o no notificación de la venta perfecta. Además implica que tanteo y retracto se diferencian únicamente por el momento en que operan, por cuanto al tanteo corresponde ser ejercitado con venta perfecta, mientras que el retracto queda restringido exclusivamente respecto a una venta consumada.

Aunque ALBALADEJO no se adhiere expresamente a esta concepción, lo cierto es que mantiene unas ideas que presuponen su adopción. Vimos en el capítulo II de este trabajo que ALBALADEJO, cuando formula su teoría general de los derechos de adquisición preferente, mantiene que el tanteo puede ser ejercitado tanto si su titular recibe la notificación del propietario como si conoce por otros medios que el propietario ha concertado la venta. Esta visión obviamente se asienta en la idea de que la notificación no es un elemento

(26) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El derecho de tanteo y retracto en la Ley española de Arrendamientos Rústicos de 1980. Referencia al derecho de «prelazione» y «retrato» en Italia*, Universidad de La Rioja, Logroño, 1998, pág. 94.

(27) En el Derecho italiano son partidarios de esta tesis BENEDETTI, Giuseppe, «Prelazioni e riscatto nell'allienazione di fondi rustici», en *Riv. Not.*, I, 1974, pág. 900; FURGIELE, Giovanni, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Giuffré Editore, Milano, 1984, págs. 45 a 53; SCHERMI, Aldo, «Natura di diritto potestativo e struttura della fattispecie della prelazione agraria», en *Gir. Agr. it.*, I, 1985, págs. 327 a 331; GERMANÓ, «Sulla denuntiatio nella prelazione», en *Riv. Dir. Agr.*, 1994, págs. 271, 273 y 274, y SIMONE, Francesco de, *Profili sistematici della prelazione agraria*, Università degli Studi di Napoli «Parthenope», Liguori editori, Napoli, 2002, págs. 156 a 162. Para esos autores la *prelazione* queda fuera del ámbito contractual. Esto es, el ejercicio de la *prelazione* no tiene lugar mediante la celebración de un contrato, sino de un negocio jurídico unilateral que produce por sí solo el efecto traslativo, de modo y manera que la comunicación prevista por la Ley no resulta imprescindible para el ejercicio de este derecho; basta con que su titular conozca que el propietario ha concertado un precontrato de venta con un tercero. Asimismo un sector de la jurisprudencia, cada vez más extendido en los últimos tiempos, niega que la *denuntiatio* tenga el valor de oferta de contrato, toda vez que la *prelazione* puede ser ejercitada aunque esta no haya tenido lugar, cuando el arrendatario conozca por otros medios la estipulación del precontrato de venta: Cass. 29 ottobre 1987, n. 555; Cass. 21 novembre 1990, n. 348; Cass. 8 luglio 1991, n. 7527; Cass. 13 giugno 1992, n. 7250; Cass. 5 maggio 1993, n. 5189; Cass. 21 marzo 1995, n. 3241; Cass. 8 maggio 2001, n. 6378; Cass. 2 agosto 2004, n. 14673.

esencial del tanteo, sino un elemento externo coadyuvante a la eficacia del mismo (28).

La consideración de la notificación como un mero requisito formal se corresponde con determinada concepción del derecho de adquisición preferente inspirada en el Derecho alemán, de acuerdo con la cual tanteo y retracto son fases de un mismo derecho de adquisición preferente que se diferencian tan solo por el momento en que operan (29). Sin embargo, como quedó demostrado en el capítulo III de este trabajo, tanteo y retracto tienen un ámbito de actuación común, la venta perfecta, y cumplen funciones diferentes. Por ende, la diferencia viene determinada según que la actuación sea consecuencia o no del ofrecimiento voluntario del propietario, que da lugar a efectos diversos: principalmente, solo la notificación para el tanteo da lugar al inicio del plazo y, por tanto, excluye el ejercicio posterior del retracto si el tanteo no es ejercitado tempestivamente. En definitiva, la notificación es requisito esencial para el nacimiento del tanteo.

C) *La notificación como acto propio del dominus*

Hay dos sentencias que aunque califican de forma diversa a la notificación para el tanteo —pues una se refiere a ella como oferta de contrato, mientras que la otra la califica de «preceptiva oferta»— coinciden en definirla como un «acto propio» del dueño de la finca arrendada. Su inclusión en la categoría jurídica de los actos propios sirve al Tribunal Supremo para explicar el efecto característico de la notificación para el tanteo que consiste en la imposibilidad de desvincularse o desentenderse de la notificación, ofreciendo al arrendatario la posibilidad de ejercitar el tanteo.

El carácter irrevocable de la notificación para el tanteo resulta según el Tribunal Supremo del principio general del derecho que prohíbe *venire contra factum*. Por tanto, el dueño de la finca arrendada no puede pretender desentenderse del ofrecimiento realizado al arrendatario alegando que ha desistido de su propósito de vender en la medida en que supone una contradicción o incoherencia con la conducta desarrollada previamente. Esta falta de coherencia en el proceder del *dominus* denota una deslealtad contra el arrendatario a quien ha generado con su propia conducta la expectativa de que tenía la facultad de adquirir la finca en el precio y condiciones indicadas en la notificación.

(28) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.^a ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 801.

(29) El parágrafo 469 del BGB declara que la notificación mediante el tercero suple a la del propietario, de donde se deduce que esta última no es un elemento esencial para el nacimiento del tanteo. Véase, NIEVA FENOLL, Jordi, «Parágrafos 433 a 534», en *Código Civil alemán* (director ALBERT LAMARCA MARQUÉS), Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 131.

Del estudio realizado por Díez-PICAZO en su monografía dedicada al estudio de la doctrina de los propios actos, donde este autor delimita con precisión los contornos de esta regla, resulta la conclusión de que es improcedente la aplicación de esta doctrina tanto por sus presupuestos como por sus consecuencias (30). Díez-PICAZO demuestra en su obra que la regla de los propios actos tiene carácter residual, de modo que el recurso a la regla que prohíbe *venire contra factum* solo está justificado cuando la situación jurídica de que se trate carece de un régimen jurídico propio del que se derive la imposibilidad de explicar porqué no cabe admitir la pretensión contradictoria con la conducta previamente desarrollada por el sujeto (31). De acuerdo con este carácter residual, la doctrina de los propios actos se configura técnicamente como un límite de ejercicio de los derechos subjetivos junto con el abuso del derecho y la buena fe de la que constituye una consecuencia directa e inmediata (32). En consecuencia creo que no es correcto alegar como fundamento jurídico de los efectos de la notificación para el tanteo la doctrina de los propios actos, aunque como se percató Díez-PICAZO, esta doctrina ha sido utilizada por nuestros Tribunales como una suerte de «cajón de sastre» para explicar todos aquellos supuestos en que no es admisible que un sujeto pretenda desentenderse de la situación jurídica creada con su propia conducta. Empero la notificación para el tanteo goza de un régimen jurídico propio que fundamenta la imposibilidad del propietario de paralizar los efectos de la notificación una vez practicada, como resulta del párrafo segundo del artículo 22.2 LAR de 2003.

De otro lado, tampoco los efectos de la notificación para el tanteo encajan con las consecuencias de la doctrina de los propios actos. La única consecuencia de esta regla es la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria (33). Sin embargo, los efectos de la notificación para el tanteo son más amplios, de acuerdo con su propio régimen jurídico. La Ley atribuye a la notificación para el tanteo efectos equivalentes a los que corresponden a un negocio jurídico en cuanto el destinatario de la misma puede reclamar el cumplimiento de los efectos que de esta «conducta negocial» deriven a su favor, consistentes en la actuación del tanteo para adquirir la finca en el precio y condiciones notificadas.

(30) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La doctrina de los propios actos (Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Bosch, Barcelona, 1963.

(31) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La doctrina de los propios actos (Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 176.

(32) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La doctrina de los propios actos (Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Bosch, Barcelona, 1963, págs. 186 a 192.

(33) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La doctrina de los propios actos (Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Bosch, Barcelona, 1963, págs. 248 y 249.

3. LA NOTIFICACIÓN COMO ACTO JURÍDICO NO NEGOCIAL

Para comprender su verdadera esencia hay que distinguir dos fases en su vida en cuanto la notificación es un acto de estructura compleja:

- 1.^a La notificación para el tanteo nace o surge como un acto de la voluntad del propietario, y por ello puede ser calificado de un acto potestativo ya que el *dominus* goza de autonomía para decidir si notifica o no al arrendatario la venta que tiene proyectada.
- 2.^a Una vez practicada la notificación, produce unos efectos determinados *ex lege* al margen de la voluntad de su autor. En consecuencia, estos efectos no pueden ser modificados por la sola voluntad del propietario.

Ambas afirmaciones nos conducen automáticamente a la conclusión de que la notificación para el tanteo es un acto jurídico no negocial pues su realización, aunque voluntaria, responde al cumplimiento de un deber de conducta —debe realizar la notificación si quiere acabar con el obstáculo que para sus propósitos supone el retracto— y cuyos efectos son los previstos por el ordenamiento, sin que la voluntad de su autor tenga el menor margen de decisión (34). Esto es, como dice ALBALADEJO: «acto jurídico en sentido estricto es el que encerrando —como todo acto jurídico— una conducta humana, produce los efectos jurídicos porque el Derecho los atribuye a su realización independientemente de que el agente los quiera o no» (35). La notificación para el tanteo encaja en la modalidad de los actos jurídicos en sentido estricto que este autor califica de «actos semejantes a los negocios jurídicos» porque también consisten en manifestar una voluntad. Pero lo importante no es lo que se manifiesta querer, sino el haberlo hecho voluntariamente. En atención a esta semejanza y en defecto de norma

(34) Esta concepción ha sido propuesta por LÓPEZ MERINO, Francisco, *La notificación en el Ordenamiento Jurídico español*, Comares, Granada, 1989, págs. 60 y 61. Atisbos de la misma los encontramos en DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid (edición facsimil), Madrid, 1997, pág. 42, cuando incluye entre las figuras de dudoso carácter negocial los contratos impuestos en los que existe la obligación de hacer la declaración negocial, y entre ellos incluye el retracto. En sentido parecido se manifiestan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en sus comentarios a la obra de ENNECERUS, Ludwig/KIPP, Theodor/ WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas* (décima revisión por Martin WOLFF y Ludwig RAISER) [traducción española con anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER], tomo III, vol. II, Gravámenes, 3.^a ed. al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 192 (nota 23), cuando afirman que: «[l]a notificación no es una declaración de voluntad, sino un acto parecido a los negocios jurídicos; pero que, como todos los actos de esa índole, ha de tratarse por analogía de las declaraciones de voluntad (...)».

(35) Sobre la distinción entre acto jurídico negocial y no negocial, véase GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico* (traducido por Francisco de P. BLASCO GASCO y Lorenzo PRATS ALBENTOSA), Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 29 a 34, y ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, I, 18.^a ed., Edisofer, 2009, pág. 521.

específica les serán aplicables las normas referentes a las declaraciones de voluntad (36). En este caso sí es cierto que la notificación para el tanteo es un acto jurídico semejante a la oferta de contrato —a pesar de que *sensu strictu* no encaje en esta categoría— lo que justifica que el Tribunal Supremo haya acudido a las normas generales sobre los contratos para resolver ciertos problemas planteados en torno a la misma, como quedó constatado en el capítulo III de este trabajo.

Sin embargo, la idea de que la notificación es un acto jurídico no negocial, no agota la cuestión de su naturaleza jurídica. A este respecto es fundamental la visión de la notificación desde el punto de vista de los efectos que se producen cuando la finca arrendada es transmitida sin notificación previa. La consecuencia negativa fundamental es la pervivencia del derecho de adquisición preferente. Si el arrendatario en cualquier momento conoce la venta celebrada, haya sido o no consumada a favor del comprador, puede hacer uso de su preferencia mediante el retracto, con el agravante de que el plazo de caducidad del retracto no empezará a correr mientras no tenga conocimiento de que la venta ha sido consumada. De ahí que se suela afirmar que el retracto es la sanción legal del tanteo (37).

A mi juicio, teniendo en cuenta que la enajenación sin notificación es perfectamente válida y no cabe forzar al propietario a realizar la notificación para el tanteo, ni el arrendatario puede exigirle una indemnización o reparación pecuniaria, la notificación debe ser calificada técnicamente de carga (38). Si el propietario vendedor decide notificar el tanteo obtendrá un beneficio de su cumplimiento: clarificar cuanto antes las intenciones del arrendatario y sobre todo la exclusión del retracto en caso de que no haga uso del tanteo; o bien un perjuicio jurídico si no la realiza; la pervivencia del retracto (39).

(36) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, I, 18.ª ed., Edisofer, 2009, págs. 521 y 522.

(37) DE LA RICA, Ramón, «El derecho de tanteo: su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de esta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción», en *RCDI*, 1979, núm. 144, pág. 1038; FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 21.

(38) En el Derecho italiano, BENEDETTI, Giuseppe, «Prelazioni e riscatto nell'allienazione di fondi rustici», en *Riv. Not.*, I, 1974, págs. 897 y 898, explica que existen dos sistemas antagónicos de hacer efectiva la preferencia: aquellos en que el incumplimiento de la obligación de preferir da lugar al rescacimiento de los daños y perjuicios y aquellos otros en que la consecuencia de la vulneración de esta obligación viene constituida por la posibilidad de ejercitar el retracto cuando la transmisión se ha efectuado sin el ofrecimiento previo al sujeto preferido. En este sentido parecido, CASAROTTO, Gian Giorgio, «La prelazione agraria», capítulo cuarto, *Tratato Breve di Diritto Agrario Italiano e Comunitario* (diretto da Luigi COSTAT, 3.ª ed., CEDAM, Padova, 2006, pág. 530, explica que el *riscatto*, como sanción de la prelazione agraria, excluye o sustituye la sanción resarcitoria, constituyendo el *riscatto* la única sanción posible.

(39) PUIG FERRIOL, Luis/GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen/GIL RODRÍGUEZ, Jacinto/HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *Manual de Derecho Civil*, I, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 429, y LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel, *Derecho Civil. Parte General* (coordinado por Ángel LÓPEZ y Vicente L. MONTÉS), 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 509. LÓPEZ y

En suma: la notificación es un acto jurídico no negocial cuya realización constituye una carga —y no una obligación— para el propietario que ha proyectado la enajenación de la finca rústica arrendada. Esta tesis ha sido defendida expresamente en nuestra doctrina por DÍEZ SOTO que habla de la carga de notificar como contenido esencial del tanteo (40). El Tribunal Supremo se acerca a esta concepción, aunque de manera confusa, en la sentencia de 19 de diciembre de 1991 (*RJA* 9408), cuando califica la notificación para el tanteo a la vez de «carga y obligación legal», sin reparar que ambas locuciones responden a conceptos diferentes. En una línea parecida, GARCÍA AMIGO dice que la realización de la notificación responde a ciertos «deberes de conducta» y no puede calificarse de obligación en sentido técnico (41).

Podría objetarse que no parece muy lógico definir la notificación para el tanteo como una carga del propietario cuando lo normal es que las consecuencias negativas de su omisión las soporte el comprador, en cuanto en la inmensa mayoría de los casos el retracto se ejercita respecto a una enajenación consumada, siendo el sujeto afectado solamente el comprador. Sin embargo, para tener una comprensión íntegra de la situación que se genera con el derecho de adquisición preferente hay que tener en cuenta lo que hay en la trastienda de la decisión del propietario de efectuar o no la notificación previa: lo habitual es que la notificación se haya hecho con el conocimiento del comprador o incluso a instancias del mismo, que en definitiva es el primer interesado en saber que la adquisición que tiene proyectada no va a resultar frustrada. Del mismo modo, lo normal es que la omisión de la notificación responda a una decisión del propietario tomada en connivencia con el comprador. En caso contrario, de modo que el comprador podría dirigirse contra el vendedor y reclamarle indemnización por los daños y perjuicios causados a consecuencia del retracto.

III. FINALIDAD, REQUISITOS Y EFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN PARA EL TANTEO EN SU CONDICIÓN COMO ACTO JURÍDICO NO NEGOCIAL

Una vez determinada la naturaleza jurídica de la notificación para el tanteo como acto jurídico no negocial, procede exponer cuál es la finalidad perseguida

LÓPEZ se refiere a la carga como un «deber libre», lo que recuerda a la expresión del TS de «preceptiva oferta» que aunque pueda parecer contradictoria pretende reflejar que se trata de un deber jurídico que no es fuente de responsabilidad para el incumplidor, sencillamente la falta de realización del mismo lleva aparejada determinados perjuicios o la pérdida de ciertos beneficios.

(40) DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 206 a 213.

(41) GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP*, 1976, núm. LX, pág. 124.

por la misma, los requisitos que ha de cumplir y los efectos que produce cuando el *dominus* se decide a realizarla.

A) FINALIDAD

La finalidad de la notificación para el tanteo se deduce del texto del artículo 22.2 LAR de 2003 cuando dispone que: «(...) el transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar y le indicará los elementos esenciales del contrato. El arrendatario tendrá un plazo de 60 días hábiles desde que hubiera recibido la notificación para ejercitar su derecho de adquirir la finca en el mismo precio y condiciones, y lo notificará al enajenante de modo fehaciente (...)». Por consiguiente el propósito principal de la notificación es conceder al arrendatario el derecho de tanteo; esto es, la oportunidad de hacer efectiva la preferencia antes de que tenga lugar la transmisión a favor del comprador proyectado. Desde la perspectiva del arrendatario se trata de que este tome conocimiento suficiente de la enajenación proyectada para decidir si le interesa o no convertirse en propietario de la finca en las condiciones indicadas. La STS de 12 de abril de 1962 (*RJA* 2022) aclara que: «el fin de la notificación no es otro que hacer llegar al conocimiento del arrendatario la enajenación proyectada por si le conviene adquirir» (Cdo. 4.º) (42).

Para las partes en la venta proyectada —el propietario vendedor y el tercero comprador— la notificación les permite conocer las intenciones del arrendatario (43); de este modo pueden saber si tienen vía libre para seguir adelante con la enajenación sin la amenaza que supone para sus intereses la actuación de la preferencia, o si, por el contrario, el arrendatario pretende convertirse en el próximo propietario de la finca.

Desde la perspectiva del orden público encarnado en este caso en la seguridad del tráfico jurídico, la notificación para el tanteo persigue eliminar

(42) En el mismo sentido cabe citar a LETE DEL RÍO, José Manuel, «Artículo 25. Derecho de adquisición preferente», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)* (dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN), Edersa, Madrid, 1995, pág. 317; COCA PAYERAS, Miguel/MUNAR BERNAT, Pedro A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinados por Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, pág. 677; AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 4.ª ed., Comares, Granada, 2001, pág. 356; MÁS BADÍA, M.ª Dolores, «Comentario del artículo 22», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre)* (dirigidos por Rafael BALLARÍN HERNÁNDEZ y M.ª Dolores MÁS BADÍA), Tecnos, Madrid, 2006, pág. 474.

(43) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El derecho de tanteo y retracto en la Ley española de Arrendamientos Rústicos de 1980. Referencia al derecho de «prelazione» y «retratto» en Italia*, Universidad de La Rioja, Logroño, 1998, pág. 89, y AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 4.ª ed., Comares, Granada, 2001, pág. 356.

la perturbación que conlleva el retracto para el tráfico de la finca arrendada. A continuación podremos verificar que mediante la notificación-ofrecimiento, tanto si es aceptado como si no, la posibilidad del retracto es definitivamente eliminada y con ello la incertidumbre que supone para el adquirente de la finca. No se olvide que a pesar de que el comprador haya inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad, esta queda sujeta a los efectos del retracto. El arrendatario podrá hacer efectivo su derecho contra todos los sucesivos adquirentes de la finca, aun cuando reúnan los requisitos del artículo 34 LH, siempre que no se haya producido la caducidad del retracto (*ex art. 37 LH*).

B) REQUISITOS

Para estudiar los requisitos de la notificación para el tanteo es conveniente comparar el texto del artículo 22.2 LAR de 2003 con su antecesor, el artículo 87 LAR de 1980. El artículo 22 LAR de 2003 dispone:

«Al efecto el transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar y le indicará los elementos esenciales del contrato, y a falta de precio (...)».

Por su parte el hoy derogado artículo 87 LAR de 1980 disponía:

«El transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar, indicando las condiciones de la enajenación, así como el precio en su caso, y el nombre y circunstancias del adquirente».

Ambos preceptos presentan algunas diferencias cuando aclaran cuáles son los requisitos que debe cumplir la notificación para el tanteo para entenderse válidamente celebrada y producir sus efectos plenamente.

Dentro de los requisitos enunciados deben distinguirse los siguientes puntos:

- 1.º Sujetos: deja claro el artículo 22.2 LAR 2003, al igual que su antecesor, que la notificación debe ser realizada por el «transmitente», es decir, por el dueño de la finca arrendada que se propone venderla a un tercero. Normalmente este coincidirá con la persona del arrendador, pero no siempre será así: por ejemplo, en los supuestos de transmisión de nuda propiedad de la finca arrendada por el usufructuario. Entonces la notificación deberá realizarla el nudo propietario y no el arrendador usufructuario.

Es conveniente recordar que, aunque la notificación solo puede ser realizada por el propietario vendedor, la colaboración del comprador es indispensable si las cosas se desarrollan en términos lógicos, es conveniente que las partes hayan consignado en el contrato el mecanismo

adecuado —la sumisión del contrato a condición suspensiva— para que el propietario quede liberado de responsabilidad frente al comprador en el caso de que el arrendatario se decida a hacer uso del tanteo.

Evidentemente el destinatario de la notificación es el arrendatario. En el supuesto de que la finca que se pretende enajenar esté arrendada a una pluralidad de arrendatarios dice el artículo 22.8 LAR que: «[c]uando sean varios los arrendatarios de una misma finca o explotación habrá que cumplir las obligaciones de notificación con cada uno de ellos, y el derecho de tanteo y retracto podrá ejercitarlo cada uno por la porción que tenga arrendada (...)». Por tanto, la notificación deberá realizarse individualizadamente a cada arrendatario y cada uno de ellos ejercitará el tanteo sobre su respectiva porción (44).

- 2.º Forma: La notificación deberá ser fehaciente, es decir, que haga fe por sí misma de su realización. Esto quiere decir que el medio elegido para su realización debe dejar constancia indubitada de que efectivamente la notificación ha sido realizada, del contenido y la fecha en que se hizo. Se trata en definitiva de garantizar la realidad y exactitud de la notificación (45). Por ello la doctrina suele citar como medios más idóneos el requerimiento notarial o el acto de conciliación. Si bien es opinión común la de considerar admisible cualquier otro medio que cumpla estos requisitos (46). Este sería el caso de la notificación realizada por burofax. Sin embargo, no satisface estas exigencias —como puntualiza SÁNCHEZ HERNÁNDEZ— la notificación realizada mediante correo certificado con acuse de recibo, en cuanto da fe de que se ha efectuado la notificación, pero no acredita el contenido de la misma, imprescindible para que se pueda llevar a cabo el juicio comparativo que exige el artículo 22.3 LAR de 2003 sobre si procede retracto (47).

(44) El mismo mandato contenía el artículo 93 LAR 1980 al decir que: «cuando sean varios los arrendatarios de una misma finca habrá que cumplir con cada uno de ellos los requisitos anteriores, y el derecho de tanteo y retracto y el de adquisición preferente podrán ser ejercitados por ellos separadamente, referidos a la porción o porciones de fincas ocupadas, respetando las normas vigentes sobre unidades mínimas de cultivos».

(45) MÁS BADÍA, M.ª Dolores, «Comentario del artículo 22», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre)* (dirigidos por Rafael BALLARÍN HERNÁNDEZ y M.ª Dolores MÁS BADÍA), Tecnos, Madrid, 2006, pág. 474.

(46) Véase, por todos, ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, *Los derechos de adquisición preferente regulados en la Ley de Arrendamientos Rústicos y en la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996, pág. 59.

(47) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El derecho de tanteo y retracto en la Ley española de Arrendamientos Rústicos de 1980. Referencia al derecho de «prelazione» y «retrato» en Italia*, Universidad de La Rioja, Logroño, 1998, pág. 92. Por el contrario, MÁS BADÍA, M.ª Dolores, «Comentario del artículo 22», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*

3.º Contenido: este ha sido uno de los aspectos más problemáticos a causa de la ambigüedad de la legislación de arrendamientos rústicos: el artículo 22.2 LAR de 2003, en el inciso segundo del párrafo segundo, dice que el transmitente ha de notificar al arrendatario «el propósito de enajenar y le indicará los elementos esenciales del contrato». Por su parte, el artículo 87 LAR de 1980 contenía un requerimiento más amplio al exigir la comunicación de «su propósito de enajenar, indicando las condiciones de la enajenación, así como el precio en su caso, y el nombre y circunstancias del adquirente». La notificación para el tanteo ha de reflejar los siguientes extremos:

- a) En la notificación debe constar la existencia de una compraventa perfecta entre el propietario y un tercero que todavía no ha sido consumada con la entrega de la cosa, cuya eficacia no obstante queda supeditada a que el arrendatario haga uso el tanteo (48).

(Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre) (dirigidos por Rafael BALLARÍN HERNÁNDEZ y M.ª Dolores MÁS BADÍA), Tecnos, Madrid, 2006, pág. 476, opina que la notificación mediante correo certificado con acuse de recibo llena las exigencias de fehaciencia de la Ley.

(48) En este sentido cabe citar una abundante jurisprudencia: SSTs de 5 de diciembre de 1950 (RJA 1234), 30 de septiembre de 1960 (RJA 3155), 30 de septiembre de 1960 (RJA 3156), 2 de febrero de 1961 (RJA 1506), 21 de enero de 1961 (RJA 114), 2 de febrero de 1961 (RJA 309), 9 de marzo de 1961 (RJA 947), 3 de julio de 1961 (RJA 3021), 17 de marzo de 1962 (RJA 1748), 12 de abril de 1962 (RJA 2022), 18 de enero de 1964 (RJA 207), 24 de septiembre 1997 (RJA 6860), 22 de septiembre de 1993 (RJA 6654) y 17 de febrero de 1998 (RJA 630). En la doctrina española es el caso de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER en sus anotaciones a la obra de ENNECERUS, Ludwig/KIPP, Theodor/WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas* (décima revisión por Martin WOLFF y Ludwig RAISER) [traducción española con anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER], tomo III, volumen segundo, Gravámenes, 3.ª ed. al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, págs. 102 a 154; COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo, retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 35 y 36; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1988, pág. 327; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, Edersa, 3.ª ed., Madrid, 1997, pág. 733; COCA PAYERAS, Miguel, «Voz Tanteo (Derecho Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pág. 6464; COCA PAYERAS, Miguel/MUNAR BERNAT, Pedro A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinador: Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, pág. 674; RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 54 y 118; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Derecho general y autonómico)», en *La Ley-Actualidad*, Madrid, 2000, pág. 109; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 805; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto», en *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coordinador: Eugenio LLAMAS POMBO), tomo I, La Ley, Madrid, 2006, págs. 230 a 233. Por su parte, BORRELL Y SOLER, Antonio M., *El dominio según el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1948, pág. 111, a pesar

- b) La LAR de 2003, al igual que la legislación de arrendamientos urbanos, se conforma con la manifestación de las condiciones esenciales, mientras que la Ley arrendaticia de 1980 hacía referencia a «las condiciones de la transmisión» sin utilizar la calificación de esenciales que parece hacer referencia a un contenido más restringido. Creo que la clave para dilucidar qué condiciones han de ser notificadas descansa en el contenido del derecho de adquisición preferente del arrendatario: según el artículo 1.521 del Código Civil le da derecho a adquirir la finca con las mismas condiciones estipuladas en el contrato traslativo. En términos parecidos se expresa el artículo 22.2 LAR de 2003, cuando define el tanteo como la facultad del arrendatario de adquirir la finca en el mismo precio y condiciones. Por tanto, el arrendatario que debe saber la información relativa a los dos elementos esenciales del contrato de la compraventa, cosa y precio. Esto significa que la notificación ha de expresar todas aquellas condiciones del contrato que definan o delimiten la extensión de su derecho de propiedad: garantías, cargas del bien, si la enajenación esta sometida a condición suspensiva o resolutoria y, por supuesto, el precio de la venta y las modalidades de pago pactadas en su caso. En definitiva, la puesta en conocimiento ha de comprender todo lo necesario al objeto de que el arrendatario pueda decidir libre y fundadamente si le interesa o no hacer uso del tanteo (49). Lo más conveniente para el propietario que se decide a notificar el tanteo es proporcionar al arrendatario un conocimiento exhaustivo del contrato y asegurarse de que este no podrá hacer uso del retracto una vez consumada la transmisión basándose en la falta de correspondencia entre las condiciones notificadas y las consignadas en la escritura pública de transmisión (50).
- c) El artículo 22 LAR de 2003 no contiene ninguna mención específica sobre la identidad del adquirente a diferencia del artículo 87

de que no se pronuncia explícitamente sobre el momento en que procede el tanteo, sitúa la frontera del tanteo y retracto en el momento de la consumación de lo que puede deducirse que para este autor el tanteo procede una vez perfeccionada la venta.

(49) Así lo entienden RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 617, y COCA PAYERAS, Miguel/MUNAR BERNAT, Pedro A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinados por Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, pág. 696, cuando interpretan la expresión «condiciones esenciales del contrato» del artículo 25 LAU de 1994.

(50) Véase Díez Soto, Carlos Manuel, «Artículo 22.2 a 5», en *Ley de Arrendamientos rústicos (Comentarios doctrinales y formularios prácticos)* (dirigidos por Miguel PASQUAU LIAÑO), 2.ª ed., Aranzadi, [Cizur Menor (Navarra)], 2006, pág. 710.

LAR de 1980 que requería la constancia del nombre y circunstancias del adquirente. Sin embargo el artículo 22.3 LAR de 2003 contempla como causa de actuación del retracto la transmisión de la finca arrendada a persona distinta de la indicada en la notificación previa. La cuestión es cómo se salva la contradicción entre ambos apartados del artículo 22 LAR de 2003. Para ello deben ser ponderados los siguientes factores:

- Uno de ellos es la trayectoria seguida por la legislación de arrendamientos urbanos. Hay un evidente paralelismo entre la desaparición de la identidad del adquirente como parte del contenido de la notificación para el tanteo y la liberalización del régimen de duración del contrato de arrendamiento introducida por la LAU de 1994 (51). Probablemente ello se debe a que el legislador piense que ya no es relevante para el arrendatario saber con quien va a quedar vinculado cuando se trata de contratos de corta duración en los que no existe una prórroga forzosa con la consiguiente facultad del arrendador de denegarla en determinadas circunstancias.
- Idéntico camino sigue la regulación de los arrendamientos rústicos. La LMEA de 1995 introduce el mismo régimen liberalizador en cuanto a la duración del contrato se refiere, al limitar el plazo mínimo obligatorio a cinco años y suprimir las prórrogas legales. Además, respecto de los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor la LMEA de 1995 desvincula la facultad de denegación de la prórroga forzosa que compete al arrendador de sus circunstancias personales —la recuperación de la finca con el propósito de cultivarla directamente—, de modo que desde entonces basta para poner fin al arriendo con que lo quiera el arrendador, sin que haga falta ningún tipo de justificación causal. Esto podría inducir a pensar que la nueva LAR de 2003 ha seguido el modelo de la LAU de 1994 eliminando la identidad del adquirente del contenido de la notificación para el tanteo. Así lo entiende Díez SOTO para quien la contradicción interna del artículo 22 LAR de 2003 se salva considerando que no hace falta incluir en la notificación los datos del adquirente, se trata, por tanto,

(51) Díez SOTO, Carlos Manuel, «Artículo 22.2 a 5», en *Ley de Arrendamientos Rústicos (Comentarios doctrinales y formularios prácticos)* (dirigidos por Miguel PASQUAU LIAÑO), 2.ª ed., Aranzadi [Cizur Menor (Navarra)], 2006, pág. 710, *ibídem*.

de una mención optativa, mas si se incluye su alteración puede dar lugar al ejercicio del retracto (52).

- Aunque es cierto que con el actual régimen de duración del contrato de arrendamiento ya no es tan importante para el arrendatario saber quien va a sustituir al actual arrendador si este decide enajenar la finca a un tercero, de ahí no cabe deducir automáticamente que deba desaparecer la mención a la identidad del adquirente del contenido de la notificación para el tanteo. Así Díez Soto reconoce que esta mención constituye una característica peculiar de la legislación de arrendamientos, rústicos y urbanos, motivada por la vigencia de la regla *emptio non tollit locatum* —que consagran las leyes especiales de ambos sectores— así como por la concesión de la facultad de preferente adquisición a favor del arrendatario (53) —concretamente en el caso de LAR de 2003 esta regla excepcional se establece en el art. 22.1 (54), el mismo precepto donde se regulan los derechos de adquisición preferente, lo que prueba la íntima relación que existe entre ambos—. En consecuencia sigue siendo información útil para el arrendatario saber quién puede ser su contraparte en el contrato de arrendamiento si se vende la finca arrendada.
- De todos modos hay un dato que es el decisivo: conforme al apartado 3 del artículo 22 LAR de 2003, es causa de ejercicio del retracto que la persona del adquirente no corresponda a la identificada en la notificación previa. Esta previsión evidencia que no es deliberada la falta de mención en el artículo 22.2 LAR de 2003 de la identidad del adquirente como parte del contenido imperativo de la notificación para el tanteo. Todo lo contrario, es fruto de un descuido de un Legislador poco minucioso a consecuencia de la premura con la que ha acometido la reforma.

(52) Díez Soto, Carlos Manuel, «Artículo 22.2 a 5», en *Ley de Arrendamientos Rústicos (Comentarios doctrinales y formularios prácticos)* (dirigidos por Miguel PASQUAU LIAÑO), 2.^a ed., Aranzadi [Cizur Menor (Navarra)], 2006, pág. 711.

(53) Díez Soto, Carlos Manuel, «Artículo 22.2 a 5», en *Ley de Arrendamientos Rústicos (Comentarios doctrinales y formularios prácticos)* (dirigidos por Miguel PASQUAU LIAÑO), 2.^a ed., Aranzadi, [Cizur Menor (Navarra)], 2006, pág. 710.

(54) A tenor del artículo 22.1 LAR de 2003: «[e]l adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, y deberá respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato prevista en el artículo 12 o la de la prórroga tácita que esté en curso si se trata del tercero hipotecario, mientras que en los demás casos deberá respetar la duración total pactada».

d) Por último, es conveniente precisar que la notificación para el tanteo no solo supone poner en conocimiento del arrendatario la venta proyectada, el precio y las condiciones que puedan afectar a la adquisición del retrayente. El hecho de su realización lleva implícito el «ofrecimiento» que el propietario efectúa al arrendatario de adquirir la finca en las condiciones notificadas (55). La LAR de 2003 no se expresa en estos términos, pero sí el artículo 90.3 LAR de 1980, cuando denominaba «oferente» al propietario vendedor que notifica su proyecto de venta al arrendatario. Y es que ese «ofrecimiento» se erige en el núcleo esencial de la notificación para el tanteo.

5.º Plazo: la Ley, en toda lógica, no establece ningún plazo para realizar la notificación para el tanteo. Esta puede ser realizada en cualquier momento antes de que se haya producido la consumación de la transmisión, momento tope a partir del cual, la notificación para el tanteo se transforma en la notificación para el retracto, que cumple una función distinta y produce efectos parcialmente diferentes —esto lo vimos en el capítulo III de este trabajo— al igual que ocurre con el tanteo y el retracto.

¿Qué ocurre cuando se omiten alguno de los extremos exigidos por la Ley? Por lógica, la respuesta ha de ser la misma en los supuestos de omisión que en los de alteración de las condiciones de la transmisión. Así resulta del artículo 22.3 de LAR de 2003 cuando dice que: «[e]l mismo derecho tendrá el arrendatario si se hubiera omitido en forma la notificación previa». Por tanto, la notificación incompleta no inicia el plazo de caducidad del derecho de adquisición preferente y la posibilidad de su actuación sigue vigente en forma de retracto (56).

D) *Efectos de la notificación para el tanteo*

La notificación para el tanteo produce los siguientes efectos, uno principal y los otros derivados de aquel:

(55) Después veremos que la realización de ese ofrecimiento no implica que la notificación merezca la calificación de oferta de contrato.

(56) Esta es la doctrina de la STS de 24 de febrero de 1961, dictada en un supuesto de ejercicio del tanteo arrendaticio urbano (Col. Leg. núm. 132). Entre nuestros autores se manifiestan en este sentido: GIL ROBLES GIL Y GIL DELGADO, José M.ª, *Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, pág. 241; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, Derechos reales, 6.ª ed., Edersa, Madrid, 1985, pág. 669; DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, «Acerca de los presupuestos de validez para el ejercicio de los tanteos y retractos rústicos», en *ADC*, 1988, fascículo II, pág. 799, y AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 4.ª ed., Comares, Granada, 2001, pág. 357.

- 1.º La notificación es algo más que un simple acto de comunicación o de puesta en conocimiento de la venta proyectada. El efecto principal es que la notificación *ex* artículo 22 LAR de 2003 produce el nacimiento del derecho de tanteo. Esto supone que: «[e]l arrendatario tendrá un plazo de sesenta días hábiles desde que hubiera recibido la notificación para ejercitar su derecho de adquirir la finca en el mismo precio y condiciones (...)» —párrafo segundo del art. 22.2 LAR 2003—. El ejercicio del tanteo tiene como desenlace que el arrendatario se convierte en el nuevo propietario de la finca rústica.

Que la notificación da lugar al derecho de tanteo ha sido reconocido por la jurisprudencia relativa al tanteo arrendaticio urbano; así cabe citar las SSTs de 2 de julio de 1951 (*RJA* 1896), 9 de junio de 1958 (*RJA* 2141) y 8 de febrero de 1967 (*RJA* 557), y respecto del tanteo arrendaticio rústico, la STS de 22 de septiembre de 1993 (*RJA* 6654). La consecuencia de ello es que, como se afirma en la segunda sentencia citada, «sin la existencia de la misma no puede nacer el tanteo», pues como explica la STS de 8 de febrero de 1967 (*RJA* 557), el tanteo exige como «requisito esencial que el propietario le notifique de forma fehaciente la decisión de vender con las circunstancias que la ley señala, trámite previo necesario para el ejercicio del derecho», constituyendo un impedimento para la actuación del tanteo «la falta de ofrecimiento» (Cdo. 1.º).

- 2.º La notificación inicia el plazo de caducidad del derecho de adquisición preferente en su manifestación de tanteo (art. 22.2 LAR de 2003); de modo que si el arrendatario no lo ejercita dentro del plazo concedido, el derecho de adquisición preferente se extingue de forma definitiva (57). Aunque la LAR de 2003 no contiene ninguna previsión al respecto, se deduce del carácter subsidiario del retracto de acuerdo con los artículos 22.2 y 22.3 LAR de 2003. Otro argumento que sirve de apoyo es que así lo disponía expresamente el artículo 90.3 LAR 1980 al decir que: «[s]i el arrendatario no ejercitase su derecho, quedará libre el oferente para enajenar la finca a la persona indicada». En suma, la falta de ejercicio del tanteo elimina la amenaza que el derecho de adquisición preferente implica para la enajenación planeada por el propietario, toda

(57) En el Derecho italiano el artículo 8 de la Ley 590 de 1965 dispone que el cultivador, una vez recibida la notificación, deberá ejercitar la *prelazione agraria* en el plazo de treinta días. Si el cultivador deja transcurrir el plazo sin hacer uso de la *prelazione*, esta se extingue definitivamente, extinción que afecta también al *riscatto*, de modo que el propietario es libre de transmitir la finca arrendada al tercero. El arrendatario cultivador solo podrá hacer uso del *riscatto* si el propietario enajena en condiciones distintas de las indicadas en la *denuntiatio*. Véase, por todos, SIMONE, Francesco de, *Profili sistematici della prelazione agraria*, Università degli Studi de Napoli «Parthenope», Liguori editori, Napoli, 2002, págs. 164 a 169.

vez que este hecho es causa de extinción del retracto (58). Por el contrario, si el propietario no realiza la notificación previa a la transmisión goza del derecho de retracto para adquirir la propiedad de la finca. Igualmente la notificación defectuosa o la falta de correspondencia de las condiciones notificadas con las condiciones de la enajenación dan paso al retracto, teniendo así el arrendatario una nueva oportunidad para convertirse en propietario de la finca rústica (59).

- 3.º La transmisión proyectada queda en suspenso durante el plazo de sesenta días que la Ley concede al arrendatario para ejercitar el tanteo (60). Esto es, el ejercicio del tanteo se erige en *conditio iuris* de la eficacia de la venta. Este efecto se deduce del artículo 22.2, párrafo segundo interpretados a *sensu contrario*: si según el precepto citado durante los sesenta días siguientes a la notificación el arrendatario está facultado para adquirir la finca, lógicamente esto implica que durante ese plazo el propietario no es libre de transmitirla al comprador. De ahí la conveniencia de que el propietario se asegure de quedar liberado de responsabilidad frente al proyectado adquirente, en la hipótesis de que el arrendatario ejerce el tanteo (el mecanismo adecuado a tal fin viene constituido por la sumisión del contrato proyectado a condición suspensiva en tanto no haya caducado el plazo del tanteo).

Por último, respecto a los efectos señalados conviene hacer una precisión fundamental: una vez practicada la notificación produce los efectos determinados *ex lege*, y estos no pueden ser modificados por el propietario. Por tanto, el propietario-vendedor, una vez que ha notificado el tanteo al arrendatario queda sometido a la voluntad de aquel y a su derecho de adquirir las fincas en el precio y condiciones notificadas. La STS de 2 de julio de 1951 (*RJA* 1896) niega toda eficacia al desistimiento del propietario apoyándose en los efectos de la notificación para el tanteo. Así afirma que la notificación: «(...) no puede ser dejada sin efecto sin el consentimiento de aquel en cuyo favor nació, por virtud de dicho acto el expresado derecho de tanteo» (Cdo. 1.º). Por ello la

(58) DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de modernización de las explotaciones agrarias (Derecho general y autonómico)», en *La Ley-Actualidad*, Madrid, 2000, pág. 107.

(59) GIL ROBLES GIL Y GIL DELGADO, José M.ª, *Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, pág. 241; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, Derechos reales, 6.ª ed., Edersa, Madrid, 1985, pág. 669; DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, «Acerca de los presupuestos de validez para el ejercicio de los tanteos y retractos rústicos», en *ADC*, 1988, fascículo II, pág. 799, y AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 4.ª ed., Comares, Granada, 2001, pág. 356.

(60) AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 4.ª ed., Comares, Granada, 2001, pág. 356.

sentencia hace prosperar el tanteo ejercitado con posterioridad al desistimiento del arrendatario.

En definitiva, podemos concluir que la notificación para el tanteo se configura como un acto irrevocable que produce los efectos determinados *ex lege* sin que, una vez practicada, tenga virtualidad alguna la voluntad de su autor. Esto es, la notificación es un acto voluntario en su realización, pero no en los efectos que produce. El fundamento jurídico del carácter irrevocable de la notificación para el tanteo radica en su naturaleza jurídica de acto jurídico no negocial en cuanto su realización, aunque voluntaria, responde al cumplimiento de un deber de conducta que produce los efectos previstos *ex lege*, sin que puedan ser modificados por la voluntad de su autor.

IV. EFECTOS QUE PRODUCE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO

Si tenemos en cuenta que la notificación para el tanteo no es una oferta de contrato, sino que es un acto jurídico no negocial cuyas consecuencias y efectos son determinados *ex lege*, cabe concluir que la perfección del contrato es consecuencia de la declaración de la voluntad unilateral de carácter recepticio formulada por el arrendatario y dirigida al propietario del bien, en cuya virtud aquel manifiesta su voluntad de adquirir la finca en el precio y condiciones notificadas, y que debe efectuarse mediante notificación fehaciente en plazo de sesenta días hábiles a partir de la recepción de notificación para el tanteo (el art. 22.2 LAR 2003) (61). Por tanto, con el ejercicio del tanteo, la venta queda perfeccionada en las mismas condiciones que el propietario había pactado con el tercero, y el arrendatario se subroga en la posición jurídica del comprador, tal y como declara la STS de 2 de febrero de 1961 (RJA 309) cuando dice: «(...) que su por propia definición —art. 1521 del CC— el retracto es el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato del que adquiere por compra o dación en pago, y *el tanteo tiene el mismo contenido antes de consumarse la enajenación*» (Cdo. 2.º).

Por tanto, el ejercicio de tanteo produce un doble efecto: por un lado, la perfección del contrato transmisivo a favor del arrendatario y, de otro, la ineficacia definitiva de la enajenación proyectada por el propietario con el tercero (que el propietario quede liberado de responsabilidad frente al tercero dependerá de que en la venta devenida ineficaz se hubiera previsto mecanis-

(61) Díez Soto, Carlos Manuel, «Artículo 22.2 a 5», en *Ley de Arrendamientos Rústicos (Comentarios doctrinales y formularios prácticos)* (dirigidos por Miguel PASQUAU LIAÑO), 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 708.

mo adecuado a tal efecto, normalmente una condición suspensiva, como ya sabemos) (62).

El artículo 90.2 LAR de 1980 establecía que la escritura debía ser otorgada dentro de los treinta días siguientes, norma que principalmente estaba pensada en la protección del arrendatario-tanteante. El artículo 22 LAR de 2003 no contiene ninguna previsión al respecto, lo cual se debe probablemente a un nuevo olvido del legislador, incomprensible si tenemos en cuenta que bastaba con reproducir lo dispuesto en la anterior Ley de arrendamientos rústicos. En todo caso de conformidad con las reglas generales si el vendedor se negase al otorgamiento de escritura pública el arrendatario podrá acudir a los Tribunales solicitando el cumplimiento de la venta perfeccionada (art. 1280 CC).

¿*Quid* si después de ejercitado el tanteo por el arrendatario, no obstante el vendedor otorga escritura pública a favor del proyectado comprador ignorando el derecho del arrendatario? A la hora de analizar este supuesto, la doctrina científica no lo tiene del todo claro: mientras algunos autores consideran que la transmisión de la propiedad supone el comienzo del plazo para retraer, mas no la extinción del tanteo, produciéndose una yuxtaposición o coexistencia entre ambos derechos (63); otros entienden que una vez producida la transmisión no se inicia un nuevo plazo sino que el derecho deberá ser ejercitado en la misma forma que el retracto (64).

Sin embargo, la visión adecuada de lo que sucede en este caso nos la proporciona la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, con toda lógica, considera que la perfección del contrato de compraventa entre el propietario y el arrendatario a consecuencia del tanteo, faculta al arrendatario a acudir a los Tribunales

(62) En la doctrina italiana existen dos explicaciones diversas de los efectos del tanteo: aquellos que defienden que es una oferta de contrato, lógicamente entienden que la aceptación por parte del arrendatario produce la perfección del contrato que lleva aparejado el efecto traslativo (art. 1362 CC); por su parte los que consideran que la *denuntiatio* tiene un carácter puramente informativo y no constituye un elemento esencial de la *prelazione*, opinan que el efecto traslativo es fruto de la declaración de voluntad unilateral del arrendatario cultivador. En todo caso el ejercicio de la *prelazione* produce la ineficacia del precontrato concertado por el propietario con el tercero como consecuencia de la falta de cumplimiento de la condición suspensiva establecida por vía legal o contractual. Véase, por todos, CALABRESE, Donato, *La prelazione agraria*, Cedam, Padova, 1999, págs. 96 a 99, y SIMONE, Francesco de, *Profili sistematici della prelazione agraria*, Università degli Studi de Napoli «Parthenope», Liguori editori, Napoli, 2002, págs. 164 a 167.

(63) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.^a ed., Edisofer, Madrid, 2004, págs. 802 a 803, y LACRUZ BERDEJO, José Luis/Otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, Derechos reales, vol. I, Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 333.

(64) BARBER CÁRCAMO, Ronesvalles, *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 58; Díez SOTO, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 214, y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de modernización de las explotaciones agrarias (Derecho general y autonómico)», en *La Ley-Actualidad*, Madrid, 2000, pág. 97.

para exigir el cumplimiento de la compraventa perfeccionada y, por ende, el otorgamiento de escritura pública a su favor, sin la limitación que supone el plazo de caducidad del retracto. Así resulta de las SSTs de 9 de marzo de 1961 (RJA 947), 9 de mayo de 1968 (RJA 3479), 11 de marzo de 1970 (RJA 1465) y 19 de diciembre de 1991 (RJA 9408). Todas las sentencias citadas dan por hecho que una vez perfeccionada la venta como consecuencia de ejercicio del tanteo, en caso de que sea vulnerado el derecho del arrendatario, debe acudir al declarativo ordinario. Se trata de hacer valer el derecho de crédito nacido de la venta a favor del arrendatario y no de ejercitar el retracto.

Como hemos visto antes, si el arrendatario deja pasar la oportunidad de ejercitar el tanteo, se produce la extinción del derecho de adquisición preferente y, por ende, elimina la amenaza implícita en el retracto. En consecuencia el propietario es libre de transmitir la finca arrendada a la persona indicada en la notificación, que a tenor del artículo 22.1 LAR 2003, queda subrogada en el contrato de arrendamiento que continúa vigente entre el arrendatario y el nuevo propietario.

Si el arrendatario dirige una contraoferta al propietario vendedor, esta conducta no puede ser considerada como un supuesto de ejercicio del tanteo, de modo que en el hipotético caso de que fuera aceptada por el enajenante al no tratarse del ejercicio del derecho de adquisición preferente, constituiría un caso de vulneración de los intereses del tercero y el propietario incurriría en responsabilidad *in contrahendo* frente aquel, en cuanto el arrendatario solo tiene derecho a ser preferido si compra en el mismo precio y condiciones pactadas con el tercero (65).

V. CONCLUSIONES

- 1.^a La notificación para el tanteo no es una oferta de contrato, como afirma mayoritariamente la doctrina, siguiendo las afirmaciones en *obiter dictum* de algunas sentencias del Tribunal Supremo. Para la virtualidad de la notificación para el tanteo no basta la manifestación del mero propósito de enajenar, sino el ofrecimiento de la adquisición de la finca en las mismas condiciones pactadas con un tercero. Por tanto, si la notificación para el tanteo ha de reflejar un acuerdo transmisivo entre el propietario y un tercero, esto pone de manifiesto que realmente la voluntad del propietario no es transmitir la finca al arrendatario; por

(65) MÁS BADÍA, M.^a Dolores, «Comentario del artículo 22», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre)* (dirigidos por Rafael BALLARÍN HERNÁNDEZ y M.^a Dolores MÁS BADÍA), Tecnos, Madrid, 2006, pág. 477.

ello, debemos situar la notificación fuera del ámbito de las declaraciones de voluntad. Tampoco es una obligación *ex lege*, como de manera incidental se afirma en otras sentencias y defienden algunos autores. Mucho menos es ambas cosas a la vez, oferta y obligación legal, como manifiestan algunos autores, al tratarse de conceptos incompatibles entre sí.

Si la notificación fuera obligatoria, su omisión debería generar la nulidad de la transmisión constituyente de dicho incumplimiento. Sin embargo, la venta efectuada sin notificación previa es inatacable, de modo que si el titular del derecho de adquisición preferente pretende ejercitarlo, tendrá que hacerlo efectivo como retracto contra el comprador. Así resulta del artículo 22.2 LAR 2003, según el cual, a falta de notificación del arrendador, el arrendatario tiene derecho de retracto. Además si la notificación fuera obligatoria lo lógico sería que el arrendatario que no pudo ejercitar el tanteo no tuviera que reembolsar al comprador los gastos del artículo 1518 del Código Civil. Sin embargo, el ejercicio del retracto es más gravoso que el tanteo y es algo que depende de que el propietario notifique o no la enajenación proyectada.

- 2.^a Para comprender la verdadera esencia de la notificación para el tanteo hay que distinguir dos fases en su vida, ya que es un acto de estructura compleja: 1.^a La notificación para el tanteo nace o surge como un acto de la voluntad del propietario, y por ello puede ser calificado de un acto potestativo, ya que el *dominus* goza de autonomía para decidir si notifica o no al arrendatario la venta que tiene proyectada. 2.^a Una vez practicada la notificación produce unos efectos determinados *ex lege* al margen de la voluntad de su autor. Ambas afirmaciones nos conducen automáticamente a la conclusión de que la notificación para el tanteo es un acto jurídico no negocial pues su realización, aunque voluntaria, produce los efectos previstos por el ordenamiento, sin que puedan ser modificados por la sola voluntad del propietario. Además la notificación para el tanteo constituye un carga para el *dominus* si quiere evitar los perjuicios que su omisión conlleva, fundamentalmente la pervivencia del derecho de adquisición preferente, que constituye un obstáculo para sus propósitos.
- 3.^a ¿Debería configurarse la notificación para el tanteo como una obligación legal, tal y como ha propuesto un sector de la doctrina? Si la notificación fuera obligatoria, la falta de realización de la misma debería implicar la nulidad de la transmisión realizada. Por tanto, el arrendatario debería instar la nulidad de la venta, con la consiguiente devolución de la cosa y el precio, y a continuación el propietario tendría que vender la finca al arrendatario. Además, ambas actuaciones deberían acceder al Registro de la Propiedad mediante las correspondientes operaciones

de cancelación e inscripción (art. 38 LH). El retracto tiene como gran ventaja la «economía de medios» al conseguir idéntico resultado en un solo acto. Por ello creo que la notificación sea técnicamente una carga y no una obligación del propietario responde a una meditada opción legislativa.

- 4.^a La naturaleza jurídica de la notificación para el tanteo como acto jurídico no negocial, voluntario en su realización, pero no en los efectos que produce, explica los efectos que le atribuye el artículo 22.2, párrafo tercero, LAR de 2003. La notificación para el tanteo es un acto irrevocable cuyos efectos están determinados *ex lege* y no pueden ser modificados por el *dominus* una vez que ha sido realizada. La práctica de la notificación produce el nacimiento del derecho de tanteo y el comienzo del plazo de caducidad para su ejercicio. Así resulta del artículo 22 LAR de 2003, en cuya virtud el arrendatario tendrá un plazo de sesenta días hábiles desde que hubiera recibido la notificación para ejercitar su derecho. Del mismo modo que si el arrendatario no ejerce el tanteo, el derecho de adquisición preferente se extingue. Asimismo, la notificación es *conditio iuris* de la venta concertada por el *dominus* con el tercero, en cuya virtud su eficacia queda en suspenso durante el plazo de sesenta días que el artículo 22.2, párrafo tercero, LAR de 2003 concede al arrendatario para ejercitar el tanteo. Este efecto se deduce del artículo 22.2, interpretado a *sensu contrario*: si según el precepto citado durante los sesenta días siguientes a la notificación el arrendatario está facultado para adquirir la finca, lógicamente esto implica que durante ese plazo el propietario no es libre de transmitirla al comprador.
- 5.^a El propósito principal de la notificación para el tanteo es conceder al arrendatario el derecho de tanteo. Esto es, la oportunidad de hacer efectiva la preferencia antes de que tenga lugar la transmisión a favor del comprador proyectado. Por tanto, permite que el arrendatario tome conocimiento suficiente de la enajenación proyectada para decidir si le interesa o no convertirse en propietario de la finca en las condiciones indicadas. Para las partes en la venta proyectada —el propietario vendedor y el tercero comprador— la notificación les permite conocer las intenciones del arrendatario. De este modo pueden saber si tienen vía libre para seguir adelante con la enajenación sin la amenaza que supone para sus intereses la actuación de la preferencia, o si, por el contrario, el arrendatario pretende convertirse en el próximo propietario de la finca. Finalmente desde la perspectiva del orden público, encarnado en este caso en la seguridad del tráfico jurídico, la notificación para el tanteo persigue eliminar la perturbación que conlleva el retracto para el tráfico de la finca arrendada. Mediante la notificación, tanto si

es aceptado como si no, la posibilidad del retracto es definitivamente eliminada y con ello la incertidumbre que supone para el adquirente de la finca. No se olvide que a pesar de que el comprador haya inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad, esta queda sujeta a los efectos del retracto. El arrendatario podrá hacer efectivo su derecho contra todos los sucesivos adquirentes de la finca, aun cuando reúnan los requisitos del artículo 34 LH, siempre que no se haya producido la caducidad del retracto (*ex art. 37 LH*).

- 6.^a El ejercicio del tanteo da lugar a la perfección de la venta entre el propietario y el arrendatario en las mismas condiciones pactadas con el comprador. La perfección no es consecuencia del concurso de oferta y aceptación. Al ser la notificación un acto jurídico no negocial, la perfección se produce como consecuencia de la declaración unilateral de voluntad de carácter recepticio formulada por el arrendatario al propietario, por la que le manifiesta su propósito de adquirir la finca en el precio y condiciones notificadas (art. 22.2 LAR de 2003). Además al ser la notificación previa *conditio iuris* de la venta concertada por el propietario con el tercero, el ejercicio del tanteo produce la ineficacia definitiva de aquella. Para que el propietario quede liberado de responsabilidad frente al tercero es preciso que haya previsto el mecanismo adecuado a tal efecto, que normalmente consistirá en la sumisión de la venta a condición suspensiva.

Si después de ejercitado el tanteo por el arrendatario, el *dominus* transmite la finca al tercero, no es pertinente el ejercicio del retracto. Según el Tribunal Supremo en este caso el arrendatario puede acudir a los Tribunales y exigir el cumplimiento de la compraventa perfeccionada y el otorgamiento de escritura pública. El arrendatario está facultado para hacer valer el derecho de crédito nacido a su favor sin la limitación que supone el plazo de caducidad a que está sometido el retracto.

RESUMEN

ARRENDAMIENTO RÚSTICO DERECHO DE TANTEO

La notificación constituye el núcleo vital del derecho de tanteo que el artículo 22.2 de la LAR de 2003 concede al arrendatario rústico. La realización de la notificación para el tanteo, además de dar lugar al nacimiento de este derecho, según tiene declarado el Tribunal Supremo, pone

ABSTRACT

RURAL LEASE PROSPECTIVE RIGHT OF FIRST REFUSAL

Notification constitutes the vital core of the prospective right of first refusal that article 22.2 of the 2003 Rural Lease Act grants to rural lessees. The giving of notice of first refusal, in addition to giving rise to the creation of the prospective

en marcha el plazo de caducidad al que está sometido el ejercicio de la preferencia adquisitiva por el arrendatario.

La parte central de este trabajo está dedicada al estudio integral de la notificación para el tanteo y de las dudas que se suscitan en torno a la misma, teniendo en cuenta las soluciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia. Una cuestión de especial importancia es la que se refiere a su naturaleza jurídica, pues es un presupuesto necesario para entender los efectos que produce el ejercicio del tanteo arrendaticio rústico. Además es vital para comprender el mecanismo tanteo-retracto, tal y como está configurado en la Ley de Arrendamientos Rústicos 49/2003.

Una vez dilucidada la cuestión de la naturaleza jurídica de la notificación para el tanteo arrendaticio rústico, se estará en condiciones de abordar otros aspectos esenciales como su finalidad, requisitos y efectos, cuestiones en las que la regulación legal no resulta tan clara como sería deseable. Para terminar se precisarán cuáles son los efectos que produce el ejercicio del derecho de tanteo arrendaticio rústico de conformidad con la concepción de la notificación para el tanteo que se defiende en el presente trabajo como acto jurídico no negocial.

right of first refusal, as the Supreme Court has declared, starts the countdown to the deadline for the exercise of the lessee's preferred right to purchase.

The central portion of this paper is devoted to the comprehensive study of the notice of first refusal and the related doubts that arise, taking account of the solutions proposed by doctrine and case law. One issue of special importance is that which refers to the legal nature of notices of first refusal; this is necessary groundwork for understanding the effects produced by the exercise of a prospective right of first refusal of a rural lease. In addition, it is vital for comprehending the prospective/retrospective mechanism as configured in Act 49/2003 on Rural Leases.

Once the issue of the legal nature of the notice of first refusal of a rural lease has been cleared up, the conditions will be right for tackling other essential aspects, such as the purpose, requirements and effects of the notice. The regulation is not as clear on these issues as would be desirable. To wind up, the paper specifies what the effects are of exercising a prospective right of first refusal of a rural lease in accordance with the concept of the notice of first refusal that is defended in this paper as a non-business legal act.

(Trabajo recibido el 26-11-2010 y aceptado para su publicación el 1-2-2012)

La normativa de liberalización de servicios y la actividad de notario y de profesiones jurídicas

por

JOSU J. SAGASTI AURREKOETCHEA
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO GENERAL.
- II. LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS Y LA ACTIVIDAD DE NOTARIO:
 - 1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA:
 - 1.1. *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*
 - 1.2. *El Mercado Interior de Servicios.*
 - 1.3. *La Directiva 2006/123/CE.*
 - 2. DERECHO NACIONAL:
 - 2.1. *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, LLAASE.*
 - 2.2. *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, LMLALLAASE.*
- III. LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS-DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y COLEGIOS PROFESIONALES:
 - 1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA:
 - 1.1. *Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.*
 - 1.2. *El Mercado Interior de Servicios.*
 - 1.3. *La Directiva 2006/123/CE.*
 - 2. DERECHO NACIONAL:
 - 2.1. *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y Ley 25/2009, de 22 de diciembre.*
 - 2.2. *Legislación notarial:*

- A) Naturaleza jurídica.
- B) Cohonestación con la normativa de liberalización de servicios.

2.3. *Legislación registral.*

- A) Naturaleza jurídica.
- B) Cohonestación con la normativa de liberalización de servicios.

2.4. *Colegios Profesionales.*

IV. LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS Y CUALIFICACIÓN PROFESIONAL.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El régimen y tratamiento de la «liberalización de servicios» (1) y la «actividad de Notario» —que no «del» Notario— presenta diferentes ámbitos de relación y correlación, que es preciso analizar, si bien resulta, igualmente, necesario deslindar.

En el momento presente el concepto de la «liberalización de servicios» conlleva una *vis expansiva*, que, de un modo cuasi automático, afecta a todos los ámbitos y esferas económicas y de servicios, generando una presunción —obviamente de *iuris tantum*— de que no existe espacio económico, empresarial o de servicios, que no quede incluido en su órbita de aplicación.

La citada presunción generalizada alcanza un especial relieve en todo lo referente a la «actividad de Notario», atendiendo principalmente a la naturaleza y función que este desarrolla en la sociedad y en el mercado, en los que se conjugan funciones de carácter público, junto con otras estrictamente profesionales.

Por ello, se procederá a realizar el análisis de la relación y conjugación de ambos conceptos desde distintos aspectos, parámetros y criterios; todos ellos atendiendo a la realidad jurídico-económica del mercado, sin obviar la aportación de posibles ideas o planteamientos pro futuro. De igual modo, y atendiendo a las funciones y actividades realizadas en el mercado, se llevará a cabo una sem-

(1) Vid., a este respecto, como bibliografía básica o sumaria sobre la «liberalización de servicios»: BARNARD, Catherine, «Unravelling the Services Directive», en *Common Market Law Review*, vol. 45, The Netherlands, 2008, págs. 323-394. FAIRHURST, John, *Law of the European Union*, Pearson, Essex, 2010. HATZOPOULOS, Vassilis, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Bruylant, Bruxelles, 1999. KACZOROWSKA, Alina, *European Union Law*, Routledge, Oxon, 2011. MANGIAMELI, Stelio, «La liberalización de los servicios en la Unión Europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, Granada, julio-diciembre de 2007, págs. 75-93. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Mercado europeo y reformas administrativas: La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Thomson, Cizur Menor, 2009.

blanza analítica y prospectiva referidas a las profesiones y operadores jurídicos; en particular, la de registrador y la de abogado (2).

Así pues, tal y como se ha manifestado, el estudio comprenderá, en primer lugar, el análisis de la «liberalización de servicios» y su afección al Notario y a su actividad, tanto en su ejercicio de libre prestación de servicios, como en el de libertad de establecimiento; en segundo lugar, se estudiará la «liberalización de servicios» y su aplicabilidad a los colegios profesionales —en concreto, al Colegio Notarial— y, finalmente, se atenderá al examen de la liberalización de servicios y las cualificaciones profesionales, extendiendo su ámbito de estudio a otras disciplinas jurídicas como la de registrador y la de abogado; todo ello mediante el análisis, asimismo, de la Jurisprudencia más relevante, tanto comunitaria como nacional.

II. LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS Y LA ACTIVIDAD DE NOTARIO

El análisis de estos conceptos y su vinculación exige un estudio individualizado de ambas realidades, que, asimismo, presentan ámbitos normativos diferenciados, si bien interrelacionados.

1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1.1. *Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*

En el ámbito de las políticas y acciones internas de la Unión Europea se halla, ante todo, el concepto de «Mercado Interior», en cuanto «espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados —art. 26.2 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* —en lo sucesivo, TFUE—».

En este orden de cosas, por lo que se refiere a los «servicios», el *artículo 56, párrafo primero*, TFUE, establece que «quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación». A este respecto, se considerarán «como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas

(2) Vid., en este sentido: STEPHEN, Frank H., «Regulation of the Legal Professions or Regulation of Markets for Legal Services: Potential Implications of the Legal Services Act 2007», en *European Business Law Review*, vol. 19, The Netherlands, 2008, págs. 1129-1139.

a la libre circulación de mercancías, capitales y personas» —art. 57, párrafo primero, TFUE—, y, en concreto, actividades de carácter industrial, de carácter mercantil, actividades artesanales y actividades propias de las profesiones liberales —art. 57, párrafo segundo, TFUE—.

Asimismo, a efectos de alcanzar la liberalización de un servicio determinado, el Parlamento Europeo y el Consejo —con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social— decidirán mediante «Directivas» —art. 59.1 TFUE—. En este contexto es, precisamente, donde se ha de situar 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* —en lo sucesivo, DSMI— (3).

1.2. El Mercado Interior de Servicios

En el año 2002, la Comisión elabora un Informe dirigido al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el «Estado del Mercado Interior de Servicios». Este Informe culmina la primera fase —de las dos en las que se halla organizada— de la «Estrategia para el Mercado Interior de Servicios», que la Comisión adoptó en el ámbito del programa de reformas económicas aprobado en el *Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000*. El Informe recoge un inventario lo más completo posible de las fronteras que subsisten en el Mercado Interior de Servicios, analizando las características comunes de tales fronteras y realizando una primera evaluación de su impacto económico. Ello no obstante, es preciso poner de relieve, tanto *lo que tiene por objeto* (4) el Informe, así como *lo que no tiene por objeto* (5), habiendo de constatar, de un modo especial, que en

(3) Vid., con respecto de la citada Directiva, DELGADO, Juan, «The Economics of the Services Directive», en *Contratto e Impresa Europa*, vol. 2, Padova, 2007, págs. 959 y sigs. MANCALEONI, Anna María, «Note sulla Direttiva 2006/123/CE relativa ai Servizi nel Mercato Interno nel Quadro della Tutela del Consumatore», en *Contratto e Impresa Europa*, vol. 2, Padova, 2007, págs. 981 y sigs. MIRANDA, Mauro, «Dal Principio del Paese di Origine alla Clausola “Libera Prestazione di Servizi”, l’art. 16 della Direttiva 2006/123/CE. Quali Novità per la Libera Circolazione dei Servizi nel Mercato Interno?», en *Contratto e Impresa Europa*, vol. 2, Padova, 2007, págs. 918 y sigs. PRETO, Antonio, «La Direttiva 2006/123/CE: Dal Principio del Paese d’Origine alla Libera Prestazione dei Servizi», en *Contratto e Impresa Europa*, vol. 2, Padova, 2007, págs. 886 y sigs.

(4) El Informe *tiene por objeto* «presentar las dificultades relativas a las actividades de servicios entre los Estados miembros, que han sido percibidas como tales por las partes interesadas en las consultas realizadas por la Comisión y los Estados miembros, o que resultan de denuncias, de preguntas escritas y orales del Parlamento, de peticiones al Parlamento, o de estudios y encuestas» —pág. 4—.

(5) El Informe *no tiene por objeto* «pronunciarse sobre la compatibilidad de las medidas causantes de las dificultades con el Derecho Comunitario, en particular con los principios de libre prestación de servicios y/o libertad de establecimiento, y con el Derecho Comunitario

ningún caso se pronuncia sobre su compatibilidad con el Derecho Comunitario —pág. 5, párrafo tercero—.

El Informe contempla diferentes menciones con respecto de los notarios, en general, tanto en lo que denomina «fronteras jurídicas» (6), como «fronteras no jurídicas» (7), mas sin establecer ningún criterio ni elemento evaluador o corrector al respecto.

1.3. La Directiva 2006/123/CE

La *Directiva 2006/123/CE* establece, ante todo, como principios programáticos, de una parte, «no» «descuidar las peculiaridades de cada tipo de actividad o de profesión y de sus respectivos sistemas de regulación» —*Considerando 7*— y, de otra parte, que la misma «se aplique siempre que las actividades de que se trate estén abiertas a la competencia y, por tanto, no se obligue a los Estados miembros ni a liberalizar servicios de interés económico general ni a privatizar entidades públicas que presten este tipo de servicios, ni a abolir los actuales monopolios para otras actividades o determinados servicios de distribución —*Considerando 8 y art. 1.2 y 3*—. Asimismo, se establece un régimen de supervisión por parte del Estado miembro en el que se presta el servicio respecto de la actividad del prestador en dicho territorio —*art. 31*—.

Ahora bien, por lo que respecta a su ámbito de aplicación, la *Directiva 2006/123/CE* no se aplicará a «los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración» —*art. 2.2.1*)—. De igual modo, el *artículo 17.12* excluye la aplicación del derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estuvieren establecidos «a los actos para los que se elija por ley la intervención de un notario».

Así pues, los «servicios» y «actos» intervenidos por un notario quedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la *Directiva 2006/123/CE*. Ello no obstante, es preciso llevar a cabo un análisis sistemático de la misma. En este sentido, el *artículo 2.2.1*) DSMI se ubica en el *Capítulo I*, referido a las *Disposiciones Generales*, en tanto que el *artículo 17.12* DSMI se incardina en

Derivado», ni tampoco «determinar el tipo de medidas que deben adoptarse para solucionar las dificultades, en particular, las necesidades de armonización o adaptación de las normas vigentes» —pág. 4—.

(6) Restricciones a las informaciones específicas de la comunicación comercial —pág. 31—; discriminaciones por razón de la nacionalidad o el requisito de establecimiento —pág. 33—.

Vid., en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 5 de abril de 2011 [Asunto C-119/09].

(7) Necesidad de aportar una traducción de los documentos, que a menudo debe ser efectuada por un traductor oficial y legalizada por un notario —pág. 48—.

el *Capítulo IV*, que versa sobre la *Libre Circulación de Servicios*. Tal regulación dual exige, ante todo, un mínimo análisis.

En este sentido, más allá de una primera lectura que pudiera hacer parecer que la citada exclusión constituye una reiteración carente de especial significado, a nuestro juicio la misma comprende significados y efectos diferentes. Así, en tanto que el *artículo 2.2.1)* DSMI constituye un principio programático, cuya finalidad y efecto es delimitar el ámbito de regulación de la *Directiva 2006/123/CE*, excluyendo de la misma los «servicios prestados por notarios», el régimen que presenta el *artículo 17.12* DSMI es diferente, toda vez que supone establecer una «excepción» a la aplicación del «principio del país de origen», consagrado en el *artículo 16* DSMI.

En base a lo manifestado, cabe concluir que la *Directiva 2006/123/CE* despliega un doble efecto; de una parte, excluir de su ámbito de aplicación los servicios prestados por notarios, y, de otra parte, un efecto reforzado, consistente en que, en todo caso, los actos de intervención notarial *ex lege* también quedan exceptuados del principio de preeminencia del país de origen —salvando, incluso, los principios que rigen los requisitos que se pudieren establecer [*art. 16.1, párrafo tercero, y 16.2*]—, lo cual fortalece, *a sensu contrario*, el régimen del Estado miembro de destino.

2. DERECHO NACIONAL

La *Directiva 2006/123/CE* exige su incorporación al Derecho interno de los Estados miembros a más tardar antes del día 28 de diciembre de 2009 —*art. 44.1, párrafo primero*—. Pues bien, a este respecto, cabe destacar la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio* —en lo sucesivo, LLAASE— y la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de diversas Leyes para su Adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio* —en lo sucesivo, LMLALLAASE—.

2.1. *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, LLAASE*

Esta Ley incorpora parcialmente al ordenamiento jurídico interno la *Directiva 2006/123/CE* —*Exposición de Motivos II, párrafo treinta y ocho, y Disposición Final Segunda* LLAASE—, estableciendo como «régimen general el de la libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en todo el territorio español» y regulando como «excepcionales los supuestos que permiten imponer restricciones a estas actividades» —*Exposición de Motivos I, párrafo cuarto*—. Asimismo, la Ley en cuestión incorpora el doble régimen de

prestación de servicios; de una parte, el propiamente de la «libre circulación de servicios», y, de otra parte, el derivado del «derecho de establecimiento de los prestadores» —*Exposición de Motivos I, párrafo quinto*—.

La Ley, de un modo paralelo a lo establecido por la *Directiva 2006/123/CE*, incorpora el régimen de supervisión contemplado en la misma —*arts. 29 y 30 LLAASE*—, mas excluye de su ámbito de aplicación «las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios, registradores de la propiedad y mercantiles» —*art. 2.2.i) LLAASE*—. En base a ello, resulta muy significativo, a este respecto, que la normativa nacional conceptúa y equipara, sin ningún género de ambages y como *principio iuris et de iure*, la actividad notarial con la propia de la autoridad pública —de la cual la concibe como un subtipo—, en tanto que la normativa comunitaria separa tales actividades y servicios, conceptuándolos como diferenciados (8). En este orden de cosas, resulta muy significativa la última Jurisprudencia del Tribunal de

(8) Así, las excepciones que establece la *Directiva 2006/123/CE* a su ámbito de aplicación separan «las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado» —*art. 2.2.i)*— de «los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración» —*art. 2.2.l)*—.

A este respecto, el referido artículo 45 del Tratado se corresponde con el actual *artículo 51 TFUE*, cuyo *párrafo primero* contempla que «las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque solo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público».

En este sentido, cabe señalar que el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los Servicios en el Mercado Interior»* —*apartado 3.3.9*— establece la necesidad de dotar de carácter vinculante a la citada excepción: «En el texto vinculante de la Directiva debería incluirse la aclaración que ya figura en la Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva sobre la no aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación de los servicios y la libertad de establecimiento (arts. 45 y 55 del Tratado CE) a las actividades realizadas en el ejercicio del poder público».

Asimismo, se ha de poner de relieve la *Resolución P6_TA (2006) 0108, de 23 de marzo de 2006, sobre las Profesiones Jurídicas y el Interés General en el Funcionamiento de los Sistemas Jurídicos*, que establece que, «considerando que la delegación de una parte de la autoridad por parte del Estado constituye un elemento original inherente a la profesión de notario, y considerando que esta autoridad se ejerce en la actualidad de manera regular y supone la mayor parte de la actividad de un notario» —*Considerando K*—, «el artículo 45 del Tratado es de aplicación plena a la profesión de notario como tal» —*apartado 17*—. Ello no obstante, la *sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-50/08]*, desvirtúa y devalúa la importancia, alcance y efectos de la Resolución, toda vez que señala que «por lo que se refiere a las Resoluciones de 1994 y de 2006... debe tenerse en cuenta que carecen de efectos jurídicos, ya que tal tipo de resoluciones no constituyen por naturaleza actos vinculantes. Por lo demás, aunque en dichas resoluciones se afirma que el artículo 45 CE resulta aplicable a la profesión notarial, el Parlamento manifestó en la primera de ellas su deseo expreso de que se adopten medidas para que se suprima el requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario, quedando implícitamente confirmada esta postura de nuevo en la Resolución de 2006» —*apartado 103*—.

Justicia —*sentencia de 24 de mayo de 2011 [Gran Sala] [Asunto C-50/08]*—, que, referida a Francia, ratifica la mencionada diferenciación de instituciones, y, por consiguiente, conlleva que la legislación española haya de ser analizada de un modo muy preciso y detallado en cuanto a la naturaleza de las funciones de notario, por cuanto que la citada equiparación supone un hito diferenciador en el contexto normativo de Derecho Comparado, Comunitario y de los Estados miembros, deviniendo un supuesto no posible de incluir en la Jurisprudencia y concepción comunitarias, toda vez que dicha sentencia concluye que «las actividades notariales, tal como se encuentran actualmente definidas por el ordenamiento jurídico francés, no están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero» —*apartado 106*— (9). Ello no obstante, la propia sentencia contempla, excepcionalmente, un supuesto que pudiere amparar o justificar posibles restricciones, cual es el «garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares» (10).

(9) La *sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-50/08]*, establece, de inicio, que en el ordenamiento jurídico francés los notarios ejercen su actividad como «una profesión liberal» —*apartado 2*—, no obstante ser «funcionarios públicos nombrados para intervenir todos los actos y contratos a los que las partes deban o quieran dar el carácter de auténticos propio de los documentos expedidos por el poder público y para dar fe de su fecha, conservarlos en depósito y expedir primeras copias o copias simples con o sin carácter ejecutivo» —*apartado 3*—. Posteriormente, la sentencia analiza las actividades y funciones de los notarios: formalización de documentos autenticados —*actividad principal*— [*apartados 79 a 81*]—, funciones de recaudación de impuestos —*apartado 96*—, negocios jurídicos que deben formalizarse notarialmente so pena de nulidad —*apartado 97*— y el estatuto específico del notario, cuyas actividades han de ser apreciadas —consideradas en sí mismas— en base a su naturaleza jurídica y no de acuerdo con el estatuto como tal —*apartados 98 a 100*—. Pues bien, derivado del citado análisis, la sentencia determina que ninguna de las mencionadas actividades y funciones —ni siquiera el hecho de actuar, en principio, en aras de un objetivo de interés general— constituye el ejercicio del poder público —*apartados 82 a 85, 89 a 91, 94 y 95 a 100*—.

Vid., asimismo, en este orden de cosas, la *sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-47/08]*, referida a Bélgica; *sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-51/08]*, referida a Luxemburgo; *sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-52/08]*, referida a Portugal; *sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-53/08]*, referida a Austria; *sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-54/08]*, referida a Alemania y *sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-61/08]*, referida a Grecia.

(10) *Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-50/08]*: «Sin embargo, la circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, constituye una razón imperiosa de carácter general que sirve de justificación a posibles restricciones del artículo 43 CE derivadas de las particularidades que caracterizan la actividad notarial, tales como la organización de los notarios a través de los procedimientos de selección que les resultan aplicables, la limitación de su número o de sus competencias territoriales, o incluso su régimen de remuneración, de independencia, de incompatibilidad o de inamovilidad, siempre que estas restricciones sean adecuadas para la consecución de dichos objetivos y necesarias para ello» —*apartado 87*—.

En este sentido, cabe señalar que el régimen de exclusión de la «actividad notarial» resulta completo y absoluto, toda vez que dicho régimen se ubica en el *Capítulo I —Disposiciones Generales—*, que presenta un efecto total, comprensivo tanto de las disposiciones del *Capítulo II —Libertad de Establecimiento de los Prestadores de Servicios—*, como de las correspondientes al *Capítulo III —Libre Prestación de Servicios para Prestadores de otro Estado miembro—*.

Ello no obstante, a diferencia del régimen de «excepción» que contempla el *artículo 17* DSMI, la normativa nacional no incorpora tal excepción en el correspondiente *artículo 13* LLAASE. Ahora bien, tal omisión no significa que la actividad notarial quede exceptuada de la aplicación del *principio de país de origen*, ya que la propia Ley establece que «el principio de la libre prestación de servicios [para prestadores de otro Estado miembro] no será obstáculo para que la prestación realizada en territorio español se ajuste a lo dispuesto en la normativa española... sobre la exigencia de intervención de un notario» —*Exposición de Motivos II, párrafo veintidós*—. En este sentido, si bien la propia Ley argumenta la omisión, *inter allia*, de dicha materia (11), a nuestro juicio no resulta aceptable ni correcta en técnica jurídica la misma, por cuanto que, en primer lugar, supone corregir el contenido de la propia Directiva —que solamente permite a los Estados miembros la elección de la forma y de los medios (12)—, que, normativamente, resulta vinculante para los Estados miembros, y, en segundo lugar, porque sí, ciertamente, tales materias, tal como recoge la citada *Exposición de Motivos*, «no constituyen actividades de servicios, ni regulan específicamente el acceso o ejercicio de actividades de servicios», resulta superflua, retórica e innecesaria su mención, así como su sometimiento al ordenamiento jurídico del Estado miembro de destino.

2.2. Ley 25/2009, de 22 de diciembre, LMLALLAASE

Esta Ley, tal y como expresa su *Exposición de Motivos I, párrafo quinto*, presenta un doble objetivo; de una parte, adaptar la normativa de rango estatal a lo dispuesto en la *Ley 17/2009*, y, de otra, extender los principios de buena regulación a sectores no afectados por la *Directiva 2006/123/CE*. Ahora bien, ello resulta, en cierto modo, sorprendente, toda vez que, de acuerdo con la

(11) «Estas materias, si bien son específicamente enumeradas en la Directiva, no constituyen actividades de servicios, ni regulan específicamente el acceso o ejercicio de actividades de servicios, por lo que no se considera necesaria su mención explícita en el articulado de esta Ley, al no estar incluidas en su ámbito de aplicación» —*Exposición de Motivos II, párrafo veintidós*—.

(12) Artículo 288, párrafo tercero, TFUE: «La Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

Disposición Final Segunda LMLALLAASE, mediante la misma «se incorpora parcialmente al Derecho español la *Directiva 2006/123/CE*»; esto es, las dos Leyes presentan como finalidad la incorporación del Derecho Comunitario y ambas lo llevan a cabo, asimismo, de un modo «parcial», sin que exista, hasta el momento presente, una incorporación «completa» de la citada Directiva (13).

Ello no obstante, la *Ley 25/2009* no incorpora precepto alguno de incorporación al Derecho interno referido a la actividad de notario. Así pues, esta actividad no presenta relevancia alguna a tales efectos, limitándose la mencionada incorporación a lo regulado en la *Ley 17/2009*.

III. LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS-DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y COLEGIOS PROFESIONALES

1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1.1. *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*

A este respecto, es preciso determinar, como cuestión previa, la diferencia entre el «derecho de establecimiento» y la libre prestación de servicios. Tanto es así la diferencia, que, incluso el propio *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* establece la relación entre las mismas, al manifestar que «sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales» —art. 57, *párrafo tercero*— (14).

(13) Ciertamente, la técnica legislativa empleada en la norma resulta deficiente. Así, en tanto que la *Disposición Final Quinta. 1 —Adaptación de la Normativa Vigente—* LLAASE, establece que «en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno someterá a las Cortes Generales un proyecto de ley en el que, en el marco de sus competencias, se proceda a la adaptación de las disposiciones vigentes con rango legal a lo dispuesto en esta Ley», la *Ley 25/2009*, únicamente en la citada referencia de la *Exposición de Motivos* alude a tal mandato, sin que, ni la *Disposición Final Primera —Título Competencial—*, ni la *Disposición Final Segunda —Incorporación de Derecho Comunitario—*, hagan mención de ello. Más aún, esta última disposición expresa y únicamente alude a la norma comunitaria como habilitante de dicha Ley. Finalmente, cabe poner de relieve la *contradictio in terminis* que deriva de la *Exposición de Motivos* y de la *Disposición Final Segunda*, toda vez que la Ley se extralimita de la citada incorporación del Derecho Comunitario al incluir en su regulación sectores no afectados por la *Directiva 2006/123/CE*.

(14) El «derecho de establecimiento» se halla regulado en el *Capítulo 2 —artículos 49 a 55, ambos inclusive—* del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*.

A este respecto, la *Directiva 2006/123/CE* manifiesta que «dado que los obstáculos que entorpecen el Mercado Interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean

Ahora bien, de acuerdo con la Jurisprudencia comunitaria, es preciso poner de manifiesto que un Estado miembro no puede condicionar o someter la prestación de servicios en su territorio a la observancia de todas las condiciones exigidas para el establecimiento (15).

El derecho de establecimiento contempla, de un modo genérico y categórico, la prohibición de cualquier restricción a la libertad de su ejercicio por los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro —art. 49, párrafo primero, TFUE—. A tal efecto, el artículo 50 TFUE establece las funciones que ejercerán el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Ahora bien, resultan especialmente significativas las disposiciones que derivan de los artículos 51 y 52 TFUE. De acuerdo con el artículo 51, párrafo primero —mencionado previamente (16)—, las disposiciones referentes al derecho de establecimiento no se aplicarán, de un modo absoluto o categórico, en lo concerniente al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho estado, estuvieren relacionadas, aun cuando fuere de un modo ocasional, con el ejercicio del poder público, lo cual conlleva a que haya de determinarse el concepto, contenido y alcance del citado concepto jurídico indeterminado (17),

establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, procede permitir que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogéndose a la libre circulación de servicios. Los prestadores deben disponer de la posibilidad de elegir entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo en cada Estado miembro» —Considerando 5—. «La Libertad de establecimiento implica, en concreto, el principio de igualdad de trato, que prohíbe no solo toda discriminación basada en la nacionalidad de un Estado miembro, sino también toda discriminación indirecta basada en otros criterios que pueden conducir, de hecho, al mismo resultado» —Considerando 65—.

(15) *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 25 de julio de 1991 [Asunto C-76/90]*: «En concreto, un Estado miembro no puede supeditar la prestación de servicios en su territorio a la observancia de todos los requisitos exigidos para el establecimiento, bajo pena de privar de eficacia las disposiciones del Tratado destinadas precisamente a garantizar la libre prestación de servicios. Semejante restricción es tanto menos procedente cuanto, como sucede en el procedimiento principal, el servicio se presta, a diferencia del supuesto contemplado en el último párrafo del artículo 60 del Tratado, sin que el prestador tenga necesidad de trasladarse al territorio del Estado miembro en que se efectúa la prestación» —apartado 13—.

(16) Vid. *supra*, pág. 751.

(17) A este respecto, la *sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Cuarta], de 17 de marzo de 2011 [Asuntos acumulados C-372/09 y C-373/09]*, establece que «según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una actividad solo está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 45, párrafo primero, en el caso de que, considerada en sí misma, constituya una participación directa y específica en el ejercicio del poder público» —*observación preliminar 42*—, reenviando su determinación a la *sentencia del Tribunal de Justicia, de 21 de junio de 1974 [Asunto 2-74]*, que señala que «las prestaciones profesionales que implican contactos, incluso regulares y orgánicos, con los órganos jurisdiccionales y hasta una colaboración obligatoria a su funcionamiento, no constituyen sin embargo una participación en el ejercicio del poder público» —*Fundamento de Derecho 51*— y «que, en particular, no se pueden considerar como una participación en el poder público las actividades más típicas de la profesión de Abogado, como el asesoramiento y la asistencia jurídica, así como la representación y la

fijado expresamente y *ex ante* en el propio *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. Ello no obstante, resulta, sin embargo, de mayor inseguridad jurídica la previsión que contempla el *artículo 51, párrafo segundo*, ya que otorga al Parlamento Europeo y al Consejo la facultad de excluir, *ad casum*, determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones del derecho de establecimiento. La mencionada facultad concedida al Parlamento Europeo y al Consejo sin la fijación de requisitos, criterios, parámetros o regímenes de control —previos o posteriores— para su ejercicio conduce a que, singular y coyunturalmente, pueda ser negado el derecho de establecimiento respecto de todo el elenco de supuestos de hecho que el *artículo 50.2 TFUE* establece, de un modo ejemplificativo o de *numerus apertus*, como los propiamente receptores

defensa de las partes ante los Tribunales, aun cuando la intervención o asistencia del Abogado sea preceptiva o constituya una exclusividad impuesta por la ley» —*Fundamento de Derecho 52*—. Asimismo, la *sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de diciembre de 1991 [Asunto C-306/89]*, establece que las actividades en cuestión —informes periciales— al no vincular a los Tribunales, «no merman la libertad de apreciación del órgano jurisdiccional, ni el libre ejercicio del poder judicial», por lo que no pueden considerarse pertenecientes al ejercicio del poder público —*apartado 7*—. Por su parte, la *sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de febrero de 2002 [Asunto C-309/99]*, manifiesta que «debe señalarse, en primer lugar, que cuando adopta un reglamento como el Samenwerkingsverordening 1993, una organización profesional como el Colegio de Abogados de los Países Bajos no ejerce ni una función social basada en el principio de solidaridad, contrariamente a determinados organismos de seguridad social, ni prerrogativas típicas del poder público. Actúa como el órgano regulador de una profesión cuyo ejercicio constituye, por lo demás, una actividad económica» —*apartado 58*—.

Vid., asimismo, *sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Quinta], de 13 de julio de 1993 [Asunto C-42/93]* —*apartados 10, 11 y 20*—; *sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de enero de 1994 [Asunto C-364/92]* —*apartado 30*—; *sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de marzo de 1997 [Asunto C-343/95]* —*apartados 22 y 23*—; *sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de septiembre de 2003 [Asunto C-405/01]* —*apartados 42, 43 y 44*—; *sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de septiembre de 2003 [Asunto C-47/02]* —*apartados 61, 623 y 63*—; *sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Primera], de 29 de noviembre de 2007 [Asunto C-393/05]* —*apartados 36, 42 y 45*—; *sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Primera], de 29 de noviembre de 2007 [Asunto C-404/05]* —*apartados 38, 44 y 47*—; *sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Sexta], de 11 de septiembre de 2008 [Asunto C-447/07]* —*apartados 18 y 21*—; *sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Cuarta], de 22 de octubre de 2009 [Asunto C-438/08]* —*apartados 14, 22, 37, 40 y 41*—; *sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Sexta], de 10 de diciembre de 2009 [Asunto C-460/08]* —*apartados 30, 31 y 34*— y *sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Tercera], de 29 de abril de 2010 [Asunto C-160/08]* —*apartados 79, 80, 82 y 83*—.

En el ámbito estrictamente notarial se ha de contemplar la *sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-50/08]*, que, de una parte, reitera los requisitos exigidos para que una actividad quede comprendida en la excepción de «ejercicio del poder público» —excepción esta que ha de interpretarse en sentido restrictivo— y, de otra, establece los supuestos que no se encuentran comprendidos en dicha excepción —*apartados 35-37-73-74-75 y 76*—.

Vid., igualmente, NASCIBENE, Bruno, «Il Mercato Unico dei Servizi. Le Eccezioni ai Principi: Interessi Generali e Ordine Pubblico», en *Contratto e Impresa Europa*, vol. 2, Padova, 2007, págs. 861 y sigs.

de la libertad del derecho de establecimiento. El *artículo 52* TFUE, por su parte, no establece una exclusión de la aplicación de las disposiciones del derecho de establecimiento, sino que fija una «gradación» en su aplicación, generando una subordinación de las disposiciones referentes al derecho de establecimiento y de las medidas adoptadas en virtud de las mismas con respecto de la «aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas». Así pues, el ejercicio de la libertad del derecho de establecimiento cabe que resulte diluido, limitado o restringido en función de los citados intereses internos de los Estados miembros. Todo ello conduce, en suma, a que el derecho de establecimiento, si bien se predica, tal y como se ha mencionado previamente, como genérico y categórico, no resulte, en cambio, tan omnímodo y absoluto como, en una lectura poco comprensiva, podría conceptuarse, ya que el propio *artículo 49, párrafo primero* TFUE lo deriva «al marco de las disposiciones siguientes».

Finalmente, en aras a la consecución del ejercicio del derecho de establecimiento, el *artículo 53.1, in fine*, TFUE, prevé la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio. En este sentido, si bien se contemplan expresamente en el *artículo 53.2* TFUE, las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas, no se realiza, en cambio, mención alguna de ninguna otra actividad, en concreto, de la de notario.

1.2. *El Mercado Interior de Servicios*

El Informe sobre el «Estado del Mercado Interior de Servicios» pone, asimismo, énfasis sobre los obstáculos a la libertad de establecimiento que puede hallar un prestador de servicios en otro Estado miembro (18). En concreto, se desglosan y desarrollan los obstáculos consistentes en «monopolios y otros límites cuantitativos para poder acceder a las actividades», «requisitos de nacionalidad o residencia», «procedimientos de autorización o de registro», «límites a las actividades multidisciplinares», «forma jurídica y estructura interna de los operadores económicos», «cualificaciones profesionales» y «condiciones de ejercicio de las actividades de servicios» (19).

(18) «Los obstáculos para el establecimiento del prestador de servicios en otro Estado miembro pueden resultar, por ejemplo, de las exigencias derivadas de autorizaciones o de cualificaciones profesionales, de restricciones sobre la forma jurídica del prestador de servicios o de la asociación entre profesiones diferentes» —*pág. 6, último párrafo*—.

A este respecto, cabría señalar la vigencia desde 1962 de los «Programas generales para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento».

(19) *Páginas 17 a 23*, ambas inclusive, del Informe.

A este respecto, el Informe pone de relieve que un obstáculo jurídico de «carácter horizontal» consiste en la «aplicación de un régimen único para el establecimiento y la prestación de servicios», que puede versar en la «obligación de establecimiento» en el Estado de prestación del servicio, en la fijación de un «sistema de autorización o de registro» en el Estado de destino y en el «sometimiento sistemático a las normas» del Estado de acogida, con independencia de la existencia de una obligación de establecimiento o de un régimen de autorización (20).

Asimismo, en este orden de cosas, es preciso poner de manifiesto la incidencia particular de la existencia y actuación de los «colegios profesionales». En tal sentido, el Informe señala la *onerosidad* que supone la «obligación de registro» de ciertos prestadores de servicios ante un colegio profesional (21), los obstáculos derivados de la «fijación o recomendación de precios» realizada por los colegios profesionales (22), las medidas consistentes en el sometimiento a «régimenes especiales de seguro profesional» (23) y las «normas colectivas no estatales» (24). Este último aspecto ha sido tratado especialmente por la

(20) Vid. págs. 55 y sigs.

(21) «La obligación de registro de ciertos prestadores de servicios ante una autoridad administrativa, un colegio profesional, una cámara de artesanos o una asociación profesional es frecuente y puede resultar muy costosa para un operador presente en varios países, sobre todo debido a las cotizaciones anuales que hay que pagar y cuando, además, obliga a darse de alta en un régimen de seguro de enfermedad específico» —pág. 20, párrafo tercero—.

(22) «Las reglamentaciones en materia de precios aplicables a un cierto número de servicios, que prevén unos precios máximos, unos precios mínimos o unos precios fijados o recomendados por los Estados miembros o por los colegios profesionales, pueden conducir a unos métodos de cálculo y a unos niveles de precios muy diferentes para un mismo servicio, según el Estado miembro de prestación, y pueden plantear problemas en caso de prestación transfronteriza» —pág. 40, párrafo primero—.

(23) «Las actividades de servicios están sometidas a menudo a régimenes especiales de seguro profesional, establecidos por una legislación o por normas y recomendaciones dimanantes de colegios profesionales, que se refieren, entre otras cosas, al seguro obligatorio, al ámbito de las actividades que deben asegurarse, al importe mínimo de cobertura, incluida la base sobre la que se calcula, o al organismo con quien debe suscribirse el seguro» —pág. 44, párrafo segundo—.

(24) «Una serie de dificultades inventariadas no proceden de reglamentaciones dictadas por las autoridades públicas, sino más bien de la disparidad entre las normas adoptadas por las entidades no públicas de un Estado miembro, como colegios profesionales, federaciones deportivas, interlocutores sociales que elaboran los convenios colectivos, o incluso partes interesadas o agrupaciones que elaboran códigos de conducta o reglamentos colectivos.

Las actividades de servicios se ven especialmente afectadas por este tipo de disparidades, por ejemplo, aquellas profesiones tradicionalmente reguladas por los colegios profesionales a nivel nacional. El recurso a códigos de conducta tiende a extenderse a otros ámbitos, como los servicios de la sociedad de la información, y los debates actuales sobre las nuevas formas de gobernanza podrán conducir a una utilización más frecuente de este tipo de códigos, así como a la regulación conjunta y a otras formas de contractualización de la regulación económica.

Por ejemplo, los códigos de conducta adoptados por ciertos colegios profesionales que imponen límites cuantitativos al acceso a la profesión o límites a los servicios que pueden

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la cual considera que los principios y derechos comunitarios podrían verse vulnerados en el caso de que se admitiera su existencia o subsistencia (25), al tiempo que establece parámetros para su conversión en «normas de carácter estatal» (26).

En suma, el Informe incide en todos aquellos aspectos que, constituyendo obstáculos de diferente naturaleza al ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento, generan, además, una grave inseguridad jurídica, retrayendo el mercado y creando disfunciones, cuando no discriminaciones, entre los operadores económicos y jurídicos.

1.3. La Directiva 2006/123/CE

En este orden de cosas, la *Directiva 2006/123/CE*, si bien preconiza la posibilidad del ejercicio y aplicación de ambos derechos —arts. 1.1 y 3.3—, concibiendo una definición amplia del concepto de «prestador» —art. 4.2— (27), también establece y determina la diferencia existente entre los mismos, fijando los parámetros conducentes a ello, así como su interpretación y ponderación (28).

ofrecerse, pueden causar dificultades a los profesionales de otros Estados miembros que deseen establecerse en el país en cuestión o prestar en él sus servicios» —pág. 54—.

(25) *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de diciembre de 1974 [Asunto 36/74]*: «que, en efecto, la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas y a la libre prestación de servicios, objetivos fundamentales de la Comunidad enunciados en la letra c) del artículo 3 del Tratado, correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones u organismos que no están sometidos al Derecho público» —apartado 18—.

El citado fundamento es reproducido literalmente en la *sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de diciembre de 1995 [Asunto C-415/93]* —apartado 83— y la *sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de abril de 2000 [Asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97]* —apartado 47—.

(26) *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de febrero de 2002 [Asunto C-309/99]*: «Una primera posibilidad consiste en que un Estado miembro, al conferir competencias normativas a una asociación profesional, se preocupe por definir los criterios de interés general y los principios esenciales a los que se ha de atener la normativa emanada de dichas asociaciones, así como por conservar su facultad de decisión en última instancia. En este caso, las normas que adopte la asociación profesional tienen carácter estatal...» —apartado 68—.

(27) «El concepto de “prestador” debe abarcar toda persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o toda persona jurídica que ejerza una actividad de servicios, ya sea acogándose a la libertad de establecimiento o a la libre circulación de servicios. Así pues, el concepto de «prestador» no se limita únicamente a los casos en que el servicio se presta a través de las fronteras en el marco de la libre circulación de servicios, sino que también incluye los casos en que un operador se establece en un Estado miembro para desarrollar en él actividades de servicios» —Considerando 36—.

(28) «Cuando un operador se desplaza a otro Estado miembro para ejercer en él una actividad de servicios, hay que distinguir entre las situaciones que entran en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento y las que entran en el ámbito de aplicación de

A este respecto, la *Directiva 2006/123/CE* contempla el derecho de establecimiento propiamente como un objetivo básico y fundamental (29), conceptualizado, tal y como se ha manifestado previamente (30), como «el principio de igualdad de trato, que prohíbe no solo toda discriminación basada en la nacionalidad de un Estado miembro, sino también toda discriminación indirecta basada en otros criterios que puedan conducir, de hecho, al mismo resultado» —*Considerando 65* (31)—. Asimismo, en relación con ello, el «establecimiento» es definido como el «ejercicio efectivo de una actividad económica a que se hace referencia en el artículo 43 del Tratado por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de servicios» —*art. 4.5 DSMI*— (32).

De otra parte, contempla una acepción amplia del concepto de «régimen de autorización» —*art. 4.6*—, alcanzando a la obligación de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro para poder ejercer una determinada activi-

la libre circulación de servicios, en función del carácter temporal de la actividad de que se trate. En lo referente a la distinción entre la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios, el elemento clave, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es si el agente está o no establecido en el Estado miembro en que presta el servicio de que se trate. Si está establecido en el Estado miembro en que presta sus servicios, debe entrar en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento. Si, por el contrario, el agente no está establecido en el Estado miembro en que presta sus servicios, sus actividades deben quedar cubiertas por la libre circulación de servicios. Con arreglo a la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, el carácter temporal de las actividades de que se trate debe apreciarse no solo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad. El carácter temporal de la libre prestación de servicios no debe excluir la posibilidad de que el prestador se dote de cierta infraestructura en el Estado miembro en el que presta el servicio (incluida una oficina, un gabinete o un estudio) en la medida en que sea necesaria para hacer efectiva la prestación de que se trate» —*Considerando 77*—.

En este sentido, se pronuncia de igual forma el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los Servicios en el Mercado Interior»* —*observación general 2.4*—.

(29) Vid., en este sentido, especialmente, los *Considerandos* 4, 5, 12, 42, 44, 73, 77 y 98.

(30) Vid., *supra*, cita a pie de página número 9.

(31) «Así, por ejemplo, el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio en un Estado miembro, tanto si se trata de una actividad principal como secundaria, no debe estar supeditado a criterios como el lugar de establecimiento, de residencia, de domicilio o de prestación principal de una actividad. No obstante, estos criterios no deben incluir requisitos según los cuales el prestador, o uno de sus empleados o un representante, deba estar presente durante el ejercicio de la actividad cuando se justifique por una razón imperiosa de interés público... Más aún, los Estados miembros no deben tener la posibilidad de conceder ventaja alguna a los prestadores que tengan un especial vínculo socioeconómico nacional o local, ni de restringir, invocando el lugar de establecimiento, la libertad del prestador de adquirir, explotar o enajenar derechos y bienes o de acceder a diversas formas de crédito y de vivienda en la medida en que dichas facultades sean necesarias para acceder a su actividad o para su ejercicio efectivo» —*Considerando 65*—.

(32) El citado artículo 43 se corresponde con el vigente *artículo 49* TFUE.

dad (33). En este sentido, por lo que respecta al registro previo, la prohibición de requisitos solamente debe afectar a la obligación de que el prestador, antes de su establecimiento, deba constar durante un periodo determinado en un registro del Estado miembro de que se trate —*Considerando 68 DSMI*—.

A su vez, la *Directiva 2006/123/CE* insta a la elaboración de «códigos de conducta» a nivel comunitario —*art. 37*—, que complementen los requisitos legales de los Estados miembros, los cuales, no obstante, pueden adoptar medidas legislativas más estrictas (34).

Ahora bien, de acuerdo con el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo*, una de las medidas clave que contempla la *Directiva 2006/123/CE* para remover los obstáculos existentes es el de la «aplicación del principio del país de origen» —*observación general 2.4*— (35).

(33) «El concepto de “régimen de autorización” debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional» —*Considerando 39*—.

(34) «Los Estados miembros deben fomentar la elaboración de códigos de conducta, en particular por parte de los colegios, las asociaciones y los organismos profesionales a nivel comunitario... Los Estados miembros deben adoptar medidas complementarias para inducir a los colegios, las asociaciones y los organismos profesionales a aplicar a nivel nacional estos códigos de conducta adoptados a nivel comunitario» —*Considerando 114*—. «Los códigos de conducta comunitarios pretenden fijar normas mínimas de comportamiento y complementan los requisitos legales de los Estados miembros. No obstan para que los Estados miembros, de conformidad con el Derecho Comunitario, adopten medidas legislativas más estrictas, ni para que los colegios profesionales dispongan una mayor protección en sus códigos de conducta nacionales» —*Considerando 115*—.

(35) Este principio es, sin embargo, analizado y criticado por el propio Dictamen:

* «La validez básica del principio del país de origen prevista en el artículo 16 de la propuesta de Directiva, junto con las excepciones al principio del país de origen enumeradas en el artículo 17 de dicha propuesta, constituyen la pieza fundamental de la propuesta de Directiva. No obstante, esto solo será posible cuando los servicios puedan normalizarse como los bienes o la armonización de las normas se haya llevado adelante de modo que no existan distorsiones de la competencia, prácticas de dumping social ni desconfianza de los consumidores. En caso de que no existan normas o no pudieran elaborarse en absoluto (las denominadas prestaciones no especificables), deberían tenerse en cuenta estas especificidades» —*apartado 3.5.2*—.

* «Por consiguiente, el Comité considera prematura la aplicación básica del principio del país de origen en el ámbito de la prestación de servicios transfronterizos. El principio del país de origen prevé que se pueda partir de un nivel comparable desde el punto de vista real y jurídico. El Comité está convencido de que la aplicación del principio del país de origen solo tendrá éxito si existen claridad y seguridad jurídicas en cuanto a su ámbito de aplicación. Por consiguiente, parece problemática la aplicación del principio del país de origen sin un periodo transitorio adecuado, sobre todo dado que el Comité considera que aún no se han aprovechado de manera suficiente los instrumentos de armonización sectorial disponibles. Hasta ahora esto entraña el riesgo de que haya una competencia de sistemas que vaya acompañada de una nivelación a la baja de las normas de protección de los consumidores,

En este contexto se ubica, propiamente, la regulación de la «*Libertad de Establecimiento de los Prestadores*» (36). Esta contempla los regímenes de autorización —art. 9 DSMI—, respecto de los cuales se han de destacar las condiciones para la concesión de la autorización, cuyos criterios han de reunir las características de no ser discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados a dicho objetivo de interés general, ser claros e inequívocos, ser objetivos, ser hechos públicos con antelación y ser transparentes y accesibles —art. 10.2 DSMI—.

De igual modo, se han de tener presente los «requisitos prohibidos» y los «requisitos por evaluar». Por lo que respecta a los «requisitos prohibidos» —art. 14 DSMI—, no se admitirán los requisitos discriminatorios basados

los trabajadores y el medio ambiente, ya que en la UE sigue habiendo diferentes sistemas jurídicos, sociales y sanitarios. Mediante el enfoque sectorial con miras a la armonización, sobre todo en los sectores especialmente sensibles puede alcanzarse una mejor adaptación a los desafíos del mercado interior que con un enfoque prematuro y puramente horizontal. Al mismo tiempo, deberá verificarse en el marco de una amplia evaluación de impacto, también en lo que se refiere a los aspectos sociales y relevantes para el medio ambiente, la idoneidad de cada sector para la introducción del principio del país de origen, conjuntamente con todos los grupos interesados, como las organizaciones de protección al consumidor, los interlocutores sociales, etc. Dado que las medidas de armonización constituyen, al menos, instrumentos equilibrados para C 221/116 ES Diario Oficial de la Unión Europea 8-9-2005, la realización del mercado interior, en un periodo de tiempo adecuado debería lograrse igualar las diferentes disposiciones en aquellos sectores en que los Estados miembros presenten ventajas especiales en su normativa sanitaria, social y profesional. En una fase intermedia, la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo deberían determinar si se ha llevado suficientemente a cabo la armonización en los sectores mencionados. Según el estado de la armonización jurídica debería brindarse por última vez una oportunidad para proceder a la armonización. A juicio del Comité, este método —junto con una exacta delimitación definitiva de estos servicios especiales (como las profesiones liberales)— tiene la ventaja de que puede y debe permitir una óptima preparación gradual para el final del periodo transitorio de vigencia del principio del país de origen en los sectores interesados, a fin de realizar el mercado interior. Esto también es válido para los mecanismos de la corregulación y autorregulación» —*apartado 3.5.3*—.

* «*Armonización en dos fases del periodo transitorio para determinados servicios*: El Comité considera prematura la aplicación básica del principio del país de origen en el ámbito de la prestación de servicios transfronterizos. El Comité recomienda de manera general verificar la aplicabilidad de la introducción del principio del país de origen en los distintos sectores (como, por ejemplo, los de la salud y los servicios sociales). En caso de que su introducción parezca en principio posible, debería tenerse en cuenta lo siguiente: la armonización y el principio del país de origen constituyen al menos por igual instrumentos para la creación del mercado interior. Para definir por separado las actividades en los sistemas sanitarios nacionales, en las profesiones liberales y otros ámbitos sensibles, habría que disponer por lo menos de un periodo transitorio para la armonización. Actualmente el Comité teme que la introducción inmediata del principio del país de origen pueda generar una nivelación «a la baja». Las nuevas disposiciones deben estar tan clara y sencillamente estructuradas como sea posible para permitir su aplicación sencilla y sin trabas. Esto también es válido para los mecanismos de la corregulación y autorregulación» —*apartado 4.2.1*—.

(36) *Capítulo III —arts. 9 a 15, ambos inclusive, DSMI—*.

directa o indirectamente en la nacionalidad (37); la prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros, colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros; las limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario y, especialmente, la obligación de que el prestador tenga su establecimiento principal en el territorio nacional; la aplicación *ad casum* de una prueba económica (38); la intervención directa o indirecta de competidores (39); la obligación de constituir un aval financiero —o de participar en él— o de suscribir un seguro con un prestador u organismo establecido en el territorio nacional (40) y la obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un periodo determinado en los registros existentes en el territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad durante un periodo determinado en dicho territorio.

En cuanto a los «requisitos por evaluar» —art. 15 DSMI—, los Estados miembros examinarán si sus respectivos ordenamientos jurídicos supeditan el acceso a una actividad o su ejercicio a límites cuantitativos o territoriales (41); requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular; requisitos distintos de los relativos a las materias contempladas en la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales, o de los previstos en otros instrumentos comunitarios y que sirven para preservar el acceso a la correspondiente actividad de servicios a una serie de prestadores

(37) Este requisito se desarrolla en varias modalidades; de un lado, en el requisito de nacionalidad para el prestador o su personal y, de otro lado, en el requisito de residir en el territorio nacional para el prestador o su personal —art. 14.1. a) y b) DSMI—.

(38) La citada prueba económica consistiría en «supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general» —art. 14.5 DSMI—.

(39) Este requisito comprende dicha intervención «incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes, con excepción de los colegios profesionales y de las asociaciones y organismos que actúen como autoridad competente; esta prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general» —art. 14.6 DSMI—.

(40) «Ello no afectará a la posibilidad de los Estados miembros de exigir garantías de un seguro o financieras como tales, ni a los requisitos relativos a la participación en fondos colectivos de compensación, por ejemplo, para miembros de colegios u organizaciones profesionales» —art. 14.7 DSMI—.

(41) En particular, a límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores —art. 15.2.a) DSMI—.

concretos debido a la índole específica de la actividad; prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional; requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados; tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar (42) y la obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos. Asimismo, los Estados miembros habrán de verificar que los citados requisitos cumplan las condiciones de «no discriminación», «necesidad» y «proporcionalidad» —art. 15.3 DSMI—.

En suma, la *Directiva 2006/123/CE* establece un régimen de tutela específico y muy riguroso, a fin de posibilitar que el ejercicio del derecho de la libertad de establecimiento resulte real y efectivo en el seno de la Unión Europea y en el ámbito interno de los Estados miembros en condiciones de homogeneidad y paridad.

2. DERECHO NACIONAL

2.1. *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y Ley 25/2009, de 22 de diciembre*

El Derecho nacional, como transposición de la *Directiva 2006/123/CE*, se halla conformado, asimismo, en principio por la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, y la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre*.

De una parte, el *Capítulo II —Libertad de Establecimiento de los Prestadores de Servicios—* LLAASE, establece el régimen legal del mismo, concebido con un paralelismo simétrico al de la *Directiva 2006/123/CE*. Así, establecido el principio de libertad de establecimiento en todo el territorio nacional —art. 4 LLAASE—, se fijan los regímenes de autorización —art. 5 LLAASE (43)—, los procedimientos de autorización —art. 6 LLAASE (44)—, las limitaciones temporales y territoriales —art. 7 LLAASE (45)— y la limitación del número de autorizaciones —art. 8 LLAASE (46)—, los principios aplicables a los requisitos exigidos —art. 9 LLAASE (47)—, los requisitos prohibidos —art. 10 LLAASE (48)— y los requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa —art. 11 LLAASE (49)—.

(42) Vid., a este respecto, *sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 29 de marzo de 2011 [Asunto C-565/08]*.

(43) Vid. artículo 9 DSMI.

(44) Vid. artículo 13 DSMI.

(45) Vid. artículo 11 —duración de la autorización— DSMI.

(46) Vid. artículo 12 —selección entre varios candidatos— DSMI.

(47) Vid. artículo 10 —condiciones para la concesión de la autorización— DSMI.

(48) Vid. artículo 14 DSMI.

(49) Vid. artículo 15 —requisitos por evaluar— DSMI.

De otra parte, en la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre*, el derecho de establecimiento se configura de un modo temático y *ad casum* (50), sin contemplar previsión alguna referida a la actividad de notario. En este sentido, la referencia conceptual más próxima es la contemplada para el ejercicio de la profesión de abogado o procurador, cuya regulación se remite a su normativa específica (51).

En suma, tal y como se ha manifestado previamente (52), la exclusión de la «actividad notarial» resulta general y absoluta, ya que la misma se incorpora en el *Capítulo I —Disposiciones Generales—* LLAASE, comprendiendo, asimismo, al régimen del *Capítulo III —Libertad de Establecimiento de los Prestadores—*.

2.2. Legislación notarial

La normativa notarial se halla configurada, fundamentalmente, por la *Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862* [en lo sucesivo, LN], el *Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba, con carácter definitivo, el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado* [en lo sucesivo, DROyRN], y el *Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944* [en lo sucesivo, RDROyRN] (53).

(50) Vid. modificación de la *Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales —art. 6. Cuatro LMLALLAASE—*; *Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria —art. 13. Uno LMLALLAASE—*; *Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación —art. 15 LMLALLAASE—*; *Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres —art. 21. Seis LMLALLAASE—*; *Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de la Liberalización de los Servicios Postales —art. 26. Uno LMLALLAASE—*; Texto Refundido de la *Ley de Propiedad Intelectual*, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril —art. 42. Uno LMLALLAASE— y *Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria —art. 43. Uno LMLALLAASE—*.

(51) *Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre Acceso a las Profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales [Disposición Adicional Primera] —art. 48 LMLALLAASE—*.

(52) Vid. *supra* página 751.

(53) Vid., a este respecto, STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 20 de mayo de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/3491]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 7 de julio de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/3492]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 7 de octubre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5623]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 7 de octubre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5624]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 7 de octubre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5626]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 7 de octubre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5627]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 7 de octubre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5628]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-

A) Naturaleza jurídica

En el ámbito del presente estudio resulta imprescindible, como cuestión previa, determinar la naturaleza jurídica del notario; cuestión esta que se halla intrínsecamente vinculada a las funciones que ejerce. Por ello, en el análisis de la cuestión, derivaremos dicha naturaleza jurídica de las funciones atribuidas al notario, por cuanto que los términos empleados en su definición resultan conceptos jurídicos amplios e indeterminados, necesitados de fijación y concreción, tanto en su contenido como en su alcance.

Pues bien, el notario, en este sentido, es conceptuado, simultáneamente, como el «funcionario público» (54) autorizado para dar fe y un «profesional del Derecho» —*arts. 1 LN y 1 y 2 DROyRN*— (55), lo cual le hace configurar

Sección 6.ª], de 7 de octubre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5629]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5656]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5933]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5934]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5935]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5936]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5937]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5938]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 4 de noviembre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5858]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 4 de noviembre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/5859]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 11 de noviembre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/6668]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 11 de noviembre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/6896]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 11 de noviembre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/6897]; STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 11 de noviembre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/6898] y STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 11 de noviembre de 2008 [R. Ar.: *RJ* 2008/7150].

(54) A este respecto, se ha de tener en consideración la *Resolución P6_TA (2006) 0108, de 23 de marzo de 2006, sobre las Profesiones Jurídicas y el Interés General en el Funcionamiento de los Sistemas Jurídicos*: «Considerando que los notarios son designados por las autoridades de los Estados miembros como funcionarios públicos entre cuyas funciones se cuentan las de redactar documentos oficiales con especial valor probatorio y de inmediata aplicabilidad» —*Considerando I*— / «Considerando que los notarios desempeñan una amplia labor de investigación y examen, en nombre del Estado, en materias relativas a la protección jurídica no judicial, particularmente las relacionadas con el Derecho de sociedades —competencia comunitaria en algunos casos—, y que, como parte de esta labor están sometidos a una supervisión disciplinaria, por parte del Estado miembro correspondiente, equiparable a la que se aplica a los jueces y funcionarios» —*Considerando J*—.

(55) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado», en *Nueva Legislación Notarial Comentada*. Tomo I. *Legislación Notarial*, Madrid, 2007, págs. 37 y sigs., «El notario es el *funcionario público*... Es el punto más denostado de este artículo 1.º, quizá por el miedo a una funcionarización en que nunca debiera haberse pensado. Para unos el notario no es un funcionario público, sino un profesional del Derecho, porque no ejerce una función pública sino una profesión privada de relevante interés

como un *tertium genus*, caracterizándose su función por la fusión de elementos públicos —ejercicio de la fe pública notarial y el control de legalidad (56)— y privados (57), los cuales ejercen y desarrollan con plena autonomía e independencia —art. 1, párrafo cuarto, primer inciso, DROyRN—.

público, y por ello reglamentada; otros han negado que el artículo 1.º use en sentido técnico la expresión de “funcionario público”, lo que parece cierto en aquellos años de 1862 en que se redactaba la Ley del Notariado, pero no tiene la menor transcendencia actual pues numerosas leyes posteriores, y el actual artículo 24 de la Ley, han utilizado la expresión de funcionario público sabiendo perfectamente lo que hacían; y otros se atienen a la fórmula del Congreso de Buenos Aires de 1948, que conceptúa al notario como un “profesional del Derecho que ejerce una función pública” en virtud de una delegación del Estado, sin tener en cuenta que esto era lo que sucedía en el país anfitrión, Argentina, y en bien pocos países más de la Unión. “El punto de equilibrio entre los elementos público y privado de esta función —dice el Informe del Notariado español sobre el Acta Única Europea, 1990— puede variar dentro de ciertos límites según los distintos países y, por ello, el notario puede ser calificado por las diferentes legislaciones como ‘profesional ejerciente de una función pública’, como ‘oficial público’ o, en fin, como ‘funcionario público’, pero sin que, en ningún caso, la primera calificación desconozca su aspecto público, ni las dos últimas ignoren los aspectos privados de su función”. Pero si tenemos en cuenta que los factores públicos ocupan el lugar primordial al ser definitorios de todo Notariado, mientras que los privados sirven para rechazar los sistemas notariales funcionarizados, de tipo administrativo o judicial, y para asumir un sistema profesional, acorde con la mentalidad occidental; y que los factores públicos se han ido continuamente incrementando; la conceptualización más elemental y la más conforme con la realidad es la que hace nuestra Ley al considerarle funcionario público».

Vid., a este respecto, ESTEVE PARDO, José, «El concepto de funcionario público en la Ley Orgánica del Notariado de 1862 (Notariado y burocracia en la España del siglo XIX)», en *Seminario Notarial-83-Junta de Decanos*, Barcelona, 1985, págs. 1063-1130. FONT BOIX, Vicente, «El Notariado en los sistemas de Derecho latino y anglosajón. El Notariado latino en Inglaterra», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXII, vol. II, Madrid, 1980, págs. 57-228. PÉREZ SANZ, Antonio, «Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944», en *Nueva Legislación Notarial Comentada*. Tomo I. *Legislación Notarial*, Madrid, 2007, págs. 171 y sigs.

(56) Artículo 1, párrafo segundo, DROyRN. «Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes».

Ello no obstante, se ha de tener presente el artículo 116, párrafo primero, DROyRN, que establece que «los notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial, salvo en los casos de habilitación especial».

Vid., a este respecto, OLIVA SANTOS, Andrés DE LA, «Sobre el objeto y eficacia de la dación de fe notarial (A propósito del art. 98 de la Ley 24/2001)», en *Revista Española de Derecho Procesal. La Ley*, núm. 10, Madrid, octubre de 2002, págs. 19 y sigs. RODRÍGUEZ ABRADOS, Antonio, «Ley...», *ob. cit.*, págs. 42 y sigs.

(57) Artículo 1, párrafo tercero, DROyRN: «Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar».

A este respecto, la concepción normativa ha de integrarse con la Jurisprudencia, que pone de relieve que la «función pública estatal» es la más importante y característica de la actividad notarial (58), si bien se reconoce, asimismo,

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Ley...», *ob. cit.*, págs. 45 y sigs.: «La actuación del notario no queda confinada en la estructura formal del instrumento y en su legalidad, incluida la de fondo. El negocio documentado tiene desde luego que ser conforme a la ley, pero también tiene que guardar conformidad, adecuarse según estos preceptos, a la voluntad de los otorgantes, y no a una voluntad rudimentaria, sino a una voluntad debidamente informada y formada. Los términos empleados muestran claramente que tales preceptos arrancan de la teoría de la adecuación formulada por D'ORAZI FLAVONI, hoy dominante en la doctrina notarial. Según este autor, la esencia de la adecuación que llama “necesaria” por serlo efectivamente para la documentación, radica en “la adecuación del supuesto de hecho práctico al supuesto de hecho abstracto” de la norma, en “adecuar, también en las particularidades, el supuesto de hecho concreto (querido por las partes) a uno de los posibles paradigmas abstractos previstos en las normas positivas”, “compleja y delicada obra notarial dirigida a plasmar el material tosco y a coordinar las contingencias prácticas, conformándole a la disciplina que le delinean los singulares ordenamientos positivos”. La adecuación exige “verificar el efectivo propósito de la ‘parte’» o de las ‘partes’”, lo que exige los tres niveles de actuación por parte del notario —información, asesoramiento y consejo—... La “información”, en la medida en que cada otorgante la necesita, aun siendo de naturaleza profesional, está siempre integrada en la función pública, porque solamente el consentimiento informado es verdadero consentimiento. El *asesoramiento*, por su parte, presenta dos grados; el integrado también en la función pública, aunque de carácter profesional... denominado “asesoramiento institucional”; y otro asesoramiento “no institucional”... de naturaleza puramente profesional. También el *consejo*, en cuanto supera los aspectos técnico-jurídicos y entra en los humanos es también solamente profesional. Los aspectos públicos y los elementos privados se funden así en la información y en el asesoramiento y consejo institucionales».

Vid. D'ORAZI FLAVONI, Mario, «La Autonomia del Diritto Notariale», en *Studi Vasalli*, Milano, 1960, pág. 607, y en *Revista Internacional del Notariado*, núm. 49, Buenos Aires, 1961, pág. 98. / «Sul Contenuto della Prestazione Notariale», en *Il Foro Italiano*. LXXXII, Roma, 1959, págs. 154 y sigs. / «La Responsabilità Civile nell'esercizio del Notariato», en *Scritti Giuridici*, II, Roma, 1965, págs. 929 y sigs.

(58) *STC [Pleno] de 11 de mayo de 1989*, núm. 87/1989 [R. Ar.: RTC 1989/87]: «los intereses públicos que predominan en los Colegios Notariales y la regulación de una profesión de naturaleza funcional que en ellos se incardina, invierten los términos de aquel planteamiento, no solo en el sentido de robustecer la competencia estatal, sino en el de que esta no viene limitada por el artículo 149.1.18 de la Constitución a las bases de su organización y competencias, sino que se extiende también a la regulación de la función pública estatal que, en su mayor parte y sin duda la más importante y característica de su profesión, corresponde desempeñar a los Notarios» —Fundamento de Derecho 3, párrafo séptimo—.

Vid., asimismo, *STC [Pleno] de 22 de julio de 1983*, núm. 677/1983 [R. Ar.: RTC 1983/67]; *STC [Pleno] de 30 de mayo de 1989*, núm. 97/1989 [R. Ar.: RTC 1989/97]; *STC [Sala Segunda] de 11 de noviembre de 1999*, núm. 207/1999 [R. Ar.: RTC 1999/207] —Fundamento de Derecho 8, párrafos segundo y quinto—; *STC [Pleno] de 21 de septiembre de 1992*, núm. 120/1992 [R. Ar.: RTC 1992/120] —Fundamento de Derecho 4, párrafo tercero—; *STC [Sala Segunda] de 11 de noviembre de 1999*, núm. 207/1999 [R. Ar.: RTC 1999/207] —Fundamento de Derecho 8, párrafo segundo—.

Asimismo, cabe poner de relieve que el artículo 69, primer inciso, DROyRN, establece que «el estudio del notario tendrá la categoría y consideración de “oficina pública”».

su carácter de «profesional del Derecho» (59), y la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (60).

(59) *STC [Pleno] de 11 de mayo de 1989, núm. 87/1989 [R. Ar.: RTC 1989/87]*: «En uso de esta autorización se han dictado los sucesivos Reglamentos que, no siempre ajustados exactamente a lo dispuesto en la Ley de 1862, han venido regulando el régimen jurídico del Notariado, manteniendo su tradicional organización colegial como una pieza clave del sistema, aunque sustituyendo la intervención judicial y la del Ministerio Fiscal por la del Ministro de Justicia y la de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Desde el artículo 1 del Reglamento de 1935, parten todos ellos del principio que se mantiene en la actualidad, de que los notarios tienen el doble carácter de funcionarios públicos y profesionales del Derecho. Así, el artículo 1 del Reglamento vigente dice que “el notario está integrado por todos los notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las Leyes y reglamentos determinan”, añadiendo a continuación que “son, a la vez, profesionales del Derecho y funcionarios públicos”, detallando seguidamente la misión que en uno y otro aspecto les corresponde, de asesoramiento y consejo en el primero, y “como funcionarios ejercen la fe pública notarial” con el doble contenido asignado a la misma —exactitud de los hechos que perciben por sus sentidos y autenticidad y fuerza probatoria de los instrumentos públicos redactados conforme a las Leyes—. En cuanto a la organización del Notariado, el Título V del Reglamento vigente, afectado ya por el Decreto impugnado, establece en su artículo 307 —no modificado— que “los notarios, en su organización jerárquica, dependen del Ministro de Justicia, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales”» —*Fundamento de Derecho 4, párrafo cuarto*—.

(60) *RDGRyN de 16 de enero de 1996 [R. Ar.: RJ 1996/5041]*: «la doble faceta en que queda configurada la figura del Notario, es decir, funcionario público y profesional del Derecho. Este doble carácter que tiene evidentes ventajas en la configuración de la compleja función notarial, implica precisar la normativa aplicable a su actuación en cada caso. Evidentemente, es posible la distinción conceptual de esta doble faceta. Tanto da, en cierto modo, decir que el Notario es un profesional del Derecho, dotado de funciones públicas, como que es un funcionario que se rige en su actuación por criterios profesionales (cfr. art. 1 de la Ley del Notariado y art. 1 de su Reglamento). Pero, no obstante, dentro de esta doble faceta de la actuación notarial, se pueden distinguir claramente las actividades de asesoramiento en la autorización de las escrituras públicas y la posibilidad de realizar los actos pertinentes para que una vez autorizadas surtan estas todos sus efectos civiles, registrales, administrativos, etc. En el primer caso, actúa como profesional-funcionario, mientras que, en el segundo, opera exclusivamente como profesional del Derecho (como ocurre también cuando redacta Cuadernos particionales, Estatutos de la más varia índole y Acuerdos Sociales). La tramitación del documento no está incluida dentro de las funciones intrínsecamente notariales o funcionales del Notario autorizante de la escritura. Es decir, no se integran en su función pública. Y ello es así porque estas actuaciones vienen caracterizadas por la circunstancia de que pueden ser realizadas tanto por el Notario como por cualquier otro profesional del Derecho, o, algunas de ellas, por cualquier persona encargada al respecto por el titular del documento. Es decir, el Notario, en esta actuación, concurre con otros profesionales y es evidente que si una misma actividad puede ser realizada por el Notario y por profesionales enteramente libres (como Abogados, Economistas, Asesores Fiscales e, incluso en cuanto a las puramente materiales, Gestores Administrativos) dicha actividad no puede constituir “función pública”. Y ello por su propia naturaleza, puesto que una función pública, por su propia naturaleza, únicamente puede ser ejercida en régimen de exclusividad por los funcionarios o por los miembros de las profesiones oficiales a las que está encomendada. Por eso, la tramitación de documentos, no aparece, ni por su propia naturaleza puede aparecer, regulada por el Reglamento Notarial, que es la norma definidora del Notario como funcionario público encargado de dar fe y como

En suma, de acuerdo con lo manifestado, cabría concebir que la naturaleza jurídica del notario es «singular», configurando un «complejo orgánico y funcional» propio y específico (61), que se halla sometido a una relación de sujeción especial (62). Tal naturaleza en cuestión habría de ser examinada atendiendo a la más reciente Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que examina, de un modo individualizado, las funciones y actividades del notario, a fin de determinar su carácter y, por ende, su facultad para justificar o amparar restricciones al ejercicio de su derecho a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios (63).

profesional del Derecho encargado, simultáneamente con lo anterior de forma inescindible, en asesorar a las partes intervinientes» —*Fundamento de Derecho Tercero*—.

(61) *STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 9.ª], de 23 de enero de 1990 [R. Ar.: RJ 1990/10549]*: «La siempre difícil fijación de la naturaleza jurídica del Notariado viene establecida en nuestro ordenamiento jurídico por reunir simultáneamente dos cualidades: por un lado es un funcionario público y por otro, al mismo tiempo, es un profesional del derecho, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de 28 de mayo de 1862: “El notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes...”, matizado por lo dispuesto en el artículo 1-2 del Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944: “Los Notarios son, a la vez, profesionales del Derecho y funcionarios públicos...”. Es por ello que el Notario tiene un estatuto singular, en parte regulado por el poder público y en parte sujeto a las reglas generales de la libertad profesional. Lo que ha llevado a un sector doctrinal a considerarlo como una categoría particular de los funcionarios públicos y, a otro sector, como un profesional liberal que ejerce funciones públicas. No corresponde a esta Sala entrar a considerar cuál de las dos vertientes prevalece sobre la otra, baste con señalar, al efecto que nos ocupa, que no es que el Notario ejerza a veces de funcionario público y otras de profesional del derecho, es que ambos aspectos se hallan íntimamente relacionados en el Notario, lo que determina un complejo orgánico y funcional que no permite incluirlo nítidamente y sin reservas dentro del campo del Derecho Público ni del Derecho Privado» —*Fundamento de Derecho Quinto* de la sentencia apelada, aceptada en su integridad por los *Fundamentos de Derecho* de la sentencia del Tribunal Supremo—.

Vid., a este respecto, RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Ley...», *ob. cit.*, págs. 46 y sigs.

(62) Vid. *STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 10 de mayo de 2001 [R. Ar.: RJ 2001/4163]*. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Ley...», *ob. cit.*, págs. 157 y sigs.

(63) *Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-50/08]*: «Sin embargo, la circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, constituye una razón imperiosa de carácter general que sirve de justificación a posibles restricciones del artículo 43 CE derivadas de las particularidades que caracterizan la actividad notarial, tales como la organización de los notarios a través de los procedimientos de selección que les resultan aplicables, la limitación de su número o de sus competencias territoriales, o incluso su régimen de remuneración, de independencia, de incompatibilidad o de inamovilidad, siempre que estas restricciones sean adecuadas para la consecución de dichos objetivos y necesarias para ello» —*apartado 87*—. Vid., asimismo, *apartados 79 a 85, 89 a 91 y 94 a 100*.

B) Cohonestación con la normativa de liberalización de servicios

Una de las cuestiones que resulta relevante estudiar es la de la compatibilidad o incompatibilidad que la normativa notarial presenta con los requisitos establecidos por la normativa de liberalización de servicios, tanto comunitaria como nacional. Por ello, si bien el régimen notarial queda exceptuado de la misma, a nuestro juicio es importante analizar, *de lege ferenda*, las citadas normativas, a fin de determinar su confluencia (64) o contravención.

En primer lugar, la *Directiva 2006/123/CE*, por lo que respecta a la libertad de establecimiento, prohíbe que los Estados miembros supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en su respectivo territorio al «requisito de residir en el territorio nacional para el prestador» o su personal —art. 14.1.b)— y, en lo atinente a la libre circulación de servicios, excluye que los Estados miembros puedan restringir la libre prestación de servicios imponiendo el requisito de la obligación de que el prestador esté establecido en el territorio nacional —art. 16.2.a)—. Los citados principios han sido recogidos y traspuestos por la normativa nacional de un modo simétrico en los artículos 10.a) y 12.2.a), respectivamente, LLAASE.

Así pues, las normativas de liberalización de servicios comunitaria y nacional presentan un régimen armónico, que, no obstante la conclusión precipitada de una lectura escasamente profunda y estudiada, no colisiona con lo dispuesto por el artículo 7 LN (65), que exige que la «residencia habitual» de los notarios

(64) La prohibición de la exigencia del requisito de la nacionalidad —arts. 14.1.a); 15.3.a); 16.1, párrafo tercero, a) y 20 DSML y 5.a); 10.a) y 16.3 LLAASE— se hallaba ya recogida en los artículos 10.1 LN y 6.a) DROyRN, que posibilitan que puedan realizar las pruebas selectivas para el ingreso en el Notariado los españoles y los que ostenten la nacionalidad de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

Vid., en este sentido, RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Ley...», *ob. cit.*, págs. 60 y sigs., así como Resolución 0422/93, de 18 de enero de 1994, del Parlamento Europeo, sobre el Estado y la Organización de la Profesión de Notario en los Estados miembros de la Comunidad.

Ahora bien, a este respecto, se ha de poner especialmente de relieve la *sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala]*, de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-50/08], que resuelve la cuestión del requisito de nacionalidad exigido por la normativa francesa para acceder a las funciones y profesión de notario. De acuerdo con la *sentencia*, «...la persecución de este objetivo [objetivo de interés general, cual es garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares] no justifica, por sí sola, que las prerrogativas necesarias al efecto se reserven a los notarios que tengan la nacionalidad del Estado miembro de que se trate» —*apartado 85*—, lo cual conlleva que proceda «declarar que el requisito de nacionalidad exigido por la normativa francesa para acceder a la profesión notarial constituye una discriminación por razón de nacionalidad prohibida por el artículo 43 CE» —*apartado 107*—. Vid., asimismo, *apartados 9, 49, 63, 64 y 71*.

(65) Este artículo presenta y conserva su redacción originaria de 1862, habiendo de considerar y analizar su previsión con lo dispuesto en los artículos 4 LN; 42, párrafos primero y segundo, 44, y 349.b) DROyRN y 43. Dos.2.B.b) de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden Social.

haya de ser el punto designado en la creación de su respectivo oficio, y los artículos 4 y 42, párrafo primero DROyRN, que tan solo requieren el deber de residencia. A este respecto, no obstante la diferencia existente entre ambos preceptos y respecto del alcance del citado requisito y también sin perjuicio del modo en que se ha de interpretar y aplicar el mismo (66), atendiendo a la realidad social del tiempo —art. 3.1 CC—, lo cierto es que, a nuestro juicio, el mencionado requisito no resulta obstativo a la liberalización de servicios y no contraviene las normativas comunitaria y nacional vigentes a tal respecto. La normativa nacional, al establecer el deber de «residencia habitual» en la población designada en su nombramiento —art. 116, párrafo segundo, DROyRN—, lo hace derivativamente como corolario de la «fe pública» y de la naturaleza de «funcionario y autoridad pública» del notario, toda vez que «los Notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial» —art. 116, párrafo primero, DROyRN—. Por todo ello, las mencionadas normativas resultan perfectamente conciliables y compatibles.

En segundo lugar, la Directiva 2006/123/CE prohíbe la obligación de constituir o participar en un aval financiero o de suscribir un seguro con un prestador u organismo establecido en el territorio nacional, si bien permite que los Estados miembros puedan exigir garantías de un seguro o financieras —art. 14.7—. Dicho régimen es parcialmente traspuesto al ordenamiento nacional por el artículo 10.g) LLAASE, el cual establece el «régimen de prohibición», mas no el «régimen de excepción». Ahora bien, a nuestro juicio, cabría considerar que, al haber limitado la prohibición a la «constitución de garantías financieras o a la suscripción de un seguro... con un prestador u organismo establecido en el territorio español», de un modo indirecto y en base a los principios de *contrario sensu* y de *incluso unius exclusio alterius*, se está incorporando el principio de excepción comunitario.

La normativa notarial, por su parte, establece la obligación de constituir una fianza como garantía para el ejercicio de su cargo —art. 14 LN (67)—. Pues bien, a nuestro juicio y de acuerdo con la interpretación realizada de que se está recogiendo implícitamente el régimen de excepción que contempla la

Vid. sobre esta materia, RDGRyN de 16 de diciembre de 1980 [R. Ar.: RJ 1980/4835].

(66) Vid., RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Ley...», *ob. cit.*, págs. 54 y sigs. PÉREZ SANZ, Antonio, *Reglamento Notarial...*, págs. 171 y sigs. DOMÍNGUEZ MENA, Antonio, «Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944», en *Nueva Legislación Notarial Comentada*. Tomo I. *Legislación Notarial*, Madrid, 2007, págs. 224 y sigs. GONZÁLEZ DE RIVERA, José, «Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944», en *Nueva Legislación Notarial Comentada*. Tomo I. *Legislación Notarial*, Madrid, 2007, págs. 870 y sigs.

(67) Este artículo conserva también su redacción originaria de 1862. La citada previsión ha de estudiarse conjuntamente con lo dispuesto en los artículos 44 LN; 24 a 34, ambos inclusive, DROyRN y 43. Dos.8, de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Vid., en este sentido, RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Ley...», *ob. cit.*, págs. 69 y sigs., y 159 y sigs. PÉREZ SANZ, Antonio, «Reglamento Notarial...», *ob. cit.*, págs. 205-214.

Directiva 2006/123/CE, la citada exigencia de constitución de fianza resulta acorde con la normativa comunitaria, ya que, además, cumpliría, en su caso, las condiciones de «no discriminación», «necesidad» y «proporcionalidad» fijadas por dicha normativa comunitaria —arts. 15.3 y 16.1, párrafo tercero, DSMI— y por la normativa nacional —arts. 5 y 12.3, párrafo primero, LLAASE—.

2.3. Legislación registral

La normativa registral se halla conformada, básicamente, por la *Ley Hipotecaria* —Decreto de 8 de febrero de 1946 [en lo sucesivo, LH]—; el *Reglamento Hipotecario* —Decreto de 14 de febrero de 1947 [en lo sucesivo, RH]— y el *Reglamento del Registro Mercantil* —Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio [en lo sucesivo, RRM]—.

A) Naturaleza jurídica

Este estudio ha de contemplar, de un modo análogo a lo realizado en el apartado precedente, la determinación, asimismo, de la naturaleza jurídica del registrador. Así, este es calificado como «funcionario público» para todos los efectos legales —art. 274, párrafo segundo, LH y arts. 335 y 536 RH— (68), con ejercicio profesional de «función pública» —arts. 222.7 y 222.8, párrafo segundo, LH y art. 334.1 RH— (69). A su vez, el «Colegio de Registradores» es conceptualizado como una «Corporación de Derecho Público», encargada de velar por el buen funcionamiento de la función pública registral —art. 560 RH— (70).

Por lo que respecta a la fijación del contenido del ejercicio de la «función pública», esta se cifra en la «función calificadora», tanto de los documentos en cuya virtud se solicite la inscripción o la cancelación —arts. 18; 19-bis; 99 LH y arts. 98, 99 y 101 RH (71) [arts. 6, 58, 59 y 61.bis RRM, que extienden la calificación a la capacidad y legitimación de quienes otorguen o suscriban

(68) Vid. RDGRyN, de 21 de febrero de 2005 [R. Ar.: RJ 2005/5364] —Fundamento de Derecho Segundo—.

(69) Vid., en relación a la figura del registrador y su naturaleza, LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», en *La calificación registral*. Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 548 y sigs.

(70) De acuerdo con la citada calificación, la percepción de honorarios por parte del registrador se lleva a cabo mediante sujeción estricta a su arancel, no devengando honorario alguno las operaciones que no lo tuvieren señalado en dicho arancel —art. 294 LH y arts. 102, último párrafo; 356, último párrafo y 589 RH—.

(71) Vid. RDGRyN, de 23 de marzo de 2007 [R. Ar.: RJ 2007/1962]; RDGRyN, de 8 de abril de 2010 [R. Ar.: RJ 2010/2502]; RDGRyN, de 25 de mayo de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/4514] y RDGRyN, de 26 de mayo de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/4515].

los documentos]—, así como de la competencia de los Jueces o Tribunales que ordenaren las cancelaciones —arts. 100 LH (72) y 100 RH (73)—, extendiéndose, igualmente, la calificación a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dieran lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados —art. 132 LH (74)— (75).

De acuerdo con lo manifestado, cabe sostener que el registrador goza de naturaleza de «funcionario público» (76), presentando, a su vez, su función

(72) Vid., en este sentido, RDGRyN, de 31 de diciembre de 1981 [R. Ar.: RJ 1981/5444]; RDGRyN, de 6 de marzo de 1991 [R. Ar.: RJ 1991/2530] y RDGRyN, de 24 de enero de 1994 [R. Ar.: RJ 1994/242].

(73) Vid. RDGRyN, de 3 de mayo de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/3128]; RDGRyN, de 4 de mayo de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/3129]; RDGRyN, de 9 de mayo de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/3276]; RDGRyN, de 24 de junio de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/4761]; RDGRyN, de 27 de junio de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/5956]; RDGRyN, de 14 de julio de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/6114] y RDGRyN, de 23 de julio de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/6413].

(74) Vid. RDGRyN, de 20 de diciembre de 2010 [R. Ar.: RJ 2011/262] y RDGRyN, de 23 de julio de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/6413].

(75) Vid., a este respecto, AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, «Significado de la calificación registral», en *La calificación registral*. Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 660 y sigs. CHICO Y ORTIZ, José María, «Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales», en *La calificación registral*. Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 714 y sigs. GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «La calificación registral», en *La calificación registral*. Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 189 y sigs. GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Planteamiento sobre la naturaleza y caracteres de la calificación registral», en *La calificación registral*. Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 52 y sigs. / «La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González. Su vigencia actual», en *La calificación registral*. Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 138 y sigs. LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Dictamen sobre la naturaleza...», *ob. cit.*, págs. 528 y sigs. ROMANÍ CALDERÓN, J., «Carácter de la función calificador: ¿Es de naturaleza judicial o administrativa?», en *La calificación registral*. Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 453 y sigs. RUIZ MARTÍNEZ, Francisco, «Algunas consideraciones sobre la calificación registral», en *La calificación registral*. Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 460 y sigs. VIDAL FRANCÉS, Pablo, «La problemática actual en la calificación registral», en *La calificación registral*. Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 326 y sigs.

LÓPEZ MEDEL, Jesús, «Naturaleza de la función registral», en *La calificación registral*. Tomo I, Cizur Menor, 2008, pág. 602, considera la función registral como «una tarea de homologación purificadora de actos o documentos presuntamente válidos y, desde luego, ciertos —notariales, judiciales o administrativos— en razón de la operatividad dinámica y creadora que a partir de su reflejo publicitario inscrito va a surgir». Vid., asimismo, de este autor: «El Notario y los Registradores», en *La calificación registral*. Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 607-615.

(76) Ahora bien, el régimen de responsabilidad del registrador —incluida su responsabilidad disciplinaria [arts. 313 LH y 563 RH]— presenta una especificidad propia. Vid., a este respecto, LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Dictamen sobre la naturaleza...», *ob. cit.*, págs. 564 y sigs. Este autor concluye que: «el Registrador es un funcionario público», si bien: «las características de su actividad lo separan profundamente de cualquier tipo de funcionario administrativo. Surge así una figura mixta, en la cual a la “forma” funcional corresponde una “sustancia” profesional: de profesional jurista encargado de funciones públicas, y precisamente de funciones (principalmente) de valoración jurídica más propias de un árbitro imparcial y ajeno al asunto que de un burócrata al servicio de la Administración... Yo entiendo... que calificar como funcionario administrativo al Registrador, así

pública de «calificación» la naturaleza de ser una actividad de la administración pública que se halla dotada de particularidades de notoria importancia, las cuales no permiten calificarla sin más de acto administrativo ordinario y justifican su tratamiento específico científica, normativa y jurisdiccionalmente, derivando como consecuencia de todo ello que la Dirección General de los Registros y del Notariado sea un órgano administrativo y que sus resoluciones gocen también de idéntica naturaleza —*STS [Sala de lo Civil-Sección 1.ª], de 3 de enero de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/426] Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto*— (77).

como calificar de administrativa a su actividad y de órgano de la Administración al Registro, no corresponde al pensamiento del legislador, el cual, al regular la figura en un plano de independencia jerárquica en la decisión y de conservación de sus características de profesional con ejercicio de funciones públicas, viene a mostrar su preferencia por el concepto tradicional del Registrador frente a su concepción administrativa. Solo así se explica que la legislación hipotecaria siga conservando la posición del Registrador como “dueño” de la oficina, “patrono” (*pro tempore*) de “sus” empleados, percibiendo unos “honorarios” de los particulares y entidades que acuden al Registro a hacer constar sus derechos... Por eso me parece muy preferible contentarnos con la calificación de “funcionario público” que le da la Ley Hipotecaria: calificación encaminada a responsabilizar al Registrador y a someterle a una disciplina, pero no a incluirle en unos cuadros administrativos en el desempeño de su misión»: *ibíd.*, pág. 573.

(77) «A) La aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no puede aceptarse con carácter general ni de manera abstracta. La función de calificación presenta particularidades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades de las administraciones públicas. Estas particularidades justifican secularmente su tratamiento específico desde el punto de vista científico, normativo y jurisdiccional. Desde este último punto de vista, que aquí resulta especialmente relevante, la revisión de la actividad registral inmobiliaria no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino que es una de las expresamente atribuidas al orden jurisdiccional civil por razón de la naturaleza privada y patrimonial de los derechos que constituyen su objeto [art. 3.a) LJCA].

Es cierto que la DGRN es un órgano administrativo y que sus resoluciones tienen naturaleza administrativa. Sin embargo, la inserción de estas en el ámbito de la función de calificación de los registradores de la Propiedad las dota de características muy especiales frente al régimen de la actividad administrativa, las cuales no solo se han mantenido, sino que se han acentuado en las sucesivas modificaciones de la LH. En la LH se establece la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas mediante las que se solicite la nulidad de las resoluciones de la DGRN por las que se resuelven recursos contra las calificaciones negativas de los registradores de la Propiedad. La resolución de la DGRN no es, en consecuencia, un acto administrativo abstracto; sino que tiene como presupuesto y objeto un acto de calificación del registrador, que no puede ser considerado por razón de su contenido como acto sujeto al Derecho administrativo, y su consecuente jurídico es el examen de su legalidad por parte del orden jurisdiccional civil.

De esto se sigue que la naturaleza de acto administrativo que tienen las resoluciones de la DGRN por las que se resuelven recursos contra las calificaciones negativas de los registradores de la Propiedad no permite, sin más, proyectar el régimen administrativo general sobre su regulación, pues esto podría determinar efectos incompatibles con los principios del sistema registral en el que se desenvuelve la función de calificación de los registradores y el examen de su legalidad por la jurisdicción civil. En consecuencia, la determinación de si es aplicable el régimen general del silencio administrativo sobre dichas resoluciones debe

B) Cohonestación con la normativa de liberalización de servicios

La condición de registrador y su función pública calificadora no se hallan expresamente contempladas en la *Directiva 2006/123/CE*, si bien cabe ubicarlas, como excluidas, en el concepto de «actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado» —*art. 2.2.i*)—, tal y como lo conceptúa y determina de un modo específico y autónomo la *Exposición de Motivos II, párrafo séptimo*, y el artículo 2.2.i) LLAASE. Por su parte, la *Ley 25/2009* no presenta —al igual que en el supuesto de los notarios— precepto alguno de incorporación al Derecho interno referido a la actividad de los registradores.

En este orden de cosas y como factor coadyuvante de lo manifestado, cabría mencionar los *artículos 279 LH y 504, párrafo quinto RH*, que establecen como requisitos para tomar parte en la oposición y ser nombrado registrador los de «ser español, mayor de edad, poseer el título de licenciado en Derecho o tener aprobadas todas las asignaturas de la licenciatura, no estar comprendido en ninguna de las causas de incapacidad del artículo 280 de la *Ley Hipotecaria* y no haber sido separado del servicio de cualquiera de las Administraciones públicas por resolución firme dictada como consecuencia de expediente disciplinario».

En suma, cabría concluir que la condición de registrador y su actividad quedan excluidas de la normativa de la *Directiva 2006/123/CE* y, consiguientemente, de las medidas de incorporación de la misma a la normativa nacional.

2.4. Colegios Profesionales

Una cuestión determinante a este respecto es la intervención de los «Colegios Profesionales», si bien la *Directiva 2006/123/CE* no los contempla, salvo menciones mínimas y de soslayo —sin contenido jurídico efectivo— en lo referente a las normas que, en concepto «requisito», pudieren establecer —*Considerando 7*—, a su conceptualización como «autoridad competente» —*art. 4.9*—, al establecimiento del concepto de «régimen de autorización» —*Considerando 39*—, a la fijación de mayor protección en los códigos de conducta nacionales —*Considerando 115*— y a la información sobre los prestadores y sus servicios —*art. 22.1.e*)— (78). A nuestro juicio, en la configuración, aplicación y ejecución de la liberalización

hacerse teniendo en cuenta las disposiciones específicas de la LH y la interpretación de sus preceptos con arreglo a los principios que rigen la función del Registro de la Propiedad» —*Fundamento de Derecho Cuarto*—.

(78) Vid., con respecto de la Jurisprudencia comunitaria sobre los Colegios Profesionales, *sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Quinta], de 29 de noviembre de 2001 [Asunto C-221/99]*.

de servicios resulta relevante el régimen, función, cometidos y actuación de los colegios profesionales.

La normativa nacional se halla conformada por la *Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales* (79) —en lo sucesivo, LCP—. De acuerdo con la misma, los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines —*art. 1.1*— (80). Estos son, esencialmente, la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados —*art. 1.3*—.

Ahora bien, la citada norma presenta un requisito que ha de ser analizado de un modo exhaustivo. Así, el *artículo 3.2* LCP establece que «será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una Ley estatal» (81). La «colegiación obligatoria» que contempla el citado precepto ha estado vigente —con diversas formulaciones— desde el texto original, si bien la última reforma incorpora como presupuesto de ello su «fijación por una Ley estatal». Dicha

(79) Esta Ley ha sido modificada por la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre*, en refuerzo de la normativa de defensa de los consumidores y usuarios —*Exposición de Motivos II, párrafo segundo*—. Vid., en este sentido, VAQUERO PINTO, María José, «Los Colegios Profesionales tras la incorporación de la Directiva de Servicios en el Mercado Interior», en *Aranzadi Civil*, núm. 9, Pamplona, 2011, págs. 57-95.

Vid., asimismo, a este respecto, CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, José Luis & MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán & CALVO SÁNCHEZ, Luis, *Colegios Profesionales y Derecho de la competencia*, Civitas, Madrid, 2002. LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis, *Los Colegios Profesionales como Corporaciones de Derecho Público: Un estudio en clave constitucional*, Nomos, Valencia, 2001. REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, *Los Colegios Profesionales: Administración Corporativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001. SÁNCHEZ SAUDINÓS, José Manuel, *Los Colegios Profesionales en el Ordenamiento Constitucional: Colegios Profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas en el Derecho Público español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996. SAZ, Silvia DEL, *Los Colegios Profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

(80) *STC [Pleno] de 5 de agosto de 1983, núm. 76/1983 [R. Ar.: RTC 1983/76]* —Fundamento Jurídico 26—. *STC [Sala Primera] de 20 de febrero de 1984, núm. 23/1984 [R. Ar.: RTC 1984/23]* —Fundamentos Jurídicos 3 y 4—. *STC [Sala Primera] de 15 de julio de 1987, núm. 123/1987 [R. Ar.: RTC 1987/123]* —Fundamento Jurídico 3—. *STC [Pleno] de 18 de febrero de 1988, núm. 20/1988 [R. Ar.: RTC 1988/20]* —Fundamento de Derecho 4—. *STC [Sala Segunda] de 19 de julio de 1989, núm. 131/1989 [R. Ar.: RTC 1989/131]* —Fundamento de Derecho 4—. *STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 4.ª], de 18 de septiembre de 1991 [R. Ar.: RJ 1991/7753]* —Fundamento de Derecho Tercero—. *Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 5 de mayo de 1999 [R. Ar.: AC 2000/2818]* —Fundamento de Derecho Segundo—.

(81) La redacción actual del citado precepto ha sido dada por el *artículo 5. Cinco Ley 25/2009, de 22 de diciembre*.

«colegiación obligatoria», por su parte, ha recibido el refrendo de la Jurisprudencia (82), siendo legitimada su imposición en base a la atención y tutela de los intereses generales (83).

(82) *STC [Pleno] de 11 de mayo de 1989, núm. 89/1989 [R. Ar.: RTC 1989/89]*: «La colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 CE), dada la habilitación concedida al legislador por el artículo 36. Pudo, por tanto, dicho legislador establecerla lícitamente, en razón a los intereses públicos vinculados al ejercicio de determinadas profesiones, como pudo no hacerlo si la configuración, esencia y fines de los Colegios fueran otros, acomodando requisitos y fines, estructura y exigencia garantizadoras, de acuerdo con el artículo 36, y, por lo demás, con la naturaleza de los Colegios... La misma consideración institucional y parecidas exigencias y requisitos son los seguidos en los países de nuestro entorno, e incluso, respecto a la colegiación obligatoria, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en resoluciones que el mismo Auto proponente y las partes citan, concretamente las sentencias de 23 de junio de 1981 (asunto *Le Compte*) y 10 de febrero de 1983 (asuntos *Albert y Le Compte*), cuya cita es adecuada al caso presente. Como bien dice el Fiscal, el artículo 22 se refiere al derecho de asociación de los individuos como ciudadanos y el 36 establece el marco suprallegal de determinados ciudadanos en cuanto profesionales y deja a la Ley que imponga las condiciones necesarias para su ejercicio, y en atención, cabe añadir, a que dicho artículo 36 ni ordena ni prohíbe la colegiación obligatoria, diferenciando los Colegios de otros entes con base asociativa. Se puede afirmar, pues, con aquellas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la obligación de inscribirse los profesionales en el Colegio y someterse a su disciplina no supone una limitación injustificada, y menos una supresión del derecho garantizado en el artículo 22 CE y reconocido en el 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» —*Fundamento de Derecho 8*—. / «Si se parte, pues, como ha de partirse según los anteriores fundamentos, de la específica naturaleza y plurales fines de los Colegios, es evidente que la colegiación obligatoria es perfectamente compatible con la exigencia democrática que la CE impone como requisito expreso, ya que esta exigencia constituye en sí misma un contrapeso, una compensación del deber del titulado de inscribirse y a la vez una garantía de que esa obligatoriedad estará sujeta al control democrático de los mismos colegiados» —*Fundamento de Derecho 9, párrafo tercero*—.

Vid., asimismo, *STC [Sala Primera] de 15 de julio de 1987, núm. 123/1987 [R. Ar.: RTC 1987/123]* —*Fundamento de Derecho 8*—. *STC [Sala Primera] de 8 de febrero de 1993, núm. 35/1993 [R. Ar.: RTC 1993/35]* —*Fundamento de Derecho 2*—. *STC [Sala Primera] de 14 de marzo de 1994, núm. 74/1994 [R. Ar.: RTC 1994/74]* —*Fundamento de Derecho 4*—.

(83) *STC [Pleno] de 1 de octubre de 1998, núm. 194/1998 [R. Ar.: RTC 1998/194]*: «legitimidad constitucional de la colegiación obligatoria y su necesaria vinculación con la tutela de los intereses generales» —*Fundamento de Derecho 4, párrafo tercero*—. / «Junto a ese requisito, la Constitución exige que sea el legislador quien deba determinar qué profesiones quedan fuera del principio general de libertad, valorando cuáles de esas profesiones requieren, por atender a los fines mencionados la incorporación a un Colegio Profesional, así como, en su caso, la importancia que al respecto haya de otorgar a la exigencia de una previa titulación para el ejercicio profesional. Así lo establece el artículo 36 CE, al afirmar que “la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas”. En efecto, como hemos dicho, la exigencia de adscripción forzosa a un Colegio Profesional supone, de un lado, una limitación al principio general de libertad y, más en concreto, del libre ejercicio de la profesión y de otro, una excepción a la regla general de libertad negativa de asociación que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del artículo 22 CE. Por ambos motivos, y según también hemos

En el ámbito concreto del Notariado, la regulación de los Colegios de Notarios se halla tratada, fundamentalmente, en los *artículos 41 a 44* LN (84) y en los *artículos 314 a 317* DROyRN (85), que los califican, asimismo, como «Corporaciones de Derecho Público» (86), cuyos fines esenciales son la ordenación del ejercicio de la profesión, la representación exclusiva y la defensa de la misma, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y el cumplimiento de la función social que corresponde al notario, ostentando, asimismo, la función de adoptar las medidas conducentes a evitar el intrusismo profesional.

Ahora bien, es preciso cohonestar la normativa común de los colegios profesionales con las particularidades que presentan los Colegios de Notarios. Así, cabría manifestar, que a los Colegios Notariales les es de aplicación, en primer lugar, la legislación notarial y, subsidiariamente, en todo lo que no se hallare previsto en la misma y en la medida en que no constituyere especialidad derivada del ejercicio de la función pública notarial atribuida a los notarios o a los Colegios, la normativa reguladora de los Colegios Profesionales en general —*art. 314, párrafo noveno*, DROyRN (87)—, si bien no existe equiparación, a efectos competenciales, entre los citados Colegios (88). En este sentido, los

reiterado, es el legislador el que debe decidir cuándo el ejercicio de una profesión exige la colegiación —*Fundamento de Derecho 5*—.

(84) Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Ley...», *ob. cit.*, págs. 154 y sigs.

(85) Vid. BLANQUER UBEROS, Roberto, «Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944», en *Nueva Legislación Notarial Comentada*. Tomo I. *Legislación Notarial*, Madrid, 2007, págs. 803 y sigs.

(86) STS [*Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 2.ª*], de 8 de marzo de 1990 [*R. Ar.: RJ 1990/1986*]: «La configuración de estos Colegios como Corporaciones de Derecho Público en contraste con sus fines preponderantemente sectoriales, implica que no son administraciones públicas en sentido estricto, sino en la medida en que desempeñan también funciones públicas atribuidas por la Ley o por delegación mediante actos concretos» —*Fundamento de Derecho Tercero*—.

(87) De acuerdo con ello, en concreto, se establece una obligación de adaptación a la *Ley 2/1974, de 13 de febrero*: «Los Estatutos, generales o particulares, los reglamentos de régimen interior y demás normas de los Colegios de Notarios, Corredores de Comercio y Registradores de la Propiedad y Mercantiles se adaptarán a lo establecido en la presente Ley, en cuanto no se oponga a las peculiaridades exigidas por la función pública que ejerzan sus miembros. En todo caso, les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 2.1 y 2.4 de la presente Ley» —*Disposición Adicional Segunda*—.

(88) STC [*Pleno*] de 11 de mayo de 1989, núm. 87/1989 [*R. Ar.: RTC 1989/87*]: «Ahora bien, la no equiparación a efectos competenciales entre unos y otros Colegios, no impide que se pueda aplicar a los Colegios Notariales la normativa reguladora de los Colegios Profesionales en general, contenida en la *Ley 2/1974, de 13 de febrero*, modificada por la *Ley 74/1978, de 26 de diciembre*» —*Fundamento de Derecho 4, párrafo noveno*—. / «Las características de los Colegios Notariales que han quedado expuestas y muy especialmente el hecho de que el Notariado esté “integrado por todos los Notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las Leyes y reglamentos determinan” (art. 1 del RN); y de que “en su organización jerárquica dependen del Ministro de Justicia, de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales” (art. 307 del RN), ha de proyectarse términos tales que a estos Colegios no les alcanza la competencia

Colegios de Notarios presentan una especificidad añadida (89), derivada de la función pública que ejercen los notarios (90) y también derivada de la «ordenación» de dicha función pública que realizan tales Colegios (91).

En suma, los Colegios Notariales gozan de una naturaleza especial, diferenciada de la propia o básica de los Colegios Profesionales, que conduce a que su régimen jurídico no pueda subsumirse íntegra y globalmente en la de estos. Por ello, la articulación de la normativa de la liberalización de servicios y la propia de los Colegios Profesionales no alcanza ni determina la correspondiente a los Colegios de Notarios, la cual, amén de su base común u ordinaria, ha de regirse por principios y criterios propios y específicos.

Ello no obstante, se ha de examinar la armonía o contravención existente entre la normativa comunitaria y nacional en materia de liberalización de servicios y el requisito de la «colegiación obligatoria». De una parte, la *Directiva 2006/123/CE* establece la prohibición de requisitos que comprendan «la inscripción en un registro o en un colegio o asociación profesional que exista en

exclusiva que para los Colegios Profesionales han asumido algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Cataluña en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.23 de su Estatuto» —*Fundamento de Derecho 4, párrafo décimo*—.

(89) *STC [Pleno] de 11 de mayo de 1989, núm. 87/1989 [R. Ar.: RTC 1989/87]*: «Por tanto, la legislación sobre Colegios Profesionales que ha quedado citada será de aplicación a los Colegios Notariales “en lo que no constituya especialidad establecida” por la Ley del Notariado y su Reglamento y, en consecuencia, las limitaciones que en virtud de esta legislación afecten a la normativa por la que se rigen los Colegios Profesionales, sea o no autonómica, no pueden considerarse como invasión de competencias por parte del Estado, sino como el ejercicio por este de las que le corresponden en virtud del artículo 149.1.18 de la Constitución, sobre el régimen jurídico de la actividad pública notarial y sobre el Estatuto general de quienes la ejercen» —*Fundamento de Derecho 4, párrafo cuarto*—. En idéntico sentido se pronuncian los *Fundamentos de Derecho 5, párrafo quinto, y 6*.

La citada Doctrina Jurisprudencial es reiterada en la *STC [Sala Segunda] de 11 de noviembre de 1999, núm. 207/1999 [R. Ar.: RTC 1999/207]* —*Fundamento de Derecho 9, párrafo segundo*—.

(90) *STC [Pleno] de 11 de mayo de 1989, núm. 87/1989 [R. Ar.: RTC 1989/87]*: «De ahí que estos Colegios formen parte integrante de la organización notarial y que, como hemos visto en el fundamento anterior y señala el Abogado del Estado, en la regulación de los mismos el Estado no tenga solo las competencias básicas que ostenta frente a los Colegios Profesionales en general, sino también las específicas que le corresponden sobre la función pública que ejerce el Notariado integrado por todos los notarios de España, sobre su organización jerarquizada y sobre el régimen descentralizado colegial (art. 1 del RN)» —*Fundamento de Derecho 4, párrafo cuarto*—.

(91) *STC [Pleno] de 11 de mayo de 1989, núm. 87/1989 [R. Ar.: RTC 1989/87]*: «La descentralización del Notariado por la vía de sus diferentes Colegios, ni altera el carácter único del Cuerpo en toda España, ni priva al Estado de las competencias que le atribuye el artículo 149.1.18 de la Constitución que, por estar integrados dentro de su propia Administración, ha de ejercer con toda amplitud, tanto en lo relativo a la ordenación de la función pública que desempeñan que, en parte, se canaliza a través de los Colegios Notariales, cuanto en lo concerniente al régimen estatutario de sus funcionarios» —*Fundamento de Derecho 4, párrafo séptimo*—.

el territorio nacional», si bien contempla, igualmente, la dispensa de «los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho Comunitario» —*art. 16.2.b)*—, siendo recogida la citada prohibición por el artículo 12.2.b) LLAASE—. De otra parte, tal y como se ha manifestado, el *artículo 3.2 LCP* establece la «colegiación obligatoria» siempre que «así lo establezca una Ley estatal». A este respecto, en materia notarial, dicha obligación y requisito son cumplidos por el *artículo 41, párrafo segundo*, LN (92). Pues bien, sin perjuicio de que la actividad notarial quede excluida de la aplicación, a estos efectos, de la normativa comunitaria y nacional de liberalización de servicios, es preciso proceder a realizar un análisis mínimo de la citada «colegiación obligatoria» en el ámbito de las profesiones jurídicas.

En este sentido, cabría decir que, a nuestro juicio, el requisito de la «colegiación obligatoria» queda excluido, en principio, del ejercicio de la profesión de abogado en el *ámbito de la libre prestación de servicios* por varias razones. De una parte, porque atendiendo a la dispensa establecida por el *artículo 16.2.b) DSMI*, esta misma norma contempla la exclusión de dicho precepto «a las materias a las que se refiere la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a Facilitar el Ejercicio Efectivo de la Libre Prestación de Servicios por los Abogados» —*art. 17.4 DSMI*— (93). De otra parte, porque —también en ejercicio de la citada dispensa— se excluye la aplicación del *artículo 16.2.b) DSMI* «a las materias a las que se refiere el Título II [Libre Prestación de Servicios] de la Directiva 2005/36/CE, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión» —*art. 17.6 DSMI*— (94). A nuestro juicio, el legislador

(92) Vid., asimismo, el *artículo 314, párrafo décimo, DROyRN*.

(93) En concreto, la *Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977*, contempla que «las actividades relativas a la representación y a la defensa de clientes ante los tribunales o ante las autoridades públicas se ejercerán en cada Estado miembro de acogida en las condiciones previstas para los abogados establecidos en ese Estado, excluyéndose cualquier condición de residencia o de inscripción en una organización profesional de tal Estado» —*art. 4.1*—.

A este respecto, la *sentencia del Tribunal de Justicia, de 21 de junio de 1974 [Asunto 2-74]* considera que «en el marco de una profesión liberal como la de Abogado, en ningún caso se puede calificar de esta manera [poder público] a actividades como el asesoramiento y la asistencia jurídica o la representación y la defensa de las partes ante los Tribunales, aun cuando el desempeño de dichas actividades sea preceptivo o constituya una exclusividad impuestos por la ley» —*Fundamento de Derecho 55*—.

Vid., asimismo, *sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de noviembre de 1995 [Asunto C-55/94]* —*apartados 15 y 16*—.

(94) A este respecto, la *Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales*, ya establece también una dispensa «a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de las exigencias impuestas a los profesionales establecidos en su territorio relativas a la... inscripción o adhesión a una organización u organismo profesionales» —*art. 6, párrafo primero, a)*—.

comunitario de la *Directiva 2006/123/CE* presenta cierta carencia de rigor técnico y hermenéutico, conllevando ello una deficiencia de técnica jurídica en el reenvío con respecto de la finalidad pretendida. Si lo que se pretende es la exclusión del requisito de la «colegiación obligatoria» a los abogados y a los profesionales de las profesiones reguladas, hubiera sido suficiente con el reenvío a la *Directiva 77/249/CEE* y a la *Directiva 2005/36/CE*, respectivamente, que ya recogían tal excepción o dispensa; en cambio, la exclusión que lleva a cabo el artículo 17.4 DSMI respecto de las materias de la *Directiva 77/249/CEE*, nada aporta al tema en cuestión, salvo primar, en su caso, el carácter de norma especial y preferente que presentan la *Directiva 77/249/CEE* y la *Directiva 2005/36/CE* con respecto a la *Directiva 2006/123/CE*.

Sin perjuicio de lo manifestado, cabe añadir también que, de acuerdo con la *Directiva 77/249/CEE*, excepción hecha de las actividades de representación y defensa de clientes ante los Tribunales o ante las autoridades públicas, para el ejercicio del resto de actividades el «abogado quedará sujeto a las condiciones y normas profesionales del Estado miembro de procedencia, sin perjuicio del respeto a las normas, sea cual fuere su origen, que regulen la profesión en el Estado miembro de acogida» —art. 4.4—. En este sentido, si bien es cierto que las citadas actividades de representación y defensa son las más significativas de la profesión de abogado, no son, en cambio, las únicas. Por ello, a nuestro juicio, dado que la exclusión del requisito de la «colegiación obligatoria» solamente se contempla para tales actividades de representación y defensa en la *Directiva 77/249/CEE* y únicamente para la «libre prestación de servicios» en la *Directiva 2005/36/CE*, cabría sostener que, en lo que respecta a la *libertad de establecimiento*, podría admitirse el requisito de la «colegiación obligatoria» (95), atendiendo al mencionado artículo 4.4 de la *Directiva 77/249/CEE* y al silencio —a *sensu contrario*— que, a tal particular, presenta la *Directiva 2005/36/CE*. En este orden de cosas, y a favor del citado argumento de la «colegiación obligatoria», cabría citar, igualmente, la *Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a Facilitar el Ejercicio Permanente de la Profesión de Abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el Título*, que, de una parte, contempla la *conveniencia* de «inscripción obligatoria» (96), y, de otra

(95) A este respecto, resulta muy relevante lo dispuesto por la *sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de noviembre de 1995 [Asunto C-55/94]*, que establece que «el hecho de pertenecer a un Colegio Profesional forma parte de los requisitos aplicables al acceso a las actividades y a su ejercicio y, por tanto, no puede considerarse como un elemento constitutivo de dicho establecimiento —*apartado 31*—.

(96) «Considerando que conviene que los abogados a que se refiere la presente Directiva tengan la obligación de inscribirse ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida a fin de que dicha autoridad pueda garantizar el respeto de la normativa sobre la profesión y las normas de deontología del Estado miembro de acogida; que el efecto de la inscripción en

parte, establece categóricamente la *necesidad* de la inscripción ante la autoridad competente (97), que se recoge en el *artículo 3* del texto dispositivo (98).

Ahora bien, ha de tenerse presente, asimismo, la previsión de la *Disposición Transitoria Cuarta [Vigencia de las obligaciones de colegiación]* LMLA-LLAASE, que establece que «el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación» (99). En tal sentido, la necesidad de atender el «control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios» y la afección de «materias de especial interés público, como puedan ser la... seguridad... jurídica de las personas físicas» podría atisbar a que «continuara» el requisito de la «colegiación obligatoria». Sin embargo, a nuestro juicio, para que continuara vigente tal requisito sería precisa una mayor fundamentación, ya que, en el caso de los abogados, su actividad de representación y defensa se extiende a todo tipo de clientes, no solamente a las personas jurídicas y, además, sería preciso modificar, en su caso, por lo que respecta a la libre prestación de servicios, las previsiones contempladas en la *Directiva 77/249/CEE* y la *Directiva 2005/36/CE*.

IV. LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS Y CUALIFICACIÓN PROFESIONAL

La *Directiva 2006/123/CE* no se pronuncia sobre el reconocimiento de cualificaciones profesionales, dado que, como expresamente manifiesta su coherencia, tal materia se halla regulada por la *Directiva 2005/36/CE del Parlamento*

lo que se refiere a circunscripciones judiciales, instancias y tipo de órganos jurisdiccionales ante los que podrán actuar los abogados, está determinado por la legislación aplicable a los abogados del Estado miembro de acogida» —*Considerando 8*—.

(97) «Considerando que el abogado inscrito con su título profesional de origen en el Estado miembro de acogida debe seguir inscrito ante la autoridad competente del Estado miembro de origen para conservar su calidad de abogado y acogerse a la presente Directiva; que, por esta razón, es indispensable que exista una estrecha colaboración entre las autoridades competentes, en especial en relación con posibles procedimientos disciplinarios» —*Considerando 12*—.

(98) *Artículo 3.1. Directiva 98/5/CE*. «Los abogados que deseen ejercer en un Estado miembro distinto de aquel en el que hayan obtenido su título profesional deberán inscribirse ante la autoridad competente de dicho Estado miembro».

A este respecto, cabría citar también el *artículo 4.2, in fine, Directiva 98/5/CE*. «El Estado miembro de acogida también podrá exigir que el abogado que ejerza con el título profesional de origen haga mención de su inscripción ante la autoridad competente de dicho Estado miembro». De igual modo, cabría mencionar la referencia a la inscripción que realizan los *artículos 8 y 9 Directiva 98/5/CE*.

(99) El plazo máximo contemplado para la citada remisión era de doce meses desde la entrada en vigor de dicha Ley, que se produjo el día 27 de diciembre de 2009 —*Disposición Final Quinta LMLALLAASE*—. Pues bien, a la presente fecha —mayo de 2011— no se ha procedido aún a la mencionada remisión.

Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales [en lo sucesivo, DRCP], a la cual no afecta —Considerando 31— (100).

Ello no obstante, se hace preciso realizar un mínimo análisis respecto de la afección de la mencionada Directiva a la actividad de notario y, en general, a las profesiones jurídicas, así como a la interrelación entre las normativas comunitaria y nacional.

La *Directiva 2005/36/CE* confiere a un profesional (101) de un Estado miembro la garantía de acceder a la misma profesión y ejercerla en otro Estado miembro con los mismos derechos que los nacionales, sin perjuicio del cumplimiento de condiciones de ejercicio no discriminatorias (102) o de la imposición de requisitos específicos (103). A este respecto, se ha de poner de

(100) Ello no obstante, se ha de tener presente la relación —mediata o indirecta— existente entre tales materias, tal y como lo contempla la *sentencia del Tribunal de Justicia, de 25 de julio de 1991 [Asunto C-76/90]*, que establece que «una normativa nacional que supedita el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios en el territorio nacional, por parte de una empresa domiciliada en otro Estado miembro, a la concesión de una autorización administrativa sometida al requisito de poseer determinadas cualificaciones profesionales constituye una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 59 del Tratado» —*apartado 14*—.

Vid., en este sentido, *sentencia del Tribunal AELC, de 10 de diciembre de 2010 [Asunto E-8/10]*; *sentencia del Tribunal AELC, de 10 de diciembre de 2010 [Asunto E-9/10]* y *sentencia del Tribunal AELC, de 10 de diciembre de 2010 [Asunto E-10/10]*.

(101) Vid., con respecto al concepto de profesional, la *sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Segunda], de 11 de octubre de 2001 [Asunto C-267/99]* —*apartado 39*—.

(102) «La garantía que confiere la presente Directiva a las personas que han adquirido sus cualificaciones profesionales en un Estado miembro para acceder a la misma profesión y ejercerla en otro Estado miembro con los mismos derechos que los nacionales debe entenderse sin perjuicio del cumplimiento por el profesional migrante de las condiciones de ejercicio no discriminatorias que pueda imponerle este último Estado miembro, siempre que tales condiciones estén justificadas objetivamente y sean proporcionadas» —*Considerando 3 DRCP*—.

Vid., a este respecto, el *artículo 15.2.d) DSMI*.

(103) «No obstante, este régimen general no impide que un Estado miembro imponga a toda persona que ejerza una profesión en su territorio requisitos específicos motivados por la aplicación de las normas profesionales justificadas por el interés general. Estas se refieren, en particular, a las normas en materia de organización de la profesión, a las normas profesionales, incluidas las deontológicas, y a las normas de control y de responsabilidad» —*Considerando 11 DRCP*—.

Asimismo, se contempla la posibilidad de que, en el ámbito de las profesiones liberales, la normativa nacional no proceda únicamente de un modo directo del Estado miembro, sino también de los «órganos de representación profesional», lo cual constituye un reconocimiento explícito a la facultad de autorregulación de los Colegios Profesionales: «En la medida en que estén reguladas, la presente Directiva contempla también las profesiones liberales, que son las que ejercen quienes, gracias a sus especiales cualificaciones profesionales, prestan personalmente, bajo su propia responsabilidad y de manera profesionalmente independiente, servicios intelectuales y conceptuales en interés del mandante y de la población en general. El ejercicio profesional puede estar sometido en los Estados miembros a obligaciones legales específicas con arreglo a la legislación nacional y a las disposiciones establecidas autóno-

manifiesto el reenvío directo e inmediato que realiza la normativa nacional de los Colegios Profesionales al Derecho Comunitario referente al reconocimiento de cualificaciones para los supuestos de libre circulación de servicios, mas no para la libertad de establecimiento de los prestadores —art. 3.4 LCP (104)—. Por consiguiente, el *Título II* de la *Directiva 2005/36/CE* —además de las normas comunes y generales de la misma— será de directa aplicación para regular el ejercicio de la libre prestación de servicios, en cuyo seno se halla el artículo 6, referido a las «dispensas», previamente analizado.

Por lo que respecta a los notarios, en concreto, la *Directiva 2005/36/CE* únicamente contempla una mención al respecto, según la cual dicha norma «no prejuzga la aplicación del artículo 39, apartado 4, ni del artículo 45 del Tratado [vigentes arts. 45.4 y 51, respectivamente, TFU] relativos en particular a los notarios» —*Considerando 41*—. Así pues, los notarios quedan excluidos de la regulación de la citada Directiva.

En el ámbito concreto de los «abogados», la *Directiva 2005/36/CE* no afecta a la *Directiva 77/249/CEE*, ni a la *Directiva 98/5/CE* (105). Ello no obstante, «el reconocimiento de las cualificaciones profesionales de los abogados a efectos de establecimiento inmediato bajo el título profesional del Estado miembro de acogida queda cubierto» por la *Directiva 2005/36/CE* —*Considerando 42*—. De acuerdo con ello, se ha de proceder a analizar las mencionadas Directivas (106).

Por lo que respecta a la *Directiva 77/249/CEE*, esta contempla la obligación para los Estados miembros del reconocimiento inmediato como abogado de quienes ostenten las correspondientes denominaciones jurídicas en su Estado de origen en función del artículo 1.2 —art. 2—. Asimismo, se establece una preeminencia de la normativa del Estado miembro de acogida por lo que respecta al ejercicio de las actividades relativas a la representación y a la defensa de los clientes ante los Tribunales o ante las autoridades públicas y en lo referente a las normas profesionales, si bien se fijan, igualmente, supuestos de excepción —art. 4.1; 2 y 4, *segundo inciso*— (107), en tanto que en el resto de supues-

mamente en este marco por los órganos correspondientes de representación profesional, que garantizan y fomentan la profesionalidad, la calidad del servicio y la confidencialidad de las relaciones con el cliente» —*Considerando 43 DRCP*—.

Vid., con respecto de los notarios, artículos 5 y 6 DROyRN.

(104) Artículo 3.4 LCP. «En el caso de desplazamiento temporal de un profesional de otro Estado miembro de la Unión Europea, se estará a lo dispuesto en la normativa vigente en aplicación del Derecho Comunitario relativa al reconocimiento de cualificaciones».

(105) Ambas Directivas fueron modificadas por el *Anexo II.2 del Acta de Adhesión de 16 de abril 2003*, sin cambio ninguno por lo que respecta a las cuestiones examinadas.

(106) Vid., a este respecto, *sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Cuarta], de 7 de julio de 2011 [Asunto C-101/10]*.

(107) El régimen de incumplimiento de las citadas obligaciones se regirá, asimismo, por las normas y procedimientos del Estado miembro de acogida: «En caso de incumplimiento de las obligaciones en vigor en el Estado miembro de acogida previstas en el artículo 4, la autoridad competente de aquel determinará las consecuencias de dicho incumplimiento

tos —también con excepciones— la preeminencia corresponde a la normativa del Estado miembro de procedencia —art. 4.4, *primer inciso*—. En todo caso, el Estado miembro de acogida goza de la facultad de solicitar a quien prestare los servicios que acredite su condición de abogado —art. 7.1—.

En cuanto a la *Directiva 98/5/CE*, la misma se abstiene de regular situaciones únicamente internas y «no supone ningún menoscabo para las normas nacionales que regulan el acceso a la profesión de abogado y su ejercicio con el título profesional del Estado miembro de acogida» —*Considerando 7*—, siendo su objeto «facilitar el ejercicio permanente de la abogacía, por cuenta propia o ajena, en un Estado miembro distinto de aquel en el que se obtuvo el título profesional» —art. 1.1—. Ahora bien, a los efectos de dicha Directiva, el ejercicio de la abogacía no contempla las prestaciones de servicios reguladas en la *Directiva 77/249/CEE* —art. 1.4—.

Ahora bien, a nuestro juicio, la *Directiva 98/5/CE* presenta una singularidad, que conlleva la necesidad de matizar el ejercicio del derecho a la *libertad de establecimiento* y a la *libre circulación de servicios*. Pues bien, en la medida en que el derecho a la «libertad de establecimiento» supone que los nacionales de un Estado miembro se *asienten* de un modo estable y continuo en otro Estado miembro —arts. 49 a 55 TFUE (108)— y la «libre prestación de servicios» conlleva el *tránsito* entre los Estados miembros —arts. 56 a 62 TFUE— (109), la citada Directiva establece un *tertium genus*, dado que fija un «doble esta-

según sus propias normas de derecho y procedimiento, y, a tal fin, podrá hacer que se le comunique información profesional oportuna sobre quien preste los servicios. Informará a la autoridad competente del Estado miembro de procedencia de toda decisión tomada. Estas comunicaciones no alterarán el carácter confidencial de la información facilitada» —art. 7.2 *Directiva 77/249/CEE*—.

(108) *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de diciembre de 1996 [Asunto C-3/95]:* «El concepto de establecimiento en el sentido de los artículos 52 a 58 del Tratado es muy amplio e implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de modo permanente y continuo, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia (véase la sentencia Gebhard, antes citada, apartado 25)» —apartado 20—.

Vid., asimismo, *sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de noviembre de 1995 [Asunto C-55/94]* —apartados 23, 24, 25, 32 y 33—, y *sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-50/08]* —apartados 68 y 69—.

(109) *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de diciembre de 1996 [Asunto C-3/95]:* «En cambio, las disposiciones del capítulo relativo a los servicios, especialmente el párrafo tercero del artículo 60 del Tratado, prevén que el prestador de un servicio ejerza su actividad con carácter temporal en otro Estado miembro, teniendo en cuenta que el carácter temporal de la prestación no excluye la posibilidad de que el prestador de servicios se provea de cierta infraestructura, como puede ser una oficina, despacho o estudio, en la medida en que dicha infraestructura sea necesaria para realizar la referida prestación (véase la sentencia Gebhard, antes citada, apartados 26 y 27)» —apartado 21—.

Vid., asimismo, *sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de noviembre de 1995 [Asunto C-55/94]* —apartados 26 y 27—.

blecimiento» —art. 1.3— (110), que exige el ejercicio simultáneo en Estados miembros diferentes, lo cual resulta acorde con el criterio de la Doctrina Jurisprudencial establecida por el Tribunal de Justicia, cuya *sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de julio de 1984 [Asunto 107/83]* fijó tal postulado (111).

(110) *Artículo 1.3. Directiva 98/5/CE.* «La presente Directiva se aplica a los abogados que ejerzan, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, en el Estado miembro de origen y, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8, en el Estado miembro de acogida».

(111) *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de julio de 1984 [Asunto 107/83]:*

«17. Procede señalar que, en virtud del párrafo segundo del artículo 52, la libertad de establecimiento comprende el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio “en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales”. De esta disposición y de su contexto se desprende que, a falta de normas comunitarias específicas en la materia, cada Estado miembro tiene libertad para regular el ejercicio de la profesión de Abogado en su territorio.

18. No obstante, esta norma no implica que la legislación de un Estado miembro pueda exigir que un Abogado solo tenga un establecimiento en todo el territorio comunitario. La consecuencia de esta interpretación restrictiva sería, en efecto, que el Abogado, una vez establecido en un Estado miembro determinado, ya no podría acogerse al beneficio de las libertades del Tratado para establecerse en otro Estado miembro más que al precio de abandonar su establecimiento ya existente.

19. La consideración de que la libertad de establecimiento no se limita al derecho de crear un solo establecimiento en el interior de la Comunidad encuentra su confirmación en los propios términos del artículo 52 del Tratado, en virtud del cual la supresión progresiva de las restricciones a la libertad de establecimiento se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. Esta norma debe ser considerada como la expresión específica de un principio general, aplicable también a las profesiones liberales, en virtud del cual el derecho de establecimiento comprende también la facultad de crear y de mantener, siempre que se respeten las normas profesionales, más de un centro de actividad en el territorio de la Comunidad.

20. Sin embargo, habida cuenta de las particularidades de la profesión de Abogado, es preciso reconocerle al Estado miembro de acogida el derecho a exigir a los Abogados inscritos en un Colegio situado en su territorio que, en interés de una buena administración de la justicia, ejerzan sus actividades de tal manera que mantengan un contacto suficiente con sus clientes y con las autoridades judiciales y respeten las normas de deontología. No obstante, tales exigencias no pueden tener por efecto impedir que los nacionales de otros Estados miembros ejerzan efectivamente el derecho de establecimiento que les garantiza el Tratado.

21. A este respecto, es preciso señalar que los actuales medios de transporte y de telecomunicación ofrecen la posibilidad de mantener, de manera adecuada, el contacto con las autoridades judiciales y los clientes. Asimismo, la existencia de un segundo domicilio profesional en otro Estado miembro no constituye un obstáculo a la aplicación de las normas de deontología en el Estado miembro de acogida.

22. Procede por tanto responder a la cuestión planteada que, aun a falta de una Directiva relativa a la coordinación de las disposiciones nacionales sobre el acceso a la profesión de Abogado y el ejercicio de la misma, los artículos 52 y siguientes del Tratado se oponen a que las autoridades competentes de un Estado miembro nieguen a un ciudadano de otro Estado miembro, de conformidad con la legislación nacional y las normas de deontología que estén en vigor en el primero, el derecho a acceder a la profesión de Abogado y de ejercer esta por el solo hecho de mantener simultáneamente un domicilio profesional como Abogado en otro Estado miembro».

Por lo demás, la *Directiva 98/5/CE* establece un régimen común en lo que respecta a las normas profesionales y deontológicas que rijan para los abogados del Estado miembro de acogida —art. 6.1 (112), al tiempo que contempla un régimen de integración en la profesión en el Estado miembro de acogida —*Considerandos 2 y 3 y art. 2, párrafo segundo*—, estableciendo el régimen de equiparación a los abogados del Estado miembro de acogida en cuestión —art. 10— (113).

Pues bien, en este orden de cosas, la normativa nacional no ha contemplado las previsiones comunitarias descritas en la *Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el Acceso a las Profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales* (114), limitándose únicamente a manifestar, en lo referente a la libertad de establecimiento, que «el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado o procurador con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo se regulará por su legislación específica» —*Disposición Adicional Primera*—. Así pues, tomando en cuenta que dicha norma ya se halla en vigor, resulta necesario, en todo caso, que la normativa nacional acoja las disposiciones establecidas por el Derecho Comunitario.

Finalmente, es preciso mencionar la Jurisprudencia comunitaria, la cual establece una preferencia a favor de la competencia o facultad de cada Estado miembro de acogida (115).

(112) *Artículo 6.1. Directiva 98/5/CE*. «Independientemente de la normativa sobre la profesión y las normas deontológicas a las que estén sujetos en su Estado miembro de origen, los abogados que ejerzan con su título profesional de origen quedarán sujetos a las mismas reglas profesionales y deontológicas que rijan para los abogados que ejerzan con el título profesional pertinente del Estado miembro de acogida, con respecto a todas las actividades que ejerzan en el territorio de dicho Estado».

Vid., en relación a esta materia, la *sentencia del Tribunal AELC, de 17 de diciembre de 2010 [Asunto E-5/10]*.

(113) A este respecto, se ha de tener en consideración la *Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un Sistema General de Reconocimiento de los Títulos de Enseñanza Superior que sancionan Formaciones Profesionales de una Duración Mínima de Tres Años —modificada por la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001—*, a cuya regulación se reenvía en determinadas materias —solicitud de reconocimiento de título, cumplimiento de condiciones y requisitos, superación de prueba de aptitud—. Vid., en este sentido, la *sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de noviembre de 1995 [Asunto C-55/94] —apartado 36—*, y *sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 5 de abril de 2011 [Asunto C-424/09] —apartados 26, 35, 36, 41 y 42—*.

(114) La citada Ley entró en vigor el 31 de octubre de 2011 —*Disposición Final Tercera*—, siendo desarrollada por el *Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el Acceso a las Profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales*.

(115) *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de febrero de 2002 [Asunto C-309/99]*: «Por lo que se refiere a los abogados, hay que recordar con carácter previo que, según jurisprudencia reiterada, a falta de normas comunitarias específicas en la materia, cada Estado miembro tiene libertad para regular el ejercicio de la abogacía en su territorio. Por tanto, las

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA O SUMARIA

I. OBRAS GENERALES

- FAIRHURST, John: *Law of the European Union*. Pearson, Essex, 2010.
KACZOROWSKA, Alina: *European Union Law*, Routledge, Oxon, 2011.

II. MONOGRAFÍAS

- CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, José Luis & MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: *Los Colegios Profesionales a la Luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996.
DEL SAZ, Silvia: *Los Colegios Profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
FERNÁNDEZ FARRERES, Germán & CALVO SÁNCHEZ, Luis: *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia*, Civitas, Madrid, 2002.
HATZOPOULOS, Vassilis: *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Bruylant, Bruxelles, 1999.
LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis: *Los Colegios Profesionales como Corporaciones de Derecho Público: Un estudio en clave constitucional*, Nomos, Valencia, 2001.
REQUERO IBÁÑEZ, José Luis: *Los Colegios Profesionales: Administración Corporativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
SÁNCHEZ SAUDINÓS, José Manuel: *Los Colegios Profesionales en el Ordenamiento Constitucional: Colegios Profesionales y Ejercicio de las Profesiones Tituladas en el Derecho Público Español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

III. ARTÍCULOS Y OBRAS COLECTIVAS

- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: «Significado de la calificación registral», en *La calificación registral*, Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 660-673.
BARNARD, Catherine: «Unravelling The Services Directive», en *Common Market Law Review*, vol. 45, The Netherlands, 2008, págs. 323-394.
BLANQUER UBEROS, Roberto: «Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944», en *Nueva Legislación Notarial Comentada*, Tomo I, *Legislación Notarial*, Madrid, 2007, págs. 796-837.
CHICO Y ORTIZ, José María: «Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales», en *La calificación registral*, Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 697-735.
DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: «Sobre el objeto y eficacia de la dación de fe notarial (A propósito del art. 98 de la Ley 24/2001)», en *Revista Española de Derecho Procesal. La Ley*, núm. 10, Madrid, octubre de 2002, págs. 19-26.
DELGADO, Juan: «The Economics of the Services Directive», en *Contratto e Impresa Europa*, vol. 2, Padova, 2007, págs. 959-980.

normas aplicables a esta profesión pueden diferir sustancialmente de un Estado miembro a otro» —apartado 99—. En idéntico sentido, la *sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de julio de 1984 [Asunto 107/83]* —apartado 17— y *sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de diciembre de 1996 [Asunto C-3/95]* —apartado 37—.

- DOMÍNGUEZ MENA, Antonio: «Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944», en *Nueva Legislación Notarial Comentada*, Tomo I, *Legislación Notarial*, Madrid, 2007, págs. 223-250.
- D'ORAZI FLAVONI, Mario: «Sul Contenuto della Prestazione Notariale», en *Il Foro Italiano*. LXXXII, Roma, 1959, págs. 62-154.
- «La Autonomia del Diritto Notariale», en *Studi Vasalli*, 1960, págs. 585-615, y en *Revista Internacional del Notariado*, núm. 49, Buenos Aires, 1961, págs. 69-106.
- «La Responsabilità Civile nell'esercizio del Notariato», en *Scritti Giuridici*, II, Roma, 1965, págs. 929-952.
- ESTEVE PARDO, José: «El concepto de funcionario público en la Ley Orgánica del Notariado de 1862 (Notariado y burocracia en la España del Siglo XIX)», en *Simposio Notarial-83-Junta de Decanos*, Barcelona, 1985, págs. 1063-1130.
- FONT BOIX, Vicente: «El Notariado en los Sistemas de Derecho latino y anglosajón. El Notariado latino en Inglaterra», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXII, vol. II, Madrid, 1980, págs. 57-228.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel: «La calificación registral», en *La calificación registral*, Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 189-225.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Planteamiento sobre la naturaleza y caracteres de la calificación registral», en *La calificación registral*, Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 51-56.
- «La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González. Su vigencia actual», en *La calificación registral*, Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 128-170.
- GONZÁLEZ DE RIVERA, José: «Reglamento notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944», en *Nueva Legislación Notarial comentada*, Tomo I. *Legislación Notarial*, Madrid, 2007, págs. 870-883.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», en *La calificación registral*, Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 483-577.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «Naturaleza de la función registral», en *La calificación registral*, Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 600-607.
- «El Notario y los Registradores», en *La calificación registral*, Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 607-615.
- MANCALEONI, Anna María: «Note sulla Direttiva 2006/123/CE relativa ai Servizi nel Mercato Interno nel Quadro della Tutela del Consumatore», en *Contratto e Impresa Europa*, vol. 2, Padova, 2007, págs. 981-1016.
- MANCALEONI, Stelio: «La liberalización de los servicios en la Unión Europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, Granada, julio-diciembre de 2007, págs. 75-93.
- MIRANDA, Mauro: «Dal Principio del Paese di Origine alla Clausola “Libera Prestazione di Servizi”, l'art. 16 della Direttiva 2006/123/CE. Quali Novità per la Libera Circolazione dei Servizi nel Mercato Interno?», en *Contratto e Impresa Europa*, vol. 2, Padova, 2007, págs. 918-934.
- NASCIMBENE, Bruno: «Il Mercato Unico dei Servizi. Le Eccezioni ai Principi: Interessi Generali e Ordine Pubblico», en *Contratto e Impresa Europa*, vol. 2, Padova, 2007, págs. 861-885.

- PÉREZ SANZ, Antonio: «Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944», en *Nueva Legislación Notarial Comentada*. Tomo I. *Legislación Notarial*, Madrid, 2007, págs. 171-222.
- PRETO, Antonio: «La Direttiva 2006/123/CE: Dal Principio del Paese d'Origine alla Libera Prestazione dei Servizi», en *Contratto e Impresa Europa*, vol. 2, Padova, 2007, págs. 886-917.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo: *Mercado europeo y reformas administrativas: La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Thomson, Cizur Menor, 2009.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado», en *Nueva Legislación Notarial Comentada*. Tomo I. *Legislación Notarial*, Madrid, 2007, págs. 33-168.
- ROMANÍ CALDERÓN, J.: «Carácter de la función calificador: ¿Es de naturaleza judicial o administrativa?», en *La calificación registral*, Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 453-457.
- RUIZ MARTÍNEZ, Francisco: «Algunas consideraciones sobre la calificación registral», en *La calificación registral*. Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 460-483.
- STEPHEN, Frank H.: «Regulation of the Legal Professions or Regulation of Markets for Legal Services: Potential Implications of the *Legal Services Act 2007*», en *European Business Law Review*, vol. 19, The Netherlands, 2008, págs. 1129-1139.
- VAQUERO PINTO, María José: «Los Colegios Profesionales tras la incorporación de la Directiva de Servicios en el Mercado Interior», en *Aranzadi Civil*, núm. 9, Pamplona, 2011, págs. 57-95.
- VIDAL FRANCÉS, Pablo: «La problemática actual en la calificación registral», en *La calificación registral*. Tomo I, Cizur Menor, 2008, págs. 326-343.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

I. TRIBUNAL DE JUSTICIA

- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 21 de junio de 1974 [Asunto 2-74].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de diciembre de 1974 [Asunto 36/74].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de julio de 1984 [Asunto 107/83].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 25 de julio de 1991 [Asunto C-76/90].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de diciembre de 1991 [Asunto C-306/89].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Quinta], de 13 de julio de 1993 [Asunto C-42/93].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de enero de 1994 [Asunto C-364/92].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de noviembre de 1995 [Asunto C-55/94].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de diciembre de 1995 [Asunto C-415/93].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de diciembre de 1996 [Asunto C-3/95].

- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de marzo de 1997 [Asunto C-343/95].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de abril de 2000 [Asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Segunda], de 11 de octubre de 2001 [Asunto C-267/99].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Quinta], de 29 de noviembre de 2001 [Asunto C-221/99].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de febrero de 2002 [Asunto C-309/99].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de septiembre de 2003 [Asunto C-405/01].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de septiembre de 2003 [Asunto C-47/02].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Primera], de 29 de noviembre de 2007 [Asunto C-393/05].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Primera], de 29 de noviembre de 2007 [Asunto C-404/05].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Sexta], de 11 de septiembre de 2008 [Asunto C-447/07].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Cuarta], de 22 de octubre de 2009 [Asunto C-438/08].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Sexta], de 10 de diciembre de 2009 [Asunto C-460/08].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Cuarta], de 17 de marzo de 2011 [Asuntos acumulados C-372/09 y C-373/09].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 29 de marzo de 2011 [Asunto C-565/08].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 5 de abril de 2011 [Asunto C-119/09].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 5 de abril de 2011 [Asunto C-424/09].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-47/08].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-50/08].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-51/08].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-52/08].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-53/08].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-54/08].

- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 24 de mayo de 2011 [Asunto C-61/08].
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Cuarta], de 7 de julio de 2011 [Asunto C-101/10].

II. TRIBUNAL DE LA ASOCIACIÓN EUROPEA DE LIBRE COMERCIO [AELC] - EUROPEAN FREE TRADE AREA COURT [EFTA]

- * Sentencia del Tribunal AELC, de 10 de diciembre de 2010 [Asunto E-8/10].
- * Sentencia del Tribunal AELC, de 10 de diciembre de 2010 [Asunto E-9/10].
- * Sentencia del Tribunal AELC, de 10 de diciembre de 2010 [Asunto E-10/10].
- * Sentencia del Tribunal AELC, de 17 de diciembre de 2010 [Asunto E-5/10].

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- * STC [Pleno] de 22 de julio de 1983, núm. 677/1983 [R. Ar.: RTC 1983/67].
- * STC [Pleno] de 5 de agosto de 1983, núm. 76/1983 [R. Ar.: RTC 1983/76].
- * STC [Sala Primera] de 20 de febrero de 1984, núm. 23/1984 [R. Ar.: RTC 1984/23].
- * STC [Sala Primera] de 15 de julio de 1987, núm. 123/1987 [R. Ar.: RTC 1987/123].
- * STC [Pleno] de 18 de febrero de 1988, núm. 20/1988 [R. Ar.: RTC 1988/20].
- * STC [Pleno] de 11 de mayo de 1989, núm. 87/1989 [R. Ar.: RTC 1989/87].
- * STC [Pleno] de 11 de mayo de 1989, núm. 89/1989 [R. Ar.: RTC 1989/89].
- * STC [Pleno] de 30 de mayo de 1989, núm. 97/1989 [R. Ar.: RTC 1989/97].
- * STC [Sala Segunda] de 19 de julio de 1989, núm. 131/1989 [R. Ar.: RTC 1989/131].
- * STC [Pleno] de 21 de septiembre de 1992, núm. 120/1992 [R. Ar.: RTC 1992/120].
- * STC [Sala Primera] de 8 de febrero de 1993, núm. 35/1993 [R. Ar.: RTC 1993/35].
- * STC [Sala Primera] de 14 de marzo de 1994, núm. 74/1994 [R. Ar.: RTC 1994/74].
- * STC [Pleno] de 1 de octubre de 1998, núm. 194/1998 [R. Ar.: RTC 1998/194].
- * STC [Sala Segunda] de 11 de noviembre de 1999, núm. 207/1999 [R. Ar.: RTC 1999/207].

III. TRIBUNAL SUPREMO

- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 9.^a], de 23 de enero de 1990 [R. Ar.: RJ 1990/10549].

- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 2.^a], de 8 de marzo de 1990 [R. Ar.: RJ 1990/1986].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 4.^a], de 18 de septiembre de 1991 [R. Ar.: RJ 1991/7753]
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 10 de mayo de 2001 [R. Ar.: RJ 2001/4163].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 20 de mayo de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/3491].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 7 de julio de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/3492].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 7 de octubre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5623].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 7 de octubre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5624].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 7 de octubre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5626].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 7 de octubre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5627].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 7 de octubre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5628].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 7 de octubre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5629].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5656].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5933].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5934].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5935].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5936].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5937].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 14 de octubre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5938].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 4 de noviembre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5858].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 4 de noviembre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/5859].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.^a], de 11 de noviembre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/6668].

- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 11 de noviembre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/6896].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 11 de noviembre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/6897].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 11 de noviembre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/6898].
- * STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 6.ª], de 11 de noviembre de 2008 [R. Ar.: RJ 2008/7150].
- * STS [Sala de lo Civil-Sección 1.ª], de 3 de enero de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/426].

IV. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

- * Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 5 de mayo de 1999 [R. Ar.: AC 2000/2818].

V. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- * RDGRN de 16 de diciembre de 1980 [R. Ar.: RJ 1980/4835].
- * RDGRN, de 31 de diciembre de 1981 [R. Ar.: RJ 1981/5444].
- * RDGRN, de 6 de marzo de 1991 [R. Ar.: RJ 1991/2530].
- * RDGRN, de 24 de enero de 1994 [R. Ar.: RJ 1994/242].
- * RDGRN de 16 de enero de 1996 [R. Ar.: RJ 1996/5041].
- * RDGRN, de 21 de febrero de 2005 [R. Ar.: RJ 2005/5364].
- * RDGRN, de 23 de marzo de 2007 [R. Ar.: RJ 2007/1962].
- * RDGRN, de 8 de abril de 2010 [R. Ar.: RJ 2010/2502].
- * RDGRN, de 20 de diciembre de 2010 [R. Ar.: RJ 2011/262].
- * RDGRN, de 3 de mayo de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/3128].
- * RDGRN, de 4 de mayo de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/3129].
- * RDGRN, de 9 de mayo de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/3276].
- * RDGRN, de 25 de mayo de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/4514].
- * RDGRN, de 26 de mayo de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/4515].
- * RDGRN, de 24 de junio de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/4761].
- * RDGRN, de 27 de junio de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/5956].
- * RDGRN, de 14 de julio de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/6114].
- * RDGRN, de 23 de julio de 2011 [R. Ar.: RJ 2011/6413].

RESUMEN

NOTARIOS LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación, aun cuando, de otra parte, establece que las disposiciones referentes al derecho de establecimiento no se aplicarán, de un modo absoluto o categórico, en lo concerniente al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estuvieren relacionadas, aun cuando fuere de un modo ocasional, con el ejercicio del poder público. Por su parte, la Directiva 2006/123/CE establece las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de servicios, si bien la misma no se aplicará a los servicios prestados por notarios, ni a las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública. La citada exclusión es refrendada por la normativa nacional mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, por cuanto exime de su ámbito de aplicación las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios, registradores de la propiedad y mercantiles. Por lo que respecta a los notarios de un modo particular, su exclusión de la mencionada normativa resulta general y absoluta, toda vez que su condición y naturaleza de funcionarios públicos que ejercen la «fe pública notarial» les dota de una especial significación, vinculándoles a un determinado territorio, ya que los mismos carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial. En cuanto a los registradores y su actividad, estos son calificados también como funcionarios públicos para todos los efectos legales, siendo su «función pública

ABSTRACT

NOTARIES LIBERALIZATION OF SERVICES

The Treaty on the Functioning of the European Union prohibits restrictions on the free rendering of services within the EU for Member State nationals established in a Member State that is not the service recipient's state. Even so, the treaty goes on to establish that provisions referring to the right of establishment will not be applied absolutely or categorically, as regards the Member State concerned, to activities that are related, even if only occasionally, with the exercise of official authority in that Member State. Directive 2006/123/EC, in its turn, establishes the general provisions necessary to facilitate the exercise of freedom of establishment by service renderers and free circulation of services, although the directive does not apply to services rendered by notaries or activities linked with the exercise of public authority. This exclusion is endorsed by domestic legislation in Spanish Act 17/2009 of 23 November, which does not apply to activities involving the exercise of public authority (particularly the activities of notaries, land registrars and business registrars). The exclusion of notaries is general and absolute, because their capacity and nature as public functionaries who hold the power to attest documents vests them with special significance, binding them to a given territory, since notaries do not have the power to attest documents outside their home notarial district. Registrars and their activity are also classified as public functionaries to all legal effects, whereas their public function as scrutineers of document validity is an activity linked with the exercise of public authority and consequently is also excluded generally and absolutely from laws on the liberalization of services. Lastly, attention ought to be devoted to the particular facts

calificadora» una actividad vinculada al ejercicio de la autoridad pública y, consiguientemente, excluida, asimismo de un modo general y absoluto, de la normativa de liberalización de servicios. Finalmente, se ha de atender a la realidad particular de las cualificaciones profesionales y de los Colegios de Profesionales, cuyo requisito de colegiación obligatoria habría de ser diferenciado en función de que se tratase de la libre prestación de servicios o bien de la libertad de establecimiento.

involved in professional qualifications and Spanish professional associations, whose mandatory membership requirement must differentiate between cases concerning the free rendering of services and cases concerning freedom of establishment.

(Trabajo recibido el 14-12-2011 y aceptado para su publicación el 1-2-2010)

El derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*

por

LAURA ZUMAQUERO GIL
Doctora en Derecho
Universidad de Málaga

SUMARIO

- I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.
- II. EL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *MORTIS CAUSA* Y SU DISTINCIÓN RESPECTO DE LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*.
- III. LA ADMISIBILIDAD DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*:
 1. DOCTRINA CONTRARIA A LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*.
 2. DOCTRINA PARTIDARIA DE LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*. CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL INSTITUTO:
 - 2.1. *Posibles vías de admisión*:
 - a) La vía legal como modo de extensión del derecho de acrecer a los negocios *inter vivos*.
 - b) El principio de autonomía de la voluntad como fundamento del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*.
 - 2.2. *Diferencias en torno a su operatividad en atención al momento de producción de la vacante*:
 - a) Acrecimiento anterior a la adquisición.
 - b) Acrecimiento posterior a la adquisición.
 3. ANÁLISIS DE ALGUNOS SUPUESTOS DE INCREMENTACIÓN QUE TIENEN LUGAR EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*:
 - 3.1. *El derecho de acrecer en caso de renuncia de uno de los comuneros*.
 - 3.2. *El derecho de acrecer en la renta vitalicia*.

3.3. *La cláusula de acrecimiento entre coadquirentes. El caso de la compra-venta con pacto de supervivencia.*

4. ESPECIAL REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE ACRECIMIENTO *EX LEGE*:

4.1. *El derecho de acrecer entre cousesufructuarios.*

4.2. *El derecho de acrecer en las donaciones hechas a varias personas conjuntamente:*

a) El derecho de acrecer en caso de vacante previa a la adquisición.

b) El derecho de acrecer en caso de vacante posterior a la adquisición.

4.3. *El supuesto especial de las donaciones por razón de matrimonio.*

IV. CONCLUSIONES.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Señala LACRUZ, al intentar definir las distintas clases de sucesión, que la diferencia esencial entre la sucesión *inter vivos* y la sucesión *mortis causa* consiste en que mientras en esta el fenómeno sucesorio gravita más sobre el sucesor que sobre la persona del precedente titular, dirigiéndose la transmisión no ya a disolver una relación sujeto-objeto a fin de operar el subingresso de otro sujeto, sino a garantizar sin más a otro sujeto el subentrar en una relación precedente ya disuelta; en aquella, los dos momentos en que conceptualmente puede escindirse la transferencia, refiriéndose el autor a la dimisión del derecho por el titular y su adhesión a un nuevo sujeto, forman una unidad jurídica que surge conjuntamente al ejercitarse la facultad de disposición (1). A pesar de las diferencias estructurales existentes entre ambas clases de sucesión, la doctrina se plantea la posibilidad de que el derecho de acrecer opere también en los negocios *inter vivos*, con carácter general, o, en su caso, respecto a determinados negocios que por su naturaleza resulten compatibles con la configuración técnico-jurídica del instituto.

La doctrina, por regla general, conocedora de que el fenómeno del acrecimiento tiene su sede natural en el Derecho de sucesiones, como consecuencia de los principios sucesorios que regían en el Derecho romano (2), se ha limitado a negar su operatividad en la sucesión *inter vivos*. No obstante, algunos autores se han pronunciado en un sentido favorable a su admisibilidad, al considerar que es posible que se realice el efecto del acrecimiento mediante acuerdo expreso de las partes o por mandato legal, puesto que nuestro Código Civil únicamente

(1) *Derecho de Sucesiones (parte general)*, Barcelona, 1961, págs. 9 y 10.

(2) Concretamente, el principio de universalidad de la institución de heredero y el principio de incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada.

hace referencia a dicho fenómeno en la donación (3) y en el usufructo (4), no pudiendo hablarse de un acrecimiento *ex lege* generalizado en sede de negocios *inter vivos*.

En una primera aproximación al estudio de este fenómeno jurídico, parece razonable pensar que no es sino a través de la posibilidad o imposibilidad de extrapolar al fenómeno de incrementación que tiene lugar en los negocios *inter vivos* la ratio de esta figura, así como los presupuestos establecidos por el Código para el derecho de acrecer en la sucesión *mortis causa*, lo que nos permitirá llegar a una conclusión acertada sobre la operatividad del derecho de acrecer en esta clase de sucesión.

Si partimos de la conceptualización del derecho de acrecer en los negocios *mortis causa* como aquel aumento que experimenta la porción del coheredero llamado solidariamente con otros a una misma herencia o porción de ella, para el caso de que alguno de los llamados no llegue a suceder, podemos señalar como presupuestos esenciales para la operatividad del derecho de acrecer: la existencia de una pluralidad de sujetos, la solidaridad en el llamamiento y la necesidad de que exista una vacante previa a la adquisición por todos y cada uno de los llamados. La cuestión se complica cuando tratamos de extrapolar estos presupuestos al fenómeno de expansión que tiene lugar en los negocios *inter vivos*. Las claras diferencias estructurales existentes entre la sucesión *inter vivos* y la sucesión *mortis causa* llevan a priori a considerar inadmisibile en términos generales el derecho de acrecer en esta clase de sucesión. De hecho, nuestro legislador no ha establecido una regulación propia del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, sino que se ha limitado a prever un efecto de incrementación en negocios jurídicos concretos, tal y como más adelante expondremos. Por otra parte, la dificultad de aportar una teoría unitaria al respecto, puesto que son diversos y de muy diferente naturaleza los negocios *inter vivos* sobre los que se puede producir el efecto de expansión, complica aún más la búsqueda de respuestas en torno a la admisibilidad del derecho de acrecer en esta clase de negocios. Todo ello nos hace reflexionar acerca de la necesidad de un estudio pormenorizado de las diferentes hipótesis de acrecimiento o incrementación que tienen lugar en la sucesión *inter vivos* como mecanismo que nos permita llegar a una conclusión acertada sobre la admisibilidad o no de este fenómeno jurídico, ya que de querer construir una teoría unitaria sobre el derecho de acrecer se corre el riesgo de elaborar una tesis que realmente no recoja supuestos de acrecimiento, sino meros casos de incrementación que nada tengan que ver con el derecho de acrecer en sentido técnico.

Sobre todas estas cuestiones nos referiremos a lo largo de este trabajo, a través del cual intentaremos desentrañar la esencia de esta figura y su posible

(3) Artículo 637 del Código Civil.

(4) Artículo 521 del Código Civil.

extrapolación a los negocios *inter vivos*. En este sentido, comenzaremos nuestro estudio realizando algunas reflexiones sobre los inconvenientes de construir una teoría del acrecimiento en los negocios *inter vivos*. Seguidamente, procederemos a analizar algunos supuestos de incrementación que tienen lugar en los negocios *inter vivos*, con la finalidad de determinar la naturaleza jurídica de estos negocios y su relación con el acrecimiento sucesorio.

II. EL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *MORTIS CAUSA* Y SU DISTINCIÓN RESPECTO DE LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo sobre el mecanismo de funcionamiento del derecho de acrecer en los negocios *mortis causa*, vamos a referirnos a aquellos aspectos que son propios de este fenómeno jurídico y que, a nuestro juicio, deben ser tenidos en cuenta a la hora de iniciar cualquier estudio sobre la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*.

La doctrina más moderna define el derecho de acrecer en los negocios *mortis causa* como aquel efecto de incrementación que se produce como consecuencia del llamamiento solidario de una pluralidad de sujetos a una misma herencia o porción de ella, y por el que cada uno de los llamados adquiere, en caso de vacante, el todo o una cuota superior a la que resultaría del concurso entre los llamados, si todos aceptasen (5). Este efecto tiene su fundamento en la voluntad del testador, de manera que la ley presume que de haber conocido este la existencia de la vacante, su voluntad habría sido la de acrecer al resto de llamados antes que proceder a la apertura de la sucesión abintestato (6). Partien-

(5) RICCI, F., *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, vol. III, *Delle Successioni*, Torino, 1886, pág. 558; DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, F. C., *Instituciones de Derecho Civil Español*, tomo III, Madrid, 1932, págs. 408 y 409; NICOLÒ, R., *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, 1934, pág. 214; BARASSI, L., *Le Successioni per causa di morte*, Milano, 1944, págs. 418 y 421; CARNEVALE, V., «La fattispecie costitutiva del diritto di accrescimento», en *Diritto e giurisprudenza*, 1954, pág. 161; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer (negocios inter vivos y mortis causa)*, Madrid, 1956, págs. 58, 67 y 72; CARIOTA-FERRARA, L., *Le Successioni per causa di morte*, vol. I, *parte general*, Napoli, 1962, pág. 98; GONZÁLEZ PALOMINO, J., «El acrecimiento en la mejora», en *Estudios de arte menor*, vol. II, Pamplona, 1964, págs. 240 y 242; DE CUPIS, A., *Istituzione di Diritto Privato*, Milano, 1983, pág. 587; BOSCH CAPDEVILA, E., *L'accreixement en el dret successori català*, 7, Barcelona, 2002, pág. 81.

(6) Son seguidores de la tesis subjetiva o tradicional: LACAL, P., «El derecho de acrecer entre herederos forzosos», en *RCDI*, 1931, pág. 261; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 61 y 63; OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión testada*, Madrid, 1957, pág. 323; BONET CORREA, J., *Compendio de Derecho Civil*, tomo V, Madrid, 1965, pág. 202; ALBALADEJO, M., «La delación solidaria», en *RJC*, 1975, págs. 450-452.

Por su parte, de las sentencias del Tribunal Supremo se extrae que la teoría subjetiva es la que mejor explica el fundamento del derecho de acrecer. En esta línea, la STS de 27 de noviembre de 1905, *Jurisprudencia Civil*, tomo 112, Madrid, 1921, pág. 703; STS

do de la configuración técnico-jurídica del derecho de acrecer como un efecto de la vocación solidaria, se pueden encontrar ciertas dificultades a la hora de adaptar los presupuestos del derecho de acrecer en materia hereditaria al fenómeno de expansión que se produce en determinadas situaciones de cotitularidad que tienen lugar en la sucesión *inter vivos*. En relación al primer presupuesto necesario para la operatividad del derecho de acrecer, es decir, la existencia de un llamamiento plural, es evidente que aunque esta situación de pluralidad de sujetos, titulares de un mismo objeto, puede tener lugar en los negocios *inter vivos*, sin embargo, este llamamiento plural opera en el derecho de acrecer de un modo diferente a las situaciones de comunidad que pueden tener lugar en la sucesión *inter vivos*. No se puede afirmar que la pluralidad de sujetos a que hace referencia el Código deba ser entendida en el sentido de cotitularidad simple. La comunidad supone, en todo caso, la adquisición del derecho en comunión, lo cual no sucede en el derecho de acrecer, en el que existe un efecto de incrementación fruto del llamamiento *ab initio* de todos al todo.

El segundo presupuesto para la operatividad del derecho de acrecer es el llamamiento solidario, entendido como el llamamiento al entero, de manera que si no se produce la adquisición por parte de alguno de los llamados, el resto acrecerá automáticamente su porción, quedando únicamente limitado su derecho a una parte por efecto del concurso. La solidaridad en el llamamiento crea una expectativa entre los llamados a recibir el todo en caso de vacante, produciéndose, en su caso, la adquisición de manera automática. Partiendo de esta premisa, resulta complicado encajar en los negocios *inter vivos* este segundo presupuesto, puesto que propiamente no se produce en esta clase de negocios un llamamiento solidario, tal y como se entiende para el derecho de acrecer sucesorio. Imaginemos un contrato de compraventa en el que el vendedor acuerda con los compradores que en caso de no querer adquirir finalmente alguno de ellos su parte en la compra, dicha parte acrezca al resto, quienes deberán pagar un precio mayor al que inicialmente les correspondía. Realmente, parece difícil entender que dicho efecto convencional sea fruto de una vocación solidaria, puesto que, en caso de que alguno de los sujetos decida no prestar su consentimiento, simplemente dicho sujeto no habrá quedado vinculado contractualmente y, por tanto, no se habrá perfeccionado el contrato con respecto a su persona. Ello sucederá en los casos de caducidad de la oferta porque haya transcurrido el tiempo que el oferente ha fijado en la declaración de oferta para la aceptación, o, también, en los supuestos de rechazo de la oferta, produciéndose la pérdida

de 13 de noviembre de 1914, *Jurisprudencia Civil*, tomo 131, Madrid, 1915, págs. 688 y 689; STS de 5 de junio de 1917, *Alcubilla*, 1917, pág. 684; STS de 2 de marzo de 1926, *Jurisprudencia Civil*, tomo 170, Madrid, 1928, págs. 16-27; STS de 6 de marzo de 1944 [RJ 1944/303]; STS de 6 de noviembre de 1962 [RJ 1962/4192]; STS de 8 de mayo de 1979 [RJ 1979/1762].

de eficacia de la misma mediante el disentimiento del destinatario de la oferta respecto de ella (7).

Mayores dificultades, si cabe, plantea extrapolar a los negocios *inter vivos* el tercer presupuesto contemplado por el Código. Nos referimos a la vacante de cuota o porción. Se entiende por vacante, a los efectos del derecho de acrecer, la situación que se produce cuando alguno de los llamados no puede o no quiere aceptar su parte en la herencia. Si extrapolamos este requisito a los negocios *inter vivos* no podría más que tratarse de una imposibilidad de aceptación o de un rechazo de la oferta por la otra parte contratante, lo que finalmente impediría el perfeccionamiento del contrato. Si uno de los adquirentes no acepta, no parece que pueda hablarse de vacante en el sentido utilizado por el Código, ya que esa parte seguirá siendo de titularidad del disponente, creándose entonces, en su caso, una situación de cotitularidad entre vendedor y compradores. Hay que tener en cuenta que, según el artículo 1258 del Código Civil, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y este supone la concurrencia de la oferta y la aceptación. Ello quiere decir que mientras no tengan lugar ambos momentos el acto no surge a la vida jurídica, y la titularidad sigue perteneciendo al transmitente (8). De este modo, tal y como afirma BELTRÁN DE HEREDIA en los actos *inter vivos* no puede darse una verdadera y propia vacante de cuota, ya que «*si no acepta no produce vacante porque esta queda en poder del disponente, y si acepta, no puede decirse que exista vacante en sentido técnico, ya que su cuota pasa a los herederos*» (9).

(7) Sobre esta cuestión, vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Introducción, Teoría del Contrato*, vol. 1, Madrid, 2007, pág. 341.

(8) Sobre esta cuestión, vid. los trabajos de MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentarios al artículo 1258 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1907, pág. 618; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Sobre la perfección de los contratos y el Código Civil», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, págs. 395-422; ROCA GUILLAMÓN, J., «Comentario al artículo 1258», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART), tomo XII, vol. 1-A, Madrid, 1993, págs. 420-437; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M., *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, Madrid, 2003, págs. 49 y 57.

(9) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 167. En este sentido, SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, Milano, 1951, pág. 11; GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., pág. 205; *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 167. En esta línea se ha pronunciado también PALMIERI, aunque respecto del contrato de donación. PALMIERI pone como ejemplo el supuesto en el cual Mevio dona un fundo a Tizio y a Caio. Señala este autor que, en caso de que Tizio sea incapaz en el momento en el cual es hecha la oferta, no podemos absolutamente concebir que la parte de Tizio no aceptada pueda por derecho de acrecer pertenecer a Caio. La cuota de Tizio no puede entenderse vacante cuando el dominio no le ha sido transferido, como en todos los contratos que tienen por objeto derechos reales. Es necesario el consentimiento de ambos contratantes y, por tanto, la declaración de aceptación para el perfeccionamiento del acto; «*Il diritto di accrescimento nelle donazioni*», en *Rivista di diritto civile*, Milano, 1928, págs. 14 y 15.

Con objeto de salvar el obstáculo que supone hablar de vacante en los negocios *inter vivos*, algunos autores han utilizado la expresión «cuota fallida», en lugar de vacante, e incluso han hablado de vacante en la aceptación y no en la sucesión, para evitar la afirmación de que esta, si se tratara de un negocio *inter vivos*, no se produciría (10). Sin embargo, es claro que, ya se denomine «cuota fallida» o «vacante» a esta falta de adquisición, esta situación no resulta en ningún caso asimilable a aquella que prevé nuestro Código Civil en materia de acrecimiento. Por otra parte, si intentamos aplicar a cualquier negocio *inter vivos* los supuestos de vacante aplicables al derecho de acrecer sucesorio, comprobamos que más que dar lugar al derecho de acrecer, lo que produce son situaciones de nulidad, anulabilidad o incluso de reversión en el derecho, lo que complica aún más la identificación de este efecto con el derecho de acrecer.

Algunos autores, en su afán de defender la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, han admitido incluso su operatividad cuando la vacante se ha producido con posterioridad a la aceptación por cada uno de los sujetos. Lo cierto es que nuestro Código no responde claramente a esta cuestión o, al menos, no lo hace en un sentido favorable. El Código se refiere, al regular el derecho de acrecer, a supuestos de vacancia que propiamente van a tener lugar de forma previa a la adquisición por todos y cada uno de los llamados, de lo que se deduce la imposibilidad de hablar de un acrecimiento posterior a la adquisición, salvo que existiera una previsión legal al respecto. Así, si los sujetos han adquirido su parte, ya no puede decirse que técnicamente se haya producido una vacante. Por tanto, el derecho de acrecer propiamente dicho, actúa en vistas de una comunidad en formación, es decir, en los casos en que un derecho deferido no llegue a ser adquirido (11).

Por otra parte, tampoco los efectos del derecho de acrecer son asimilables, en todo caso, a los supuestos de expansión que tienen lugar en la sucesión *inter vivos*. De hecho, si pensamos en el caso de la accesión como el fenómeno que comporta modificaciones en la composición de las cosas, y que supone una ampliación de la base objetiva del propio derecho mediante una unión a la cosa de manera inseparable, podemos llegar a la conclusión de que no existe una correspondencia exacta entre ventaja patrimonial y derecho de acrecer, de manera que no toda ventaja patrimonial supone un acrecimiento en sentido propio (12).

(10) En este sentido, GÓMEZ CORRALIZA, B., «Admisibilidad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* incluidos los onerosos», en *RDP*, 1999, págs. 830 y 832.

(11) ROCA SASTRE, R. M., «El llamado derecho de acrecer. Sus aplicaciones en el Derecho Sucesorio y fuera de él», en *Estudios de Derecho Privado*, tomo II, Madrid, 1948, pág. 251.

(12) Sobre el concepto de accesión, vid. MUCIUS SCAEVOLA, Q., «Comentario al artículo 353 del Código Civil», en *Código Civil*, Madrid, 1949, págs. 524-532; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil*, tomo 2, Barcelona, 1966, pág. 227; BONET BONET, F. V., «Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho positivo», en *RGLJ*, 1971, pág. 103; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentario al artículo 353 del Código Civil», en *Comenta-*

Sí podemos quizá encontrar una cierta correspondencia en relación a la finalidad que se persigue con la aplicación de esta figura en los negocios *inter vivos*, ya que esta no puede ser otra que la voluntad del disponente de cambiar la trayectoria de determinados bienes, vía expansión automática de la cuota vacante al resto de los sujetos llamados solidariamente a un mismo objeto o derecho.

No cabe duda que estos problemas de adaptación del derecho de acrecer sucesorio a los negocios *inter vivos* tienen su origen en la distinta función y estructura de los actos *inter vivos* y *mortis causa*, diferencias que, tal y como a continuación pondremos de manifiesto, complican enormemente la extensión del fenómeno acrecitivo a esta clase de negocios.

III. LA ADMISIBILIDAD DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*

Aunque es claro para un sector de la doctrina científica que la operatividad del derecho de acrecer no puede ser negada de manera rotunda en los negocios *inter vivos*, puesto que nuestro Código Civil recoge este fenómeno en el usufructo y en la donación conjunta entre cónyuges (13), sin embargo, no resulta tan clara la cuestión, al menos desde una perspectiva general, con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad. A pesar de que la doctrina no es unánime a la hora de ofrecer respuesta a esta cuestión, existiendo opiniones contradictorias, no son pocos los autores que consideran admisible la operatividad del derecho de acrecer con fundamento en el citado principio. Vamos a proceder, por tanto, a analizar todos y cada uno de los argumentos que la

rios al Código Civil español, tomo III, Madrid, 1976, págs. 238-241; ALONSO PÉREZ, M., «Comentario al artículo 353 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), tomo V, vol. 1.º, 1980, págs. 192-200; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 2.º, vol. 1.º, Madrid, 1992, págs. 347-349; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, Madrid, 1995, págs. 241-248; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 2001, págs. 219-221.

(13) Se planteaba la doctrina italiana, vigente el Código Civil de 1865, si el derecho de acrecer podía tener lugar en los negocios *inter vivos*. Al no existir referencia alguna al derecho de acrecer en esta clase de negocios, ni tampoco precepto que contemplase este fenómeno en negocios jurídicos concretos, la doctrina mayoritaria se limitaba a negar la operatividad del derecho de acrecer. No fue sino a partir de la regulación que sobre esta materia se introdujo en el nuevo Código Civil italiano de 1942, cuando se produjo un cambio en la línea de pensamiento, hasta el momento mayoritaria, en el sentido de admitir la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, si bien no de manera generalizada, al menos en determinadas situaciones de cotitularidad. Este cambio de orientación trae causa en la nueva regulación que el Código Civil italiano realiza del derecho de acrecer, al reconocer este fenómeno en las donaciones y en la renta vitalicia.

doctrina científica arguye a favor y en contra de la operatividad de esta figura, con objeto de poder ofrecer respuestas a esta concreta cuestión.

1. DOCTRINA CONTRARIA A LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*

Los autores que niegan la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* se apoyan, principalmente, en la estrecha conexión que el derecho de acrecer presenta con los negocios *mortis causa*, desde su origen en el Derecho romano, hasta tal punto que de las fuentes romanas no puede extraerse argumento alguno a favor de la operatividad del derecho de acrecer en esta clase de sucesión (14). Pero no solo se apoyan estos autores en los antecedentes históricos para negar de manera generalizada la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, sino también en la falta de previsión legislativa que existe sobre esta cuestión. Para estos autores esta falta de previsión tiene su razón de ser en la imposibilidad de construir una teoría del derecho de acrecer aplicable a los negocios *inter vivos*, por resultar contraria a su naturaleza, teniendo en cuenta las diferencias estructurales, a las que ya nos hemos referido previamente, y que existen entre una clase de sucesión y otra (15). Para ROCA SASTRE es evidente que «*el derecho de acrecer, propia-*

(14) En este sentido, ROCA SASTRE, R. M., *El llamado derecho de acrecer...*, cit., págs. 251; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 166; PALMIERI, L., *Il diritto di accrescimento...*, cit., pág. 11. En un sentido opuesto, algunos autores parecen encontrar excepciones a la operatividad del acrecimiento. Al respecto, afirma SENIN que aunque debe insistirse en la idea de que el derecho de acrecer es un instituto que aparece unido desde su origen a la sucesión *mortis causa*, siendo este un principio comúnmente admitido por la doctrina, sin embargo, debe admitirse como excepción aquella introducida por Constantino en materia de donaciones *inter vivos*, cuando esta había sido realizada por el emperador a varias personas, ya que en este caso existía a favor de cualquiera de ellas un derecho de acrecer recíproco para el supuesto de que uno de los donatarios premuriese sin dejar descendencia; *Il diritto di accrescimento contrattuale*, cit., págs. 205 y 206. A este supuesto añade ROBBE el caso del siervo en copropiedad. Afirma este autor que en los casos en que existía una situación de comunidad sobre un esclavo y este era manumitido por un único condómino, el manumitente perdía su propiedad sobre el esclavo, pero el esclavo no quedaba liberado ni totalmente, ni parcialmente, sino que la cuota del condominio que había liberado al esclavo acrecía automáticamente al resto, en proporción a sus cuotas. Este supuesto demuestra para ROBBE, sin lugar a dudas, la operatividad del derecho de acrecer en la sucesión *inter vivos*. No obstante, no nos parece que sea este un argumento decisivo para poder afirmar el reconocimiento generalizado de la operatividad de la institución en los negocios *inter vivos*. De hecho, a lo largo del Derecho intermedio, persiste la idea generalizada de que el derecho de acrecer es una institución extraña al campo de los negocios *inter vivos* y, especialmente, a los contratos onerosos; *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel Diritto Romano Classico*, Milano, 1953, págs. 78-81.

(15) En este sentido, PALMIERI, L., *Il diritto di accrescimento...*, cit., págs. 25 y 42.

mente dicho, no puede operar fuera del ámbito sucesorio, puesto que es en él donde precisamente puede hablarse de delaciones, vocaciones o llamamientos, terminología que se encuentra directamente conectada con la figura del derecho de acrecer» (16). Para este autor, a pesar de que puedan existir en los negocios *inter vivos* incrementaciones a favor del resto de sujetos cotitulares de asignaciones de bienes, sin embargo, no siempre puede hablarse de derecho de acrecer en sentido técnico (17). ROCA SASTRE pone como ejemplo de incrementaciones que tienen lugar en los negocios *inter vivos* el caso de la renuncia de uno de los comuneros a su cuota o el caso del usufructo conjunto (18). De esta opinión es BELTRÁN DE HEREDIA, para quien a pesar de la similitud de este fenómeno en ambas clases de sucesión, sin embargo, no es posible admitir el derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, al menos con carácter general, debido al derecho positivo y a la realidad jurídica, que establece grandes diferencias estructurales y funcionales entre ambas clases de sucesión, lo que impide extrapolar los presupuestos del derecho de acrecer sucesorio a los negocios *inter vivos* (19). Para defender su tesis este autor da el siguiente argumento: «Piénsese, sobre todo, en los actos a título oneroso, en los cuales a la prestación de una de las partes debe corresponder la contraprestación de la otra. Si un sujeto dispone a título oneroso frente a otros varios conjuntamente, será necesaria la aceptación de todos estos para que surja el negocio, y si uno no acepta, este no surge si su aceptación es esencial para la perfección del mismo, o bien surge por partes con respecto a los que aceptan, o, por último se constituye por la totalidad, pero debiendo aumentar la contraprestación los que aceptan para cubrir al que no acepta, no verificándose en ningún caso el derecho de acrecer, como fácilmente se comprende» (20).

Por otra parte, señalan los detractores del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* que al traer causa el acrecimiento en el venir a menos del adquirente, ya sea tras la adquisición por la renuncia al derecho ya adquirido, ya sea previamente por la falta de aceptación, estas situaciones no pueden dar lugar a una incrementación del derecho o del objeto por derecho de acrecer en sentido propio, ya que incluso ni tan siquiera puede hablarse en estos casos de vacante propiamente dicha (21). Estos concretos problemas de aplicación son los que han llevado a un sector de la doctrina al rechazo en términos generales de la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*.

(16) *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 251.

(17) *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 251.

(18) *El llamado derecho de acrecer...*, cit., págs. 251 y 252.

(19) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 166.

(20) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 168.

(21) SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento...*, cit., pág. 11; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 167.

2. DOCTRINA PARTIDARIA DE LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*

Los autores partidarios de la operatividad del derecho de acrecer en la sucesión *inter vivos* fundamentan su tesis en la necesidad de entender que las diferencias estructurales existentes entre ambas clases de sucesión no son un obstáculo irremontable que impida la actuación de este fenómeno, al permanecer inalterable no solo su estructura, sino también su función y sus efectos (22). Añaden estos autores como un argumento más a favor del derecho de acrecer, la expresa mención que realiza nuestro Código Civil sobre esta figura, al reconocer su operatividad en el supuesto de donación conjunta entre cónyuges y en el usufructo. En este sentido, consideran que el Código parece reafirmar la tesis favorable al acrecimiento, estableciendo una estrecha analogía entre el acrecimiento hereditario y el acrecimiento en los negocios *inter vivos*.

Para GÓMEZ CORRALIZA, defensor de esta tesis, no se plantean problemas en relación a la aplicación de los presupuestos del derecho de acrecer, ni tan siquiera en relación al problema tantas veces apuntado por los detractores de esta tesis acerca de la inexistencia de una cuota vacante que requiera la búsqueda de un destino. En este sentido, señala GÓMEZ CORRALIZA que al ser la vacante en la aceptación, y no en la sucesión, no parece que existan razones estructurales que impidan el acrecimiento, al poder tener lugar en ambas clases de negocios (23).

No obstante, siguen existiendo discrepancias entre los propios autores en cuanto a la extensión de esta figura de una manera generalizada a toda clase de negocios *inter vivos*. Los autores partidarios de dicha extensión ven en el principio de libertad contractual, tal y como a continuación expondremos, el único modo de admitir de una manera generalizada, con la regulación actual, el derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*.

(22) BUTERA, A., *Il patto di accrescimento nelle donazioni*, Giurisprudenza civile e commerciale, 1927, págs. 1098 y 1099; CHOL, J., *La clause d'accroissement entre coacquéreurs d'immeuble*, Lyon, 1933, pág. 7; SENIN, A., *Il diritto di accrescimento contrattuale*, cit., págs. 229; GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 47, 210 y 228; LUCINI CASALES, A., «El derecho de acrecer en los negocios jurídicos *inter vivos*», en *Estudios en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, tomo II, 1976, págs. 239 y 240; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las Comunidades», en *RCDI*, 1979, pág. 4; GÓMEZ CORRALIZA, B., *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 835-860; CAPOZZI, G., «Il diritto di accrescimento», en *Successioni e donazioni*, tomo II, Milano, 2002, pág. 536; BOSCH CAPDEVILA, E., «El concepto de derecho de acrecer», en *Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo*, Murcia, 2004, págs. 676-679.

(23) *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 830 y 832.

2.1. Posibles vías de admisión

La doctrina partidaria de la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* hace referencia, como mecanismos que permiten la operatividad de este fenómeno jurídico en la sucesión *inter vivos*: la regulación legal del instituto y el principio de autonomía de la voluntad.

a) La vía legal como modo de extensión del derecho de acrecer a los negocios *inter vivos*

Uno de los argumentos que propone la doctrina a favor de la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* es la previsión por parte de nuestro legislador del derecho de acrecer en esta clase de negocios, a través de su regulación en materia de donaciones y usufructo (24). Establece el artículo 521 del Código Civil, en materia de usufructo, que: «*El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere*». Para este sector doctrinal nuestro legislador ha regulado, a través de este precepto, un caso claro de acrecimiento, al optar por la no extinción del usufructo hasta la muerte del último usufructuario, en lugar de establecer la consolidación de dicha parte con la nuda propiedad.

En materia de donaciones, la doctrina hace referencia al artículo 637 del Código Civil, como supuesto de derecho de acrecer, refiriéndose al caso de la donación hecha a varios conjuntamente. Señala el precepto que: «*Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiera dispuesto otra cosa*». Continúa el precepto señalando que: «*Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario*». A juicio de estos autores, el legislador establece como regla general en la donación la inoperatividad del derecho de acrecer, salvo voluntad contraria del donante. Ya en el segundo párrafo se establece, como excepción, su operatividad para las donaciones hechas conjuntamente a los cónyuges. A estos supuestos nos referiremos más detenidamente al estudiar los posibles casos de acrecimiento en los negocios *inter vivos*.

(24) En el Derecho italiano ha sido la previsión legal de este fenómeno jurídico en determinados negocios *inter vivos* lo que ha llevado a gran parte de la doctrina a acabar admitiendo la operatividad del derecho de acrecer en esta clase de negocios. Su regulación en materia de donaciones y de renta vitalicia ha sido el argumento principal apuntado por sus partidarios (arts. 773.2 y 1874).

b) El principio de autonomía de la voluntad como fundamento del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*

La doctrina partidaria del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* ha querido ver en el principio de autonomía de la voluntad la única vía posible para admitir de manera generalizada la operatividad del derecho de acrecer en esta clase de negocios. Teniendo en cuenta, tal y como señala GALGANO, que la autonomía contractual significa, en sentido positivo, que las partes pueden, entre otras cosas, determinar, dentro de los límites impuestos por la ley, el contenido del contrato (25), los partidarios del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* no ven problema alguno en admitir este fenómeno con fundamento en el citado principio (26). Para GÓMEZ CORRALIZA: «*si partimos de la afirmación de que el derecho de acrecer tiene como justificación última el asegurar una determinada trayectoria a los bienes hereditarios, esta misma finalidad puede encontrarse en los negocios inter vivos a través del principio de autonomía de la voluntad, por lo que no debe entenderse que las razones históricas o las diferencias estructurales entre ambas clases de sucesión supongan un obstáculo irremontable como para afirmar la exclusividad sucesoria del derecho de acrecer y negar que este instituto pueda ser trasplantado por vía convencional al ámbito de los negocios inter vivos*» (27).

Los autores partidarios del derecho de acrecer convencional han distinguido a los efectos de admitir la operatividad de este fenómeno, los negocios a título gratuito, de los negocios a título oneroso, pronunciándose unánimemente a favor de su admisión en los negocios a título gratuito, dada su naturaleza asimilable a la sucesión *mortis causa*. Complicada se plantea la cuestión en los negocios a título oneroso. La propia naturaleza de esta clase de negocios parece impedir su operatividad, planteándose problemas de incompatibilidad, puesto que tratándose de negocios jurídicos bilaterales, en los que la prestación de una parte se corresponde con la contraprestación de otra, el negocio no queda perfeccionado hasta que no se produzca la aceptación de la oferta realizada por una de las partes. De este modo, si son varios los que deben aceptar y uno de ellos no

(25) *El negocio jurídico* (trad.: BLASCO GASCÓ y PRATS ALBENTOSA), Valencia, 1992, pág. 67. Sobre este particular, vid. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, II-1.º, Barcelona, 1978, págs. 5-9; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, págs. 11-18; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 3, Madrid, 1992, págs. 524-528; BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, págs. 43-54; FLUME, W., *El negocio jurídico, Parte General del Derecho Civil*, tomo II (trad.: Miquel GONZÁLEZ y GÓMEZ CALLE), Madrid, 1998, págs. 23-48.

(26) SENIN, A., *Il diritto di accrescimento contrattuale*, cit., pág. 208; GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 217 y 218; GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 217 y 218; también en Voz «Accrescimento», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo I, 1958, pág. 328.

(27) *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 830, 831 y 835.

llega a hacerlo, no parece que pueda hablarse propiamente de vacante, puesto que la titularidad no ha dejado en ningún caso de ser del oferente (28).

Para GÓMEZ CORRALIZA, defensor de la operatividad del acrecimiento en los negocios de carácter oneroso, la única diferencia que existe entre el derecho de acrecer en los negocios gratuitos y onerosos es que en estos últimos igual que es onerosa la adquisición, ha de serlo también la cuota acrecida, requiriendo la correspondiente contraprestación (29). Para salvar el posible problema de adaptabilidad que plantean algunos autores, distingue GÓMEZ CORRALIZA entre oferta fija y oferta expansiva. Define este autor la oferta fija como «*aquella en la que la cuota de cada destinatario permanece invariable cualesquiera que sean las vicisitudes de las cuotas restantes*». En cuanto a la oferta expansiva, la define como «*aquella en la que la cuota de cada destinatario puede variar en función de la aceptación o no de las cuotas restantes*». En este sentido, el derecho de acrecer podrá tener lugar en aquellos negocios que permitan que exista un determinado lapso de tiempo entre la oferta y la aceptación, puesto que al existir una oferta condicional, ello puede provocar la existencia de una cuota fallida por la falta de aceptación de alguno de los sujetos. Debiendo, por tanto, dar un destino a dicha cuota, el problema quedaría resuelto con la oferta expansiva o acrescitiva (30).

A nuestro juicio, esta tesis parece chocar con la letra del artículo 1262 del Código Civil, ya que a pesar de que pueda existir un proceso previo de formación del contrato, sin embargo, la exteriorización de la voluntad es simultánea o en un solo acto (31). La necesidad de que se produzca una concurrencia de voluntades, es decir, el concurso entre la oferta y la aceptación para que el contrato nazca a la vida jurídica (32), parece eliminar la posibilidad de acrecimiento,

(28) En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 166-169. Respecto al Derecho italiano, señala SCOGNAMIGLIO que en los negocios a título oneroso, si es necesaria la aceptación de cada uno de los sujetos a los que se ha realizado la oferta y alguna aceptación no se produce, tendremos que entender que no nace el contrato a la vida jurídica; puede ser también que, si no es necesaria la aceptación de todos y cada uno de los destinatarios de la oferta se constituya el contrato por partes. En ambos casos resulta inoperante el acrecimiento. Podrá existir un aumento de la cuota de cada uno de los contratantes supérstites, pero en ningún caso la naturaleza de dicha incrementación resultará asimilable al acrecimiento en sentido técnico; SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., pág. 16; ROBBE, U., Voz «accrescimento», cit., pág. 175.

(29) *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., pág. 842.

(30) *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 843-854.

(31) MUCIUS SCAEVOLA, Q., «Comentario al artículo 1262 del Código Civil», en *Código Civil*, cit., pág. 661.

(32) PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil español*, tomo III, Barcelona, 1966, pág. 461; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., págs. 173-180.

Señala LALAGUNA que el artículo 1258 del Código Civil se refiere exclusivamente a los contratos consensuales y no a los contratos reales o formales. No obstante, estas categorías de contrato exigen otros requisitos distintos del consentimiento, lo que no quita la necesidad del consentimiento; «Sobre la perfección de los contratos y el Código Civil», cit., págs. 396

puesto que, simplemente, el contrato desplegaría su eficacia respecto de los sujetos aceptantes (33). Aunque es cierto que dicho pacto no atentaría contra la ley, la moral o el orden público, ello no supone que ya de por sí debamos identificar sus efectos con los del acrecimiento en sentido propio. Para CLEMENTE DE DIEGO la solución dependerá de la voluntad de las partes. Se plantea así este autor, al estudiar el modo de perfección de los contratos, qué sucedería si la oferta fuese dirigida a varios sujetos, y de estos solo aceptasen algunos: «*La contestación depende de la intención que tuvieron los contratantes. Si su intención fue formar un contrato único y complejo entre todos los aceptantes y oferentes, entonces la aceptación de algunos no produce consecuencias jurídicas y el contrato no se forma; pero si eran ofertas y aceptaciones individuales y separadas, de modo que su intención presumible era formar contratos independientes, entonces valdrán las aceptaciones realizadas por algunos para formar tantos contratos*» (34).

Hay que pensar que la libertad contractual no es un poder absoluto del particular para determinar arbitrariamente el contenido de sus relaciones jurídicas, sino que se trata simplemente de la libertad del sujeto para escoger una alternativa entre las diversas opciones que el Derecho le permite. Es evidente que, aunque las partes pueden pactar aquello que deseen siempre que lo estipulado no contravenga lo expresamente prohibido por el legislador, el tipo contractual no deja de tener su propia ley sobre la que no puede incidir la autonomía privada (35). Es el caso de las normas que regulan la perfección del contrato.

2.2. *Diferencias en torno a su operatividad en atención al momento de producción de la vacante*

La doctrina partidaria del derecho de acrecer en la sucesión *inter vivos* ha tomado en consideración, para admitir la operatividad de este fenómeno, no solo la naturaleza del negocio celebrado, sino también el momento de producción de la vacante. De este modo, dependiendo de cuando se produzca dicha circuns-

y 397. En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 3, Madrid, 1992, págs. 715-717; PELLICER, J., Voz «Oferta», en *NEJ*, Barcelona, 1986, pág. 366; MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Pamplona, 1998, págs. 240 y 242.

(33) Sobre este particular, BOSCH CAPDEVILA, E., *El concepto de derecho de acrecer*, cit., pág. 676.

(34) *Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral*, tomo 4.º, Madrid, 1920, pág. 268.

(35) MUCIUS SCAEVOLA, Q., «Comentario al artículo 1255 del Código Civil», en *Código Civil*, tomo XX, Madrid, 1958, págs. 559 y 560; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentario al artículo 1255*, tomo VIII, vol. 2.º, Madrid, 1950, pág. 287; REVERTE NAVARRO, A., «Comentario al artículo 1255 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), tomo XVII, vol. 1.º-A, pág. 240.

tancia los autores acaban admitiendo o negando la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*.

La mayoría de autores que se han dedicado al estudio del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* han distinguido dos supuestos claramente diferenciados en orden a admitir la operatividad de este fenómeno: el supuesto de vacante previa a la adquisición por todos y cada uno de los llamados y el caso de vacante posterior a dicha adquisición (36). Dependiendo del momento en que tenga lugar la vacante, y del negocio de que se trate, los autores se pronuncian a favor o en contra del derecho de acrecer. Para BELTRÁN DE HEREDIA las diferencias existentes entre ambos momentos son evidentes. Mientras que la vacante anterior a la adquisición no es seguro que se produzca, ya que todos los cotitulares pueden querer y poder aceptar, sin embargo, sí es seguro que tal vacante se produzca en algún momento posterior a la adquisición. En este sentido, mientras el acrecimiento anterior a la adquisición solo tendría lugar cuando la ley lo estableciese, o el sujeto que dispone conjuntamente a favor de varios estipulase que si uno no quiere o no puede aceptar, su cuota acrezca a los demás; en cambio, el acrecimiento posterior tendría lugar cuando un sujeto dispusiese conjuntamente a favor de varios, insertándose en su disposición la obligación legal o convencional de acrecer, comprensiva de que la parte adquirida por cada uno de ellos vaya transmitiéndose a los supervivientes. En este último caso, el acrecimiento opera en el sentido de que tal cuota, ya adquirida por un cotitular, al faltar este, no se transmite a sus herederos sino a los coadquirientes supérstites (37).

a) Acrecimiento anterior a la adquisición

Se habla de acrecimiento anterior a la adquisición cuando el efecto de incrementación se produce con anterioridad a la aceptación de todos y cada uno de los sujetos que han sido llamados conjuntamente a un mismo objeto o derecho. Aunque en estos casos la doctrina coincide en que la falta de adquisición por alguno de los sujetos tiene como efecto la adquisición de la *cuota vacante* por el resto de los llamados, no obstante, la doctrina partidaria del derecho de acrecer anterior a la adquisición hace depender su operatividad del tipo de negocio celebrado. Así, para ROCA SASTRE el acrecimiento previo a la adquisición por todos y cada uno de los llamados únicamente opera en materia de donaciones. Explica este autor que adquiriéndose por cada codonatario el todo (donación que se hace del entero a varias personas, en cuyo caso, faltando un aceptante

(36) Es el caso de SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento...*, cit., págs. 15 y 47.

(37) *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 172-173. En este sentido, LUCINI CASALES, A., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 248.

los otros adquirirían su parte), su derecho se expande por venir a menos el derecho de los otros codonatarios. En opinión de este autor el fundamento de esta afirmación tiene su razón de ser en la naturaleza de la donación, ya que el ámbito del derecho sucesorio y el de las donaciones tienen contactos entre ellos, dada la nota común de liberalidad (38). Para BELTRÁN DE HEREDIA el fundamento de esta afirmación se encuentra en que los demás actos distintos a la donación no implican el empobrecimiento del donante y el consiguiente enriquecimiento del donatario, sino que se limitan a reconocer una determinada ventaja, sin necesidad de que haya que realizar ninguna contraprestación, cuestionándose así el sentido del acrecimiento en otros negocios como el comodato o en el mutuo, cuando, en definitiva, en tales negocios cada uno de los sujetos tiene que devolver cuanto recibió, y en consecuencia, cuanto más reciba más tiene que restituir (39).

Aunque la mayoría de la doctrina favorable al acrecimiento anterior a la adquisición defiende su operatividad únicamente en materia de donaciones, algunos autores se han pronunciado a favor de su admisión en los negocios jurídicos onerosos (40). LUCINI CASALES pone como ejemplo las estipulaciones a favor de tercero, la renta vitalicia conjunta y los derechos reales de adquisición.

Sobre la estipulación a favor de terceros, señala el artículo 1257, en su párrafo segundo, que «*si el contrato contuviera alguna estipulación en favor de tercero, este podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiere hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada*». Para LUCINI CASALES aunque el artículo 1257 del Código Civil contempla la hipótesis de un contrato en el que solo una parte del contenido es destinada al tercero, no parece existir inconveniente en superar la literalidad del artículo 1257 del Código Civil y admitir un contrato en el que todo su contenido verse sobre una prestación definitiva, destinada íntegramente a ser recibida por varias personas conjuntamente, conjunción que puede articularse solidariamente, supuesto este último que constituye un marco adecuado en el que desenvolverse el fenómeno

(38) *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 251. En este sentido, SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., págs. 15-17; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit. págs. 169 y 170; ROBBE, U., Voz «accrescimento», cit., pág. 15.

(39) *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 169 y 170. Para GAZZARA en estos negocios distintos de la donación es evidente la expansión del derecho del beneficiario que, aunque sea temporalmente, consigue por entero el objeto de la prestación a otra parte, que estaba destinada a sufrir el concurso de los destinatarios. El beneficiario simplemente deberá restituir cuanto ha recibido, consiguiendo así el derecho por entero aunque sea temporalmente; *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 46, 217 y 218.

(40) *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., pág. 842. En este sentido, GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 218 y 219; CAPOZZI, G., *Successioni e donazioni*, cit., pág. 537. En contra se manifiestan SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., pág. 16; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 167-168.

acrescitivo. De este modo, y con base en el principio de libertad contractual, esta estipulación a favor de varios beneficiarios se estructuraría como un llamamiento solidario que se traduciría en la existencia de una voluntad de adquisición de dicha parte por el resto, en caso de que alguno no llegase a aceptar la prestación (41). Entre sus requisitos podemos señalar: la existencia de una estipulación a favor de varios beneficiarios, por partes iguales y con alguna conexión interna entre ellos, debiendo entenderse excluidos los supuestos de mancomunidad (42). El fundamento del derecho de acrecer lo sitúa el autor en la libertad de pacto entre las partes.

En el caso de los derechos reales de adquisición, LUCINI CASALES defiende la operatividad del derecho de acrecer con fundamento nuevamente en la autonomía privada (43). Cuando se habla de derechos reales de adquisición se está haciendo referencia a los derechos que otorgan a su titular el poder de hacer suya, abonando su valor, la cosa ajena sobre la que recae el derecho. Incluye LUCINI CASALES, dentro de esta categoría, los derechos de tanteo y retracto, y el derecho de opción. En el derecho de tanteo y retracto, cuyo nacimiento se produce como consecuencia de la enajenación de una cosa, mediante venta u otro negocio traslativo y faculta a su titular para sustituir al adquirente de aquella o subrogarse en su posición, pagando su precio (44), es complicado entender que pueda operar el mecanismo del acrecimiento. Por lo que se refiere al derecho de retracto, la cosa se complica a raíz de la regulación contenida en el artículo 1514 del Código Civil, el cual parece impedir el juego del acrecimiento. Señala el artículo 1514 que: «*Cuando varios, conjuntamente y en un solo contrato, vendan una finca indivisa con pacto de retro, ninguno de ellos podrá ejercitar este derecho más que por su parte respectiva*». De este modo, el artículo 1514 en ningún caso permite contemplar un supuesto de llamamiento solidario, entendido como llamamiento de cada uno de los titulares al derecho por entero, requisito necesario para la operatividad del acrecimiento. LUCINI CASALES intenta defender la posibilidad de que el retracto convencional pueda ser ejercitado por cualquiera de los vendedores, de tal modo que fuera eficaz por el todo frente al comprador retraído. En el caso de pluralidad de sujetos en la parte vendedora, y con fundamento en la autonomía contractual, podría acordarse, a su juicio, que solo lo ejerzan alguno o algunos de ellos; que recaiga sobre la totalidad de la cosa o simplemente sobre una parte. Esta solución no deja de ser un tanto artificial o cuanto menos difícilmente catalogable de acrecimiento. Para GARCÍA CANTERO ante la pasividad de alguno de los contrayentes pueden

(41) *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 257 y 258.

(42) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 259.

(43) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 262.

(44) LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales*, Madrid, 2004, pág. 329; CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001, pág. 178.

los demás ejercitar la acción de retracto por el todo en nombre de los demás, sin perjuicio del derecho al reembolso de los gastos que hayan sido anticipados, lo cual no atentaría contra lo dispuesto en el artículo 1514 del Código Civil, al ser, no en provecho propio, sino en beneficio de los demás (45). Sin embargo, nada dice respecto a que dicho efecto tenga lugar por derecho de acrecer, pareciendo, más bien, que no puede hablarse ni tan siquiera de una incrementación en beneficio del resto, ya que se trata simplemente de una acción que repercuete en beneficio o provecho de todos.

Por lo que respecta al tanteo, entendido como la preferencia que por disposición de la ley o por virtud del acto o negocio jurídico, tiene su titular para la adquisición de una cosa cuando su propietario se dispone a enajenarla (46), no parece lógico entender que la falta de ejercicio del tanteo por alguno de sus titulares permita al resto adquirir mayor porcentaje por derecho de acrecer, a pesar del posible carácter consensual del tanteo. No parece que un potencial incremento de la prestación que hubiese de ser satisfecho en el momento de ejercitar el tanteo por vacante de alguno de los llamados, lo que se traduce lógicamente en un aumento de la participación en el derecho al que todos son llamados, deba entenderse como un caso de acrecimiento.

Lo mismo debemos decir del derecho de opción, entendido como el derecho que una de las partes (concedente) atribuye a otra (beneficiario de la opción) mediante el cual esta última puede decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la celebración de un determinado contrato (47). Los autores se plantean si es posible pactar que el ejercicio por alguno de los titulares de este derecho pueda ser en la totalidad, con la consecuencia tanto de liberarle de un condominio como de incrementación de la cuota al resto, para el caso de que alguno de los titulares no quiera o no pueda ejercitar el derecho de opción (48). En principio, parece difícil también aquí entender que en el caso del derecho de opción el no ejercicio del derecho por alguno de los titulares pueda dar lugar a una incrementación a favor del resto por efecto del derecho de acrecer.

(45) «Comentario a los artículos 1513 a 1517», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), tomo XIX, 1991, págs. 594 y 595.

(46) WOLFF, M., *Derecho de cosas* (trad.: PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER), vol. 2, Barcelona, 1937, pág. 132; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, F., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, cit., pág. 764; FELIU REY, M. I., *El tanteo convencional*, Madrid, 1997, pág. 19.

(47) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, III-3, Barcelona, 1974, págs. 500 y 501; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., págs. 409 y 410. Sobre el concepto de opción, vid. los estudios de MENGUAL, J. M., «La opción como derecho y como contrato», en *RGLJ*, 1936, págs. 131-146; MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «El pacto de opción y el derecho que origina», en *RCDI*, 1951, núm. 273, págs. 73-94; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, F., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, cit., pág. 757; CAÑIZARES LASO, A., «Arrendamiento con opción de compra: cesión del derecho a favor de uno de los titulares (comentario a la STS de 6 de noviembre de 1989)», en *Poder Judicial*, núm. 20, 1990, pág. 77.

(48) A favor, LUCINI CASALES, A., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 263 y 264.

Aunque pueda ser válido dicho pacto, sin embargo, no se dan los presupuestos del acrecimiento, puesto que no puede hablarse de llamamiento solidario, sino de una simple cotitularidad en el derecho; tampoco puede hablarse de vacante que permita la operatividad del derecho de acrecer, ya que simplemente, aquel que no ejercite el derecho de opción habrá mostrado su deseo de no adquirir finalmente el objeto determinado señalado en el precontrato (49). Como señala PUIG BRUTAU, la consecuencia del fallecimiento del optante, dentro del plazo para optar, no puede ser otra que la no extinción del derecho de opción y su inclusión como parte de los derechos transmisibles que integran el patrimonio hereditario del optante (50).

Tal y como puede observarse, las opiniones, aun favorables al acrecimiento anterior a la adquisición, son contradictorias a la hora de señalar los concretos negocios en los que puede operar este fenómeno jurídico.

b) Acrecimiento posterior a la adquisición

Entiende la doctrina por acrecimiento posterior a la adquisición, el efecto de incrementación que tiene lugar cuando existe una disposición conjunta a favor de varios sujetos y se establece que la parte adquirida por cada uno de ellos vaya transmitiéndose a los supérstites a medida que falten el resto de sujetos, de modo que todo el derecho se concentre en el último que sobreviva. Se trata, por tanto, de una incrementación que tiene lugar después de haberse producido la aceptación por parte de todos los destinatarios de la oferta o delación. Los adquirentes, a su fallecimiento, no transmiten la cuota a sus herederos, sino que esta es automáticamente absorbida por los coadquirentes sobrevivientes, hasta llegar al último, el cual reúne por entero la titularidad inicialmente transmitida en concurrencia con los demás. En este sentido, el acrecimiento posterior a la adquisición se configura como un mecanismo de transmisión sucesiva, que presenta una evidente similitud con la sustitución fideicomisaria (51), si bien con la diferencia de que en el caso del acrecimiento no resultaría necesaria una

(49) Tal y como afirma la profesora CAÑIZARES LASO, transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho potestativo de opción, este simplemente caduca: «Prescripción y caducidad: la opción de compra, un ejemplo de derecho potestativo», en *Sepin*, núm. 5, 2010, pág. 34.

(50) *Compendio de Derecho Civil*, vol. III, Barcelona, 1994, pág. 326.

(51) Es tal la similitud que, al prohibir el Derecho italiano en el viejo Código las sustituciones fideicomisarias, los autores veían en el derecho de acrecer un mecanismo para vulnerar dicha prohibición. SCOGNAMIGLIO, contrario a esta tesis, afirmaba que no podía dejar de admitirse el acrecimiento posterior a la adquisición por su evidente semejanza con la sustitución fideicomisaria, puesto que se trata de dos figuras distintas. Mientras en la sustitución fideicomisaria existe una doble llamada, en el derecho de acrecer existe una única llamada simplemente limitada por efecto del concurso; mientras en la sustitución se produce un orden sucesivo, en el acrecimiento lo que se produce es una única llamada; mientras en

nueva aceptación para sucesivas adquisiciones de las cuotas de los cotitulares que vayan faltando (52).

La doctrina partidaria del acrecimiento posterior a la adquisición pone como ejemplo de acrecimiento sucesivo, el usufructo y la renuncia liberatoria de un comunero a su cuota en la comunidad. En el primer caso la doctrina fundamenta su operatividad en la redacción del artículo 521 del Código Civil, que establece la posibilidad de no extinción del usufructo hasta la muerte de la última persona que sobreviviere. Señalan algunos autores que la decisión del legislador en este sentido trae causa en la naturaleza temporal del usufructo, lo que hace a este negocio perfectamente compatible con un pacto de acrecimiento (53), siempre y cuando se den los presupuestos del derecho de acrecer. En el segundo caso la doctrina fundamenta su postura en el siguiente sentido: si la renuncia supone un incremento proporcional de las obligaciones de los comuneros que han de suplir al que renunció, también debe llevar consigo una expansión o incremento correlativo y proporcional de la cuota de los que permanecen en la comunidad a costa de la del renunciante.

La admisibilidad de esta tesis plantea, a nuestro juicio, ciertos problemas de adaptación a lo que sería la propia configuración de la institución del acrecimiento. El primer problema que plantea la extensión del derecho de acrecer a esta clase de negocios es la necesidad de entender que la vacante apta para producir el efecto del acrecimiento pueda tener lugar con posterioridad a la aceptación de todos y cada uno de los llamados, situación que, en principio, no parece tener cabida en nuestro Código Civil, ya que, en materia hereditaria, el Código Civil establece la necesidad de que se produzca una vacante previa a la adquisición por cada uno de los llamados (54).

Un segundo problema que se plantea es la supuesta restricción a la libertad dispositiva de cada coadquirente, lo que aparece muy ligado al tema de las prohibiciones de disponer, puesto que el acrecimiento sucesivo implicaría —según algunos autores— una restricción a la libertad de disposición de cada coadquirente, debiendo ser interpretadas restrictivamente (55), y estar supeditadas a una causa motivadora justa (56). Al ser la libre circulación de bienes

la sustitución fideicomisaria existe una obligación de conservar y restituir, no es esto lo que sucede en el acrecimiento; *Il diritto di accrescimento...*, cit., págs. 57-62.

(52) GÓMEZ CORRALIZA, B., *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit. pág. 855.

(53) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 175; LUCINI CASALES, A., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 266; GÓMEZ CORRALIZA, B., *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., pág. 859.

(54) Artículo 982 del Código Civil.

(55) Sobre los criterios necesarios para la validez de las prohibiciones de disponer, véanse las SSTs de 25 de junio de 1945 [RJ 1945/722], 13 de diciembre de 1991 [RJ 1991/9713], 14 de octubre de 1996 [RJ 1996/7107] y 11 de diciembre de 2001 [RJ 2001/9996].

(56) GONZÁLEZ, J., «Prohibiciones de disponer», en *RCDI*, 1925, págs. 659-686; MARTÍNEZ SARRIÓN, A., «Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer», en

un principio general del tráfico, esta no puede quedar entorpecida fuera de los casos determinados expresamente. No obstante, la admisión o no de las prohibiciones de disponer variará dependiendo de si se encuentra inserta en un negocio *mortis causa* o *inter vivos*, y en este último caso, dependiendo de si se trata de un negocio a título gratuito u oneroso, lo que afectará de un modo diverso al tema que aquí tratamos. Debemos tener en cuenta que únicamente las prohibiciones establecidas en los actos a título gratuito son prohibiciones de disponer genuinas, mientras que aquellas establecidas en los actos a título oneroso son obligaciones de no disponer (57), por lo que algunos autores se muestran contrarios a admitir las prohibiciones de disponer en este último supuesto, salvo la excepción contenida en el artículo 521 del Código Civil para el caso del usufructo sucesivo (58). Pero, ¿nos encontramos realmente en este caso ante una prohibición de disponer? ¿Existe realmente en estos supuestos una obligación de conservar y restituir la cosa cuando no hay mención expresa al respecto? Lo cierto es que esta cláusula conlleva que el donatario que adquiere no pueda disponer de la cuota ni por actos *inter vivos* ni *mortis causa*, lo que resultaría contrario al principio de la libertad de disponer y de enajenar, resultando dudoso que el principio de libertad contractual permita un pacto que choca con la realidad jurídica.

Un tercer problema que se plantea es el relativo a los derechos sucesorios del difunto. Es claro que con este pacto los posibles herederos ven frustrados sus derechos sucesorios, al impedir la apertura de la sucesión; o, simplemente, una supuesta presunción de voluntad favorable al acrecimiento derivada de la interpretación de una cláusula del contrato, que impide a los herederos suceder en su parte, solución que a priori resulta por lo menos discutible.

En virtud de lo expuesto, no parece admisible catalogar dicho efecto de incrementación de acrecimiento en sentido técnico. Son tantas las diferencias estructurales existentes que incluso los propios autores partidarios del derecho de acrecer sucesivo dudan de su operatividad en determinados negocios (59).

RDP, 1964, págs. 89-107; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Prohibición contractual de disponer y derechos de adquisición preferente», en ADC, 1965, págs. 953-988; MONTÉS PENADÉS, V., «El modo testamentario y las prohibiciones de disponer», en ADC, 1974, pág. 324; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, III, vol. 1.º, Barcelona, 1983, pág. 286; DE BUEN, D., *Notas a Colin y Capitant*, Madrid, 1984, pág. 291; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, cit., pág. 324; CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», en ADC, 1991, págs. 1479-1484; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 2, vol. 1, Madrid, 1992, pág. 255; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid, 1992, págs. 60 y 61; ALPAÑES, E., «Aportación al estudio de las prohibiciones de disponer», en RGLJ, 1998, pág. 74.

(57) CAÑIZARES LASO, A., *Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias*, cit., pág. 1454.

(58) CAÑIZARES LASO, A., Voz «prohibiciones de disponer», en EJB, 1995, pág. 5270.

(59) Un ejemplo de ello lo encontramos en las afirmaciones que realiza GÓMEZ CORRALIZA, para quien la solución va a depender de la naturaleza del negocio celebrado, ya

3. ANÁLISIS DE ALGUNOS SUPUESTOS DE INCREMENTACIÓN QUE TIENEN LUGAR EN LOS NEGOCIOS *INTER VIVOS*

Ya hemos puesto de manifiesto en páginas anteriores las dificultades de elaborar una teoría unitaria acerca de la operatividad del derecho de acrecer en la sucesión *inter vivos*, dadas las diferencias estructurales que existen entre los distintos tipos de negocio jurídico en los que tiene lugar un cierto efecto de incrementación de cuota. En este sentido, parece, por tanto, necesario analizar de manera individualizada algunos supuestos de incrementación que tienen lugar en los negocios *inter vivos*, con objeto de profundizar en la posible operatividad de este fenómeno en la sucesión *inter vivos*. Desde esta perspectiva, vamos a referirnos a tres supuestos distintos en los que se produce dicho efecto: la renuncia de un comunero a su cuota en situaciones de comunidad, el fallecimiento de uno de los pensionistas cuando se ha constituido una renta a favor de varias personas conjuntamente y la compraventa con pacto de acrecimiento.

3.1. *El derecho de acrecer en caso de renuncia de uno de los comuneros*

El artículo 395 del Código Civil prevé como derecho del comunero la renuncia a la parte que le corresponde en el condominio: «*Todo copropietario tendrá derecho, para obligar a los partícipes, a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. Solo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio*». A pesar de que el artículo 395 permite al comunero renunciar a su parte en el condominio, sin embargo, no hace referencia alguna a cuál deba ser el destino de la porción renunciada. Esta imprevisión ha originado un debate en la doctrina, existiendo

que si el negocio es gratuito resultará válido el acrecimiento sucesivo, lo que no sucederá si el negocio es oneroso, al resultar prohibitivo, tal y como sucede con las prohibiciones de disponer; *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 859-860. En contra, se manifiesta MOLLEDA, para quien, aunque podría hablarse de acrecimiento, sin embargo, no tendría nada que ver con el derecho de acrecer propio del derecho de sucesiones porque no es necesario un llamamiento solidario previo al cusufructo, y porque su fundamento se encuentra en la propia situación estática de cotitularidad. Así, según este autor, si se opta por el criterio de la expansión, no se puede hacer por razón del hipotético llamamiento conjunto o solidario que pudo dar lugar a la situación de comunidad o cotitularidad, por lo que resulta improcedente unificar en el mismo esquema conceptual la expansión en las situaciones de comunidad y el derecho a acrecer en los llamamientos conjuntos; «El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo», en *Estudios de Derecho Privado*, vol. II, Madrid, 1965, págs. 537-538. De la misma opinión es ROCA SASTRE, ya que, a su juicio, no estamos ante un supuesto de derecho de acrecer propiamente dicho, puesto que se trata de una comunidad ya consumada, en la que no se da ningún supuesto de llamamiento, vocación o delación, no debiendo confundirse la incrementación propia de toda comunidad en marcha con el verdadero derecho de acrecer; *El llamado derecho de acrecer...*, cit. págs. 252 y 253.

opiniones enfrentadas entre aquellos que consideran que el abandono del comunero produce como efecto que dicha parte deba ser adquirida por ocupación, y aquellos que entienden que se produce un verdadero acrecimiento de las otras partes que permanecen en comunidad.

Aunque la doctrina mayoritaria considera que esta renuncia expande el derecho del resto de comuneros, solo algunos autores relacionan esta expansión con el derecho de acrecer en sentido técnico (60). Los argumentos que aportan a favor del derecho de acrecer son los siguientes: en primer lugar, que la cuota representa, no ya el objeto del derecho correspondiente a cada condómino, sino la razón o proporción según la cual las utilidades o cargas de la cosa van a favor o a cargo de los partícipes, afectando el derecho de cada uno al total de la cosa; en segundo lugar, la analogía que existe con el caso de la sucesión, al compartir igual razón, puesto que la proindivisión de la cosa hace que la parte renunciada vaya a aquellos que tienen igual derecho que el renunciante; en tercer lugar, la equidad, ya que existe una justa compensación en pro de los demás condueños porque sobre ellos recae el cumplimiento de la obligación de que se ha librado el que renunció; en cuarto lugar, la parte renunciada incrementa al resto de comuneros automáticamente, al no ser necesario, según estos autores, la aceptación de la renuncia por el resto; en quinto lugar, la interpretación del propio contexto del artículo 395, del cual se deduce claramente que la renuncia se hace en favor de la comunidad que soportó todos los gastos de conservación. De esta última opinión es BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, quien ve como consecuencia importantísima de esta renuncia, la expansión correlativa del derecho de los demás copartícipes que acrecen aquella porción, entendiendo que aunque el Código Civil no lo recoge expresamente en el artículo 395 del Código Civil, se puede deducir de su contexto porque la renuncia se hace a favor de la comunidad, que soportó todos los gastos de conservación (61).

(60) En un sentido favorable, CASTÁN TOBEÑAS, J., «Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *RGLJ*, 1929, pág. 233; MUCIUS SCAEVOLA, Q., «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Código Civil*, tomo VII, Madrid, 1943, págs. 324 y 325; BONET CORREA, J., *La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio del comunero*, Madrid, 1961, págs. 28-31; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, págs. 258 y 327; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil*, cit., pág. 298; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, tomo III, Madrid, 1976, pág. 536; MIQUEL, J. M., «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), tomo V, vol. 2, Madrid, 1985, págs. 120 y 121; también en «Comentarios al artículo 395», en *Comentarios del Código Civil*, Madrid, 1993, pág. 1081; LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. 2, Madrid, 2004, pág. 361; BOSCH CAPDEVILA, E., *El concepto de derecho de acrecer*, cit., pág. 677; VÁZQUEZ BARROS, S., *La comunidad de bienes en el Código Civil*, Barcelona, 2005, págs. 107 y 151.

(61) *La comunidad de bienes en Derecho español*, cit., págs. 257-258.

Los autores contrarios a que esta incrementación pueda tener lugar por efecto del derecho de acrecer consideran que dicha porción, al ser *res nullius*, se adquiere por el resto de comuneros por ocupación, puesto que cada copropietario no tiene más que un derecho a una parte ideal, existiendo cuotas distintas (62). A este argumento podría objetarse que el artículo 395 del Código Civil se refiere en todo momento a la renuncia, y no al abandono, lo que nos hace presuponer que el legislador no estaba pensando precisamente en la ocupación (63).

Para un tercer grupo de autores, ni estamos ante un caso derecho de acrecer en sentido propio, ni tampoco de ocupación. Señalan estos autores que al encontrarnos simplemente ante diferentes fragmentos de la propiedad total, el hecho de abandonarse o renunciarse una cuota de participación supone que dicho pedazo quede absorbido en el todo, reconstruyéndose en su plenitud el derecho por el simple hecho de la renuncia, adquiriendo de este modo un fundamento distinto del derecho de acrecer en sentido propio. En este sentido, afirman que el artículo 399 establece una idea de partes que propiamente excluye la posibilidad de titularidad solidaria y, por tanto, de acrecimiento (64).

A nuestro juicio, parece difícil considerar que dicha incrementación pueda asemejarse al derecho de acrecer sucesorio. Aunque los antecedentes históricos no ayudan a ofrecer una solución en uno u otro sentido, no obstante, hay que tener en cuenta que, si bien el Derecho romano clásico acogió esta teoría en materia de comunidad, no está tan claro que en el Derecho justiniano se siguiese

(62) En este sentido, VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, II-4, Valladolid, 1936, pág. 241, nota 4; GONZÁLEZ PALOMINO, J., «El acrecimiento en la mejora», en *AAMN*, 1950, pág. 575.

(63) De hecho hay que tener en cuenta, tal y como afirma BONET CORREA, que los derechos no se abandonan, se renuncian; mientras que las cosas y bienes se abandonan; *La renuncia exonerativa...*, cit., pág. 20.

(64) GONZÁLEZ, J., «La renuncia en el Derecho Inmobiliario», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo 2, Madrid, 1948, pág. 41; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario», en *RDP*, 1955, págs. 1117 y 1118; ROCA SASTRE, R. M., *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 251; ROCA JUAN, J., «La renuncia liberatoria del comunero», en *ADC*, 1957, pág. 106. Para LUCINI CASALES se trataría de un acrecimiento aunque no en sentido propio; *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 267. En contra BONET, quien afirma que: «Cuando el 399 dice que “todo condueño tendrá derecho a la plena propiedad de su parte”, este efecto “estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad”, lo que supone que no se trata de una “parte” con el fin de alejar toda idea de solidaridad, sino que se propone el considerarla en vista de un resultado, es decir, respecto del momento en que esa titularidad conjunta se desintegra. Por eso, cuando el artículo 395 del Código Civil habla de renuncia a la parte que le pertenece en el dominio, no se refiere a esa parte material y concreta del momento de la división, sino a la cuota ideal que indica la medida de participación dentro de la cotitularidad como propietario, según la concepción romanista del condominio. Por tanto, tenemos que concluir que la frase “por mitad” o “por partes iguales” u otras que aunque designen partes alícuotas, como sucede en el artículo 395, no excluirán el derecho de acrecer, según el propio criterio del párrafo segundo del artículo 983»; *La renuncia exonerativa...*, cit., págs. 28-30.

esta tesis. De este modo, el supuesto de acrecimiento en el caso de la manumisión parcial del siervo común constituyó una aplicación especial del derecho de acrecer, hasta tal punto que el abandono de la cuota en el condominio tenía como efecto normalmente la adquisición por ocupación (65). Pero, dejando atrás este argumento, el mayor problema que plantea su admisibilidad sigue siendo el de la imposibilidad de aplicar los presupuestos del derecho de acrecer al caso de renuncia de uno de los comuneros. El problema que se plantea a la hora de admitir la operatividad de este fenómeno en situaciones de comunidad es la aplicación de los presupuestos del instituto al caso de la comunidad de bienes y, en concreto, la imposibilidad de ver en la renuncia del comunero una vacante apta para la operatividad del derecho de acrecer. Nuestro Código Civil establece como presupuesto para la operatividad del derecho de acrecer la existencia de una vacante previa a la adquisición por todos y cada uno de los llamados. En el caso de renuncia de un comunero no parece ni tan siquiera que pueda hablarse de vacante propiamente dicha. En este caso se trata de una comunidad ya formada en la que el comunero renuncia con posterioridad a la creación de la situación de comunidad. Ello impide que se pueda cumplir con el presupuesto de vacante, puesto que la adquisición por todos y cada uno de los comuneros ya se ha producido. Tampoco parece que pueda verse en esta incrementación la existencia de una vocación solidaria a una pluralidad de sujetos, de modo que se entiendan llamados cada uno de ellos eventualmente al todo desde el principio. La doctrina favorable al derecho de acrecer en caso de renuncia del comunero viene a identificar el llamamiento solidario con las situaciones de cotitularidad. La comunidad, como forma de cotitularidad, requiere la presencia de varios sujetos individuales, creándose una serie de relaciones jurídicas que nacen de la coparticipación, formando una sola titularidad conjunta (66). Ni siquiera este presupuesto puede verse contemplado en las situaciones de comunidad, puesto que la comunidad requiere inevitablemente un ligamen más o menos estrecho entre los titulares que en el derecho de acrecer no se da (67).

Si nos fijamos en los efectos del derecho de acrecer, tampoco estos presentan una similitud tal que permita identificar estas situaciones de renuncia con el derecho de acrecer. Para MIQUEL en el caso de renuncia por parte de uno de los comuneros no parece acertado optar por la solución defendida por algunos autores de la adquisición automática. Las posibles sorpresas en torno a su contribución a

(65) El Derecho romano clásico parece acoger el acrecimiento en materia de comunidad para los casos de manumisión parcial del siervo común. No obstante, el acrecimiento operaba en contados casos, ya que normalmente el abandono de la cuota en el condominio tenía como efecto la adquisición por ocupación. Sobre esta cuestión, vid. BONFANTE, P., *El ius adcrescendi nel condominio*, cit., págs. 434 y 440.

(66) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad...*, cit., págs. 19-30.

(67) En este sentido, ROBBE, U., *Voz «acrescimiento»*, cit., pág. 163.

los gastos de conservación por posibles incumplimientos hacen más lógico pensar en la conveniencia del carácter recepticio de la renuncia (68).

Por todo ello, y teniendo en cuenta que nuestro Código no se pronuncia a favor de la operatividad del derecho de acrecer en el supuesto de vacante posterior a la adquisición, parece difícil ver en la renuncia del comunero la operatividad del derecho de acrecer, tal y como tiene lugar en la sucesión *mortis causa*, tratándose más bien de un aumento que disminuye uno de los términos de la proporción, sin que ello suponga para los demás una adquisición de un derecho nuevo ni una mayor extensión del propio, sino una mayor medida en cuanto a los efectos divisibles del condominio.

3.2. El derecho de acrecer en la renta vitalicia

Define BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO la renta vitalicia con carácter general como «*la relación obligatoria duradera por medio de la cual una persona (deudor) se obliga a pagar a otra (acreedor) una prestación periódica, consistente en dinero o en especie, durante el tiempo de duración de la denominada “vida contemplada”*» (69). Tal y como establece el artículo 1802 del Código Civil, el deudor se obliga a pagar una pensión durante la vida de una o varias personas determinadas a cambio de la adquisición en propiedad de determinado bien, mueble o inmueble. La parte acreedora de esta relación puede estar compuesta por una pluralidad de sujetos, en cuyo caso se plantea si la premoriencia de una de ellas podría, en virtud de un acuerdo entre las partes, incrementar el derecho del resto sobre la cuantía total de la pensión. En ese caso, de ser varias personas, solo la muerte de la última de ellas determinará la extinción de la relación jurídica. En este sentido, afirma CABANILLAS que «*cuando la renta se constituye a favor de varias personas conjuntamente, a menos que el contrato prevea lo contrario, la renta se paga íntegra hasta el fallecimiento del último de los pensionistas, acreciendo a los supervivientes la parte de los premorientes*» (70).

En un principio, al no existir regulación alguna al respecto, habría que pensar que únicamente un acuerdo entre las partes contratantes podría hacer operar el acrecimiento, lo que tendría su fundamento en el principio de autonomía de

(68) «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), Madrid, 1985, pág. 115.

(69) *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, pág. 13. Define BADENAS CARPIO la renta vitalicia, siguiendo a la DGRN en Resolución de 1 de marzo de 1939, como «la transmisión en pleno dominio de un capital, en bienes muebles o inmuebles, a la persona a la que toma a su cargo la obligación del pago de la pensión sin que en ningún caso tal obligación por sí misma tenga o haya tenido carácter real»; *La renta vitalicia onerosa*, Navarra, 1995, pág. 101.

(70) Voz «renta vitalicia», en *Enciclopedia Jurídica*, vol. IV, Madrid, 1995, pág. 5792.

la voluntad. En este sentido —señala LUCINI CASALES—, es perfectamente posible su articulación por vía convencional, ya que además de ser compatible con el derecho de acrecer por su naturaleza, estructura y función, encuentra apoyo analógico en el artículo 521 del Código Civil (71). Afirma GAZZARA que si existe un pacto al respecto no parece que haya problemas para admitir el derecho de acrecer. Señala este autor que en el supuesto que las partes nada digan sobre esta cuestión, habrá que atender a si la vacante se produce en el lado activo o pasivo. Si se produce en el lado pasivo, deberá buscarse su sucesor legal, siempre que no haya desaparecido la persona cuya vida se contempló en el contrato. Si se trata del lado activo, habrá que ver si nos encontramos ante un supuesto de mancomunidad simple, en el que no cabrá el acrecimiento porque las partes son independientes; o de solidaridad, siendo así que, si es solidaria y no hay pacto, podría plantearse la operatividad del derecho de acrecer (72).

Nosotros nos preguntamos si es suficiente el principio de libertad contractual para provocar este efecto, y nuestra conclusión sigue siendo la misma: la dificultad de extrapolar los presupuestos del derecho de acrecer sucesorio a la situación que se produce en caso de premoriencia de alguno de los acreedores impide claramente su operatividad. ¿Podemos hablar realmente aquí de una vocación al todo equiparable a la vocación propia del derecho de acrecer sucesorio, que nos permita incrementar las pensiones de los beneficiarios en caso de premoriencia de alguno de ellos? ¿Se puede hablar de vacante, tal y como se configura para el derecho de acrecer sucesorio? Obviamente ni podemos hablar de presunciones de voluntad, sino de acuerdos expresos; ni podemos hablar de vacante anterior a la adquisición, puesto que en este caso el contrato, al ser consensual (73), no habría quedado perfeccionado. ¿Podría tener lugar en caso de vacante posterior a la adquisición? El Código Civil no admite dicho supuesto. Si la vacante se produce con posterioridad a la constitución del contrato de renta vitalicia, se trataría de un supuesto de incrementación posterior a la adquisición, y, como tal, difícil de admitir, puesto que, como sabemos, el derecho de acrecer opera con anterioridad a la adquisición de los llamados. Ello se desprende de la redacción otorgada por nuestro legislador al artículo 982 del Código Civil (74).

(71) *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 268 y 269. A favor del acrecimiento, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La renta vitalicia*, cit., pág. 96. Para ROBBE la solución es diferente si nos encontramos ante un supuesto de renta vitalicia constituida a título oneroso, en cuyo caso no podrá admitirse el acrecimiento; voz «accrescimento», cit., pág. 178.

(72) *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 211-215; SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento...*, cit., págs. 77-85.

(73) Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1999, pág. 423.

(74) La doctrina ha venido equiparando esta situación a la que tiene lugar en el usufructo sucesivo. En este sentido, GÓMEZ CORRALIZA, B., *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., pág. 834; SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento...*, cit., págs. 84 y 85.

La doctrina científica, favorable a la operatividad del derecho de acrecer en la renta vitalicia, toma como punto de referencia la regulación de esta cuestión en el derecho italiano, concretamente en el artículo 1874 del Código Civil, que admite su operatividad: «*se la rendita è costituita a favore di più persone, la parte spettante al creditore premorto si accresce a favore degli altri, salvo patto contrario*». Se trata de un claro caso de incrementación posterior a la adquisición, que el legislador califica de acrecimiento. De querer extrapolar esta regulación a nuestro derecho, el problema de fondo que se plantea es la propia aplicación de los presupuestos del acrecimiento, ya que habría que acudir al régimen general del derecho de acrecer sucesorio. Resulta arriesgado afirmar que la vocación solidaria a que se refieren tanto la doctrina como la jurisprudencia, al interpretar los artículos 982 y 983 del Código Civil, tenga su equivalencia en el acuerdo firmado por las partes en orden al incremento de pensión al resto de supervivientes en caso de premoriencia. Hablar aquí de una voluntad presunta como ratio de este fenómeno jurídico equiparable al que tiene lugar en el derecho de acrecer sucesorio, no parece razonable. Ya advertía SENIN del error que supone presumir que una llamada conjunta puede traducirse en todo caso en una voluntad de hacer operar el acrecimiento en sentido técnico (75). A ello se añade el problema al que nos hemos referido previamente de la inexistencia de vacante apta para la operatividad del acrecimiento.

Debemos entender que aunque es posible que tenga lugar dicho pacto, con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, dicho aumento de participación de los beneficiarios de la renta en ningún caso podría equipararse al derecho de acrecer en sentido técnico. Son manifiestas las diferencias que existen entre ambos fenómenos jurídicos. La finalidad y la propia esencia de esta figura no puede ser la misma que la que hay detrás de este pacto. En el momento que se recurre al acuerdo, nos alejamos de la propia esencia del acrecimiento, que aunque se encuentra también, en último término, es la autonomía de la voluntad, y comparte una misma finalidad, es decir, dar un destino a una porción que ha quedado sin titular, sin embargo no presenta la misma identidad.

3.3. *La cláusula de acrecimiento entre coadquirentes. El caso de la compraventa con pacto de supervivencia*

Es posible que en un contrato de compraventa, en el que exista una pluralidad de sujetos en la parte compradora, se acuerde entre ellos incluir en el contrato una «cláusula de acrecimiento», mediante la cual los adquirentes se aseguren dar un determinado destino al bien, a favor de aquel que sobreviva a los otros,

(75) *Il diritto di accrescimento...*, cit. pág. 208.

convirtiéndose este en el único y definitivo propietario desde la compra del mismo. El objeto de esta «cláusula de acrecimiento» consiste en pactar la compra de un objeto por varios adquirentes que desean disfrutarlo en común hasta su respectivo fallecimiento, manifestando la voluntad de que aquel que sobreviva a los otros sea el único y definitivo propietario (76). Podemos entender, por tanto, que nos encontramos ante este tipo de cláusula cuando detectamos los siguientes elementos identificativos: en primer lugar, la compra de un objeto mueble o inmueble por varios sujetos; en segundo lugar, el pago por cada coadquirente de su parte del precio; en tercer lugar, el disfrute en común por los adquirentes del objeto adquirido. Entre sus efectos: la muerte de alguno se traduce en la expansión del derecho de los otros; la parte del precio de la adquisición pagada por el premuerto beneficia al resto; el último que sobreviva será considerado desde el inicio como el único propietario del objeto adquirido; la no disposición por cada uno de los adquirentes sin consentimiento del resto (77).

Al realizar el análisis de la cláusula de acrecimiento en el contrato de compraventa observamos que uno de los problemas que plantea este pacto es que contempla una situación de comunidad ya formada, en la cual el fallecimiento de uno de los copropietarios se produce con posterioridad a la adquisición de una parte del objeto por todos y cada uno de los sujetos compradores. En este caso se plantea el mismo problema que planteábamos al hablar de la renuncia liberatoria del comunero. A pesar de que pueda admitirse la validez de este pacto, ello no supone que automáticamente pueda hablarse de derecho de acrecer, puesto que no se produce una vacante apta para la operatividad del acrecimiento, lo que se traduce, en último término, en la necesidad de hablar en estos supuestos de mera expansión o incrementación en el derecho, pero en ningún caso de derecho de acrecer en sentido propio. Un segundo problema aparece relacionado con la no concurrencia de llamamiento solidario, ya que la adquisición del sobreviviente no proviene precisamente de un llamamiento solidario que trata de llenar un posible vacío de titularidad, para el caso de que alguno de los adquirentes no llegue a adquirir, sino que se trata de llenar un vacío de titularidad ya consolidada, respecto de la cuota ya adquirida, cuyo destino sería integrar su herencia y que, sin embargo, acrece al sobreviviente conforme a lo pactado y a la ley.

Los autores partidarios de la operatividad del derecho de acrecer en los negocios onerosos fundamentan su tesis en la posibilidad de que las partes contratantes, con base en el principio de autonomía de la voluntad y de libertad convencional, pacten la operatividad del derecho de acrecer, dando lugar a un acrecimiento contractual. En principio, no existe inconveniente alguno en que las partes acuerden los pactos que tengan por conveniente siempre que no sean

(76) CHOL, J., *La clause d'accroissement entre coacquéreurs d'immeuble*, Lyon, 1933, págs. 7, 8 y 9.

(77) CHOL, J., *La clause d'accroissement entre coacquéreurs d'immeuble*, cit., pág. 9.

contrarios a la ley, la moral o el orden público (78). De hecho, tal y como señala DE CASTRO, el poder de la persona para dictar reglas y para dárselas a sí mismo, es decir, la autonomía, es la médula del negocio (79). Tal es así, que el artículo 1255 del Código Civil recoge el principio de autonomía privada en materia de contratos desde dos vertientes: la libertad de contratar y la libertad contractual, refiriéndose la segunda a la determinación libre del contenido del contrato y a la fijación negocial de la regla que ordenará las conductas de las partes contratantes (80). Sin embargo, la libertad contractual no se configura como un poder absoluto del particular para determinar arbitrariamente el contenido de sus relaciones jurídicas. Como afirma DE CASTRO, la autonomía privada es un «*poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto a la actuación en la vida social*» (81). Pero, ¿puede llevarnos esta libertad contractual a denominar «derecho de acrecer» a un determinado efecto jurídico únicamente porque las partes así lo hayan determinado? ¿Es irrelevante que este efecto no resulte asimilable al fenómeno jurídico denominado «derecho de acrecer» por nuestro Código? ¿Es indiferente que no compartan los mismos presupuestos? ¿Puede en definitiva hablarse de acrecimiento convencional, tal y como lo entendemos en materia sucesoria?

Si pensamos en la operatividad del derecho de acrecer incardinado en un contrato consensual, como es la compraventa, a priori la viabilidad de este pacto parece difícil si atendemos al modo de perfección de los contratos, perfección entendida como «*la aptitud completa del acto para producir las consecuencias jurídicas cuyas propias derivadas de la voluntad de los interesados o que dependan de la ley*» (82). El artículo 1258 del Código Civil establece que «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento [...]*», consentimiento que se manifiesta mediante el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Cuando junto a la declaración de voluntad concurren los demás requisitos esenciales, el negocio jurídico queda perfeccionado y toma existencia. De este modo, en el caso del contrato de compraventa, este quedará perfeccionado desde el mismo momento en que las partes

(78) Realmente, tal y como señala FERRI, cuando se habla de libertad dentro de este marco se está haciendo referencia no tanto a la libertad jurídica, cuanto a la manifestación de la autonomía privada contractual; *La autonomía privada* (trad.: SANCHEZ MENDIZÁBAL), Madrid, 1968, págs. 248 y 249.

(79) *El negocio jurídico*, cit., pág. 31.

(80) REVERTE NAVARRO, A., «Comentarios al artículo 1255 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), tomo XVII, Madrid, 1993, págs. 114 y 115.

(81) *El negocio jurídico*, cit., pág. 12.

(82) STOLFI, G., *Teoría del negocio jurídico* (trad.: SANTOS BRIZ), Madrid, 1959, pág. 36.

prestan su consentimiento respecto al objeto de la compraventa y el precio (83), no exigiéndose forma especial alguna. Mientras la declaración de voluntad no sea emitida, el contrato no podrá entenderse perfeccionado, y, por tanto, originador de obligaciones y derechos, al menos con el sujeto no aceptante. Ello nos lleva a la conclusión de que existiendo pluralidad de sujetos en la parte compradora, si alguno de ellos no llega a emitir la declaración de aceptación, no parece que pueda entenderse que se haya producido una vacante y que, por tanto, su cuota pueda acrecer al resto de compradores. Simplemente, habrá que entender que el contrato se ha perfeccionado entre el vendedor y el resto de compradores, quienes pasarían a ser copropietarios del bien cuando tuviera lugar la tradición. La oferta realizada a uno de los sujetos se extinguirá como consecuencia del rechazo por su destinatario, pero también por caducidad debido al paso del tiempo sin haber existido respuesta alguna por parte del destinatario, o por la muerte o la incapacidad sobrevenida del oferente-aceptante antes de producirse la perfección del contrato. Todas estas situaciones impiden la perfección del contrato y, por tanto, en caso de pluralidad de receptores de la oferta, la no aceptación por uno de ellos supondría simplemente su exclusión de la relación jurídica. Por otra parte, tampoco parece que pueda hablarse de vacante posterior al concurso de voluntades, puesto que el contrato ya es perfecto, lo que, unido a la tradición, habría convertido a los compradores irreversiblemente en propietarios (84).

Desde otra perspectiva, se discute la validez de este pacto al considerar que esta cláusula evita claramente la aplicación de las normas sucesorias relativas a los herederos del que premuere, teniendo como efecto el mantenimiento de la indivisión hasta la supervivencia del último sobreviviente, sin posibilidad de partición e implicando un pacto de indivisión de duración indeterminada, puesto que llegará a su fin cuando fallezca el último copropietario. La doctrina se plantea si estamos en este caso ante un típico pacto sucesorio, que tiene por objeto una herencia futura, pacto que caería bajo la prohibición del artículo 1271 del Código Civil. En contra VALLET, para quien ello no sería así por dos motivos básicos: el primero, porque la muerte de uno de los compradores solo representa el cumplimiento de la condición puesta a su adquisición de una mitad indivisa a favor del sobreviviente; en segundo lugar, porque la prohibición no alcanza a este supuesto si el contrato se refiere a bienes conocidos y determinados cuando el compromiso se otorgó, y no a la universalidad de la herencia (85).

(83) Artículo 1450 del Código Civil.

DE BUEN, D., *Notas a Colín y Capitant*, tomo 4, Madrid, 1981, págs. 13 y 15; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo IV, Madrid, 1993, págs. 64-67; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. 2, Barcelona, 1994, págs. 352, 361 y 362.

(84) BOSCH CAPDEVILA, E., *El concepto de derecho de acrecer*, cit., pág. 676.

(85) *La compraventa por mitades indivisas...*, cit., págs. 721 y 722.

Para la Dirección General de los Registros y del Notariado el principio de autonomía de la voluntad permite claramente la celebración de estos pactos. En la Resolución de 19 de mayo de 1917, la Dirección General consideró válido el pacto de acrecimiento celebrado entre las partes contratantes, mediante el cual los compradores convenían que aquel que sobreviviera adquiriera la mitad de la finca correspondiente al premuerto, de tal modo que el sobreviviente quedase dueño de la totalidad (86). Sin embargo, posteriormente, la Dirección General, en la Resolución de 5 de mayo de 1932, consideró nulo el pacto de acrecimiento en un supuesto similar, aunque en esta ocasión entre cónyuges. Se trataba de un supuesto de adquisición de un inmueble por dos cónyuges, en cuya escritura se establecía la siguiente cláusula: «*Manifiestan los compradores que al fallecimiento de uno de ellos ha de pasar al sobreviviente la parte que el premuerto adquiere en esta escritura*». La Dirección General consideró que al tratarse de una adquisición ganancial e implicar la validez del pacto una modificación en el régimen económico del matrimonio no podía considerarse válido (87).

El Código de Familias catalán hace referencia a esta cuestión en materia de Derecho de Familia, al regular las compraventas con pacto de supervivencia. Establece el artículo 44 del Código de Familia que: «*Los cónyuges que, en régimen económico de separación, compren bienes conjuntamente y por mitades pueden pactar en el mismo título de adquisición que, cuando se produzca el fallecimiento de cualquiera de ellos el sobreviviente resulte único titular de la totalidad*» (88). La doctrina discrepa respecto a la naturaleza de este pacto, configurándolo algunos autores como donación *mortis causa*, y otros como fideicomiso condicional, sucesión contractual, compraventa más pacto aleatorio y oneroso de la supervivencia o negocio unitario de configuración de la titularidad tras la adquisición en mano común; sin embargo, en ningún caso como derecho de acrecer (89). Se discute la naturaleza de esta cláusula en atención a la unidad o pluralidad de negocios jurídicos que incorpora. Mientras para un sector de la doctrina nos enfrentamos ante un único contrato inescindible; para otro sector, se trata de dos negocios jurídicos independientes: la compraventa y la cláusula de supervivencia. Para VALLET es evidente que se trata de un único contrato oneroso, que no tiene ni naturaleza de contrato de sociedad, puesto que no existe una finalidad de lucro o una ganancia común, ni un contrato aleatorio,

(86) *Anuario de la Dirección General de los Registros*, año 1917, Madrid, 1918, págs. 191-195.

(87) *Anuario de la Dirección General de los Registros*, año 1932, Madrid, 1933, págs. 174-178.

(88) Ley 9/1998, de 15 de julio, que aprueba el Código de Familia de Cataluña (vigente hasta el 1 de enero de 2011. Derogación y posterior regulación mediante Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña: art. 231-15).

(89) Hace un estudio de esta cuestión, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer...*, cit., págs. 105 y 106.

a pesar de que la prestación de cada parte depende del hecho futuro e incierto del riesgo de la sobrevivencia. A su juicio, se trataría más bien de una compraventa por mitades indivisas que permite la adquisición de la totalidad de manera automática, una vez premuerto un comprador (90). Para VALLET intentar ver en este pacto la figura del *ius adcrescendi* es querer elaborar figuras jurídicas nuevas para explicar un fenómeno que puede explicarse de forma más sencilla a través de otras soluciones jurídicas más razonables (91), como, por ejemplo, entender que estamos simplemente ante una adquisición de mitad indivisa con condición resolutoria de premoriencia, y la otra mitad pendiente de la condición suspensiva de supervivencia (92).

A nuestro juicio, siguiendo a LUCINI CASALES, tampoco en este caso podemos hablar de una adquisición por derecho de acrecer derivado del llamamiento solidario de los cónyuges, sino que se trata simplemente de una incrementación que llena un vacío de titularidad ya consolidada, respecto de la cuota ya adquirida, por hipótesis, del premuerto (93).

4. ESPECIAL REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE ACRECIMIENTO *EX LEGE*

Tal y como hemos puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, el Código Civil no contiene una regulación unitaria del derecho de acrecer en la sucesión *inter vivos*. Sin embargo, sí hace referencia, en artículos concretos, al efecto de incrementación que tiene lugar cuando alguno de los sujetos, cotitulares de un derecho, no adquiere su parte o fallece, habiendo ya adquirido su titularidad respecto del citado derecho. La doctrina científica ha querido ver en este efecto de incrementación que tiene lugar en el artículo 637 del Código Civil, en materia de donaciones; y en el artículo 521 del Código Civil, referido al usufructo conjunto, la operatividad del derecho de acrecer en sentido propio.

4.1. *El derecho de acrecer entre cusufructuarios*

Señala el artículo 521 del Código Civil que: «*El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere*». Este precepto contempla un

(90) «La compraventa por mitades indivisas y con pacto de supervivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho Común y en el Foral catalán», en RDP, 1944, págs. 714 y 715.

(91) *La compraventa por mitades indivisas...*, cit., págs. 716 y 717.

(92) *La compraventa por mitades indivisas...*, cit., pág. 718.

(93) *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 267 y 268.

supuesto de usufructo conjunto ya constituido, en el que existe una situación estática y de comunidad, que permite que, en caso de fallecimiento de alguno de los usufructuarios, su parte incremente al resto. Esta solución a favor de la incrementación que recoge el precepto descarta toda idea de consolidación, probablemente por considerar el legislador que ello sería contrario a su naturaleza indivisible y a su carácter personal.

La doctrina ha querido ver en este efecto de incrementación la aplicación del derecho de acrecer sucesorio, entendiendo que se trata de un supuesto de acrecimiento sucesivo por efecto del desarrollo natural y potencial del derecho conferido por el título originario de adquisición (94). Entre los presupuestos necesarios para su operatividad se señalan: la situación de comunidad en el usufructo, adquirida y plenamente consolidada; la extinción sobrevenida de la titularidad de algunos de los usufructuarios conjuntos; la subsistencia de usufructuarios que conservan su titularidad.

A pesar de ser esta la opinión mayoritaria, parece difícil que pueda identificarse este efecto con el derecho de acrecer en sentido técnico. Además de no existir conexión alguna con la idea de llamamiento solidario, puesto que no puede decirse que los usufructuarios hayan sido llamados solidariamente al entero derecho de usufructo (95), tampoco se puede hablar de una vacante previa a la adquisición por todos y cada uno de los usufructuarios, al tratarse de una situación de comunidad ya consumada donde la adquisición del derecho se ha producido con anterioridad al fallecimiento de alguno de ellos (96). Aunque propiamente existe

(94) VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación* (anot.: CASTÁN TOBEÑAS), Madrid, 1928, págs. 360-367; SENIN, A., *Il diritto di accrescimento contrattuale*, cit., págs. 222-229; GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 225-229; MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentarios al artículo 521 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1972, pág. 662; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, cit., pág. 659; LUCINI CASALES, A., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 266; MOLLEDA FERNÁNDEZ, «El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo», en *Estudios de Derecho Privado*, vol. II, Madrid, 1965, págs. 540 y 541; GÓMEZ CORRALIZA, B., *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 834, 859 y 860; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 175. Estos autores coinciden en la necesidad de que el usufructo no esté constituido por títulos independientes sobre diversas cuotas, sino que se trate de un solo usufructo que suponga una atribución en bloque a varios sujetos. En caso contrario, existiría una comunidad, pero en ningún caso se daría el derecho de acrecer. En contra, ROCA SASTRE, R. M., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 252 y 253; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las Comunidades. La comunidad de usufructuarios y el usufructo de cónyuges», en *RCDI*, 1979, págs. 1288-1290. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., «Usufructo sucesivo de cónyuges y cousufructo», en *RDN*, 1967, págs. 105 y 106.

(95) Para los autores partidarios del derecho de acrecer en el usufructo sucesivo, aunque ciertamente no pueda hablarse de llamamiento solidario, sin embargo, ven una cierta asimilación entre el llamamiento solidario y el derecho que tiene cada uno de los comuneros a no ver reducida la propia posición cuando no existe una determinación de cuotas.

(96) En este sentido, DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Comentario al artículo 521 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO),

una incrementación de cuotas en virtud de la integración de la porción vacante, sin embargo, no puede identificarse este aumento con el derecho de acrecer, puesto que mientras el derecho de acrecer en sentido propio se contempla en el momento de constituirse el derecho, en el supuesto del 521 la adquisición de derechos se produjo al constituirse el usufructo (97). De este modo, cuando el usufructuario muera, el derecho de usufructo simplemente se reducirá, y quedará liberado en esa parte el dominio.

Algunos autores han querido encontrar una fundamentación viable a la operatividad del derecho de acrecer en el usufructo basándose en el contenido del artículo 987 del Código Civil (98). Señala este precepto que: «*El derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos*». Aunque algunos autores quieren ver en este precepto la fundamentación jurídica para admitir el derecho de acrecer entre cousufructuarios, hay que tener en cuenta que este precepto recoge un supuesto diferente de aquel regulado en el artículo 521 del Código Civil. Así, mientras el artículo 987 del Código Civil se refiere al supuesto de derecho de acrecer en la sucesión *mortis causa*, el artículo 521 del Código Civil recoge un supuesto propio de los negocios *inter vivos*. Por otra parte, mientras el artículo 987 del Código Civil contempla un supuesto de vacante previa a la adquisición del usufructo por todos y cada uno de los usufructuarios, el artículo 521 del Código Civil se refiere a un supuesto de comunidad en el usufructo, en el cual la vacante tiene lugar con posterioridad a la adquisición por todos y cada uno de los usufructuarios. A su vez, el supuesto contemplado en el artículo 987 del Código Civil requiere de la existencia de un llamamiento solidario previo para que pueda tener lugar el derecho de acrecer; el artículo 521 del Código Civil únicamente contempla una situación de cotitularidad en el derecho, distinta de la situación de solidaridad que requiere el derecho de acrecer sucesorio. A ello se une que el

tomo VII, vol. 1.º, Madrid, 1992, págs. 578 y 579. Para PUIG PEÑA la clave de que no haya derecho de acrecer está en que no hay porción vacante, sino que se trata de una comunidad ya en funciones, en la cual la titularidad de los que sobreviven va incrementándose sucesivamente de volumen, a medida que por la muerte de los demás desaparece la limitación; *Compendio de Derecho Civil español*, tomo 2, cit., págs. 442 y 443.

(97) En este sentido, MORENO QUESADA, B., «Comentarios al artículo 521 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1379. Para GONZÁLEZ PALOMINO quizá debiera denominarse este supuesto «usufructo mixto con sustitución fideicomisaria», o menos acertadamente, «usufructo tontinario o acrecimiento originario y acrecimiento sucesivo», no existiendo derecho de acrecer en sentido propio en este caso, habiendo adquirido ya el premuerto su derecho; *El acrecimiento en la mejora*, cit., pág. 571.

(98) La doctrina italiana se plantea si es posible que opere el derecho de acrecer en el usufructo a través de un pacto entre las partes, de tal modo que se pueda extrapolar al usufructo sucesivo la ratio que preside el precepto dedicado a la regulación del acrecimiento en el legado de usufructo. Sobre este particular, SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento...*, cit., pág. 78; GAZZARA, G., *Contributo ad una teoria...*, cit., pág. 227.

artículo 987 del Código Civil se refiere expresamente al «derecho de acrecer» en el usufructo, mientras que el artículo 521 del Código Civil no utiliza ni siquiera el término «acrece».

Ciertamente, la regulación que realiza nuestro Código Civil del derecho de acrecer en materia sucesoria y, más concretamente, en el legado de usufructo, dista mucho de encontrar alguna conexión con el contenido del artículo 521 del Código Civil, impidiendo de este modo cualquier tipo de argumentación favorable al acrecimiento en este sentido. No obstante, el Tribunal Supremo ha admitido la existencia de un derecho de acrecer especialísimo en el usufructo conjunto, en atención a cuál fue la voluntad del testador. En el caso de la sentencia de 9 de marzo de 1905, el testador legaba el usufructo vitalicio del remanente de sus bienes por partes iguales a sus hermanas, pudiendo disfrutar de todo el usufructo la hermana que sobreviviere, siendo así que solo después de fallecer la última, podía pasar el pleno dominio de la totalidad de los bienes a los hijos de ambas. Fallecida una de las hermanas, se plantea el problema de la posible extinción del usufructo, favoreciendo con ello a los nietos del testador, que adquirirían la plena propiedad de los bienes usufructuados.

El Tribunal Supremo, a pesar de considerar que no es aplicable al caso planteado el régimen jurídico del derecho de acrecer, al tratarse de un caso de vacante posterior al fallecimiento del testador, falla a favor de la incrementación del usufructo a la otra hermana, en atención a la interpretación de la voluntad del testador:

«Considerando que la cuestión del actual pleito no se resuelve por los principios que regulan el derecho de acrecer, ya porque este derecho carece de aplicación tratándose de legatarias que sobreviviesen al testador, ya porque la cláusula del testamento del Marqués del Puente de la Virgen, según la que legaba el usufructo vitalicio del remanente de sus bienes por partes iguales a sus hermanas doña Teresa y doña Joaquina Samaniego, no excluye la posibilidad legal de que, fallecido el testador y determinadas estas partes, las legatarias usufructuaran exclusivamente la que les correspondiese con extinción del respectivo usufructo al fallecimiento de cada una de ellas, consistiendo, por lo tanto, la cuestión del pleito y del recurso en interpretar la voluntad del testador para resolver si conforme a ella debe continuar la Marquesa de Caracena en el usufructo de la parte que correspondió a la Condesa de Torrejón en virtud del fallecimiento de esta, o si por razón de tal fallecimiento ha pasado el pleno dominio de los bienes que constituyen dicho usufructo a los hijos de aquella, a tenor de lo dispuesto por el testador [...]» (99).

(99) *Jurisprudencia Civil*, tomo 100, Madrid, 1920, págs. 697-704.

El Tribunal Supremo aplica, en cierta medida, los presupuestos del derecho de acrecer para poder interpretar la voluntad del testador, tal y como puede verse en el Considerando segundo, puesto que hace referencia al tipo de llamamiento hecho por el testador clarificador de su voluntad presunta:

«Considerando que, tanto por la manera como fueron llamadas las expresadas hermanas al usufructo vitalicio del remanente de la herencia del Marqués del Puente de la Virgen, a tenor de lo antes expuesto, como porque al ordenar a su albaceas, facultándoles para ello, que formasen dos lotes o partes iguales de dicho remanente de sus bienes que habían o han de usufructuar las susodichas hermanas, según expresión literal de esta parte de la cláusula, se infiere racionalmente que la voluntad del testador fue la de que ambas dos o cualquiera de ellas que sobreviviese a la otra había de disfrutarle en usufructo, y consiguientemente que solo después de fallecer la última podía pasar el pleno dominio de la totalidad del referido remanente a los hijos de ellas por aquel llamados, no constituyendo esta separación de partes sino una previsión del testador para el arreglo del usufructo total durante la vida de las dos hermanas».

Tal y como puede observarse, y a pesar de referirse someramente al artículo 521 del Código Civil, el Tribunal Supremo no aplica el citado precepto para resolver este caso, a pesar de concurrir el supuesto de hecho de la norma.

En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en una sentencia posterior, de fecha 8 de marzo de 1954, a pesar de reconocer que no concurre el requisito de vacante contemplado en el artículo 982.2 del Código Civil. Para el TS es la voluntad del testador favorable al derecho de acrecer lo que permite su operatividad (100):

CONSIDERANDO: «Que aun cuando en el caso actual no concurre el requisito exigido por el número 2.º del artículo 982 del Código Civil para que pueda tener lugar el derecho de acrecer en la sucesión testamentaria, ya que sobrevivieron a la testadora los dos herederos usufructuarios, entre los que se estableció ese derecho, es indudable que partiendo de la interpretación dada por el Tribunal de instancia a la cláusula testamentaria sobre institución de herederos usufructuarios, no resulta violado el citado precepto ni aplicados indebidamente los artículos 984 y 987 del mismo Código, al estimar el acrecimiento del derecho de usufructo, entre los herederos en tal concepto instituidos, por la muerte de uno de ellos ocurrida tres años después del

(100) RJ 1954/719.

fallecimiento de la testadora; debiendo en consecuencia desestimar el primer motivo del recurso».

En este caso, el Tribunal Supremo ni tan siquiera hace referencia a la posible aplicación del artículo 521 del Código Civil.

Es en la sentencia de 24 de abril de 1976, donde el Tribunal Supremo se refiere por primera vez a la existencia de un derecho de acrecer especialísimo como consecuencia de la aplicación del artículo 521 del Código Civil. En este caso se trataba de determinar el destino del usufructo tras el fallecimiento de dos de los usufructuarios, teniendo en cuenta que el testador había dejado a los cuatro hijos de su sobrina el citado usufructo (101):

CONSIDERANDO SEGUNDO: «Que frente a tal decisión se alza el primer motivo del recurso que, fundado en el número 1.º del artículo 1692 de la LECiv, denuncia la violación del artículo 675 en relación con el 982, 983 y 521, todos del Código Civil, motivo que debe ser estimado porque de los términos en que se produce la disposición testamentaria, resulta claro que la testadora, al llamar al usufructo de los bienes inmuebles de su herencia a los hijos de su citada sobrina, lo hizo, no constituyendo tantos usufructos distintos o independientes como fuesen los hijos de esta sino un solo usufructo para todos ellos conjuntamente y por partes iguales, y al ser ello así, es llano, que se da el supuesto del artículo 982, número 1.º, en relación con el 983, párrafo 2.º, y si bien los dos usufructuarios fallecidos murieron después que la testadora, y no antes que ella, como previene el indicado artículo 982, número 2.º, tal circunstancia no obsta a que tenga lugar el derecho de acrecer en beneficio de los dos usufructuarios sobrevivientes porque entre usufructuarios existe, además, un derecho de acrecer especialísimo, y es el establecido en el artículo 521, precepto que, aunque parece referirse exclusivamente al usufructo simultáneo, es indudable que se refiere también al sucesivo, ya que en esta especie de usufructo el segundo usufructuario no entra en el disfrute hasta la muerte del primero, y es evidente que al morir el último llamado se extingue el usufructo, que es precisamente lo que ordena dicho artículo, de todo lo cual se sigue, que al fallecimiento de aquellos dos usufructuarios, su derecho de usufructo no debía refundirse con la nuda propiedad perteneciente a los nietos de doña Modesta R. E., sino acrecer en beneficio de los otros dos usufructuarios sobrevivientes ya que por ende, estos últimos tenían ese derecho, que correctamente

(101) RJ 1976/1924.

ejercitaron e hicieron efectivo en la escritura pública de 10 de mayo de 1966» (102).

En este supuesto se aprecia claramente cómo el Tribunal Supremo distingue perfectamente el derecho de acrecer en sentido propio (el cual considera no se da en este supuesto al no concurrir sus presupuestos, puesto que la vacante es posterior a la adquisición), del derecho de acrecer que tiene lugar en el artículo 521, el cual caracteriza de especialísimo.

Para la Dirección General de los Registros y del Notariado son los antecedentes históricos los que permiten admitir actualmente la operatividad del acrecimiento sucesivo (103). La Dirección General de los Registros fundamenta su decisión en el artículo 987 del Código Civil, sin hacer más referencia que la genérica al artículo 521 del Código Civil, verdaderamente aplicable al caso. En esta ocasión se planteaba si extinguido un usufructo por muerte de uno de sus titulares sin descendencia, tenía lugar el acrecimiento a favor del otro cotitular nacido después de la muerte del testador, o si se produce la consolidación parcial del dominio pleno en los nudos propietarios designados por el testador. La Dirección General fundamenta su pronunciamiento del siguiente modo:

«Considerando que ya el Derecho romano percibió la peculiar característica que ofrecía el problema del acrecimiento en el legado conjunto de usufructo, pues no solo nos proporcionó una rica variedad de textos relativos al mismo, sino que en uno famoso (Ulp. D. 7.2.1) construyó la primera justificación técnica de lo que había de ser después dogmáticamente estimado como nota específica de este tipo de acrecimiento, es decir, la de que el derecho de acrecer surge en este caso no solo cuando no existe adquisición por el co-legatario, sino también en el supuesto de que con posterioridad a dicha adquisición una de las cotitularidades del derecho cese por muerte de uno de los usufructuarios; nota peculiar que se contrapone a lo exigido por nuestro artículo 982 en todos los casos de legados o instituciones en propiedad».

«Considerando que esta peculiaridad del acrecimiento en caso de usufructo conjunto, formulada en las fuentes romanas, ha sido constantemente aceptada en el Derecho intermedio, recogida en las obras francesas prerrevolucionarias, aceptada en la más moderna de las legislaciones civiles latinas y además justificado dogmáticamente (al superar la explicación de que el usufructo se constituía y se legaba

(102) A favor del acrecimiento sucesivo se ha pronunciado la AP de Tarragona, en sentencias de 21 de marzo de 1995 [AC 1995/601] y de 18 de junio de 2004 [AC 2004/1399].

(103) Resolución de 1 de diciembre de 1960, *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1960, págs. 82-88.

diariamente cotidie constituitur et legatur...) como una manifestación más del derecho de acrecer que existe, en teoría general, en todo llamamiento conjunto y solidario o como un supuesto normal de la fuerza expansiva de las cotitularidades en los derechos absolutos».

«Considerando que en esta línea hay que situar nuestros precedentes legislativos, puesto que el Código de 1851 expresamente reconocía en su artículo 819 que se daba el derecho de acrecer “entre los llamados conjuntamente a un usufructo... aunque haya aceptado el legado”, decisión que su más autorizado comentarista admitía “porque es muy conforme a la naturaleza del usufructo” y porque el testador da a entender “con esto su voluntad de que solo por la muerte o renuncia de todos (los usufructuarios) tuviese lugar la consolidación”, sin que en contra de esta evolución pueda alegarse el artículo 987 de nuestro Código actual, que solo se limitó a refundir los artículos 818 y 819 del Código de 1851, antecedentes legislativos que superan una interpretación rigurosamente gramatical y que es de máxima virtualidad en cuanto sirve para hacer prevalecer y cumplir la voluntad del causante, norma soberana en la sucesión».

«Considerando que, reconocida la posibilidad de acrecimiento, no puede plantearse el problema de la existencia de un nuevo llamamiento, a los efectos del artículo 781 del Código Civil, ya que al tratarse de un legado conjunto de usufructo estamos en presencia de una vocación única y solidaria que subsiste y de la que surge, precisamente en el momento del acrecimiento, una nueva delación que, por así decir, renace cada vez que se produzca una causa de acrecer, que comprende en nuestro caso concreto los bienes anteriormente usufructuados por el colegatario fallecido, sin que signifique ni entrañe un nuevo llamamiento sucesorio».

Más recientemente se ha referido la Dirección General, en Resolución de 22 de mayo de 2000 (104), a favor del acrecimiento en el usufructo, distinguiendo dos supuestos bien diferenciados: por una parte, la constitución a favor de varias personas, simultáneamente, del derecho de usufructo sobre un mismo bien, concretando en una cuota para cada uno; por otra parte, una situación de cotitularidad en el usufructo sin concreción de cuota. En este último supuesto, aplicable al caso objeto de litigio, la Dirección General considera que puede operar el acrecimiento previsto en los artículos 521 y 982 del Código Civil. De su argumentación se desprende cómo la Dirección General considera que el acrecimiento previsto en el artículo 521 es un supuesto de derecho de acrecer

(104) RJ 2000/7323.

en sentido propio, siempre y cuando sean aplicables al caso los presupuestos establecidos en el artículo 982.

4.2. *El derecho de acrecer en las donaciones hechas a varias personas conjuntamente*

El Código Civil, en su artículo 637 del Código Civil, se refiere al «derecho de acrecer» en el ámbito de los negocios *inter vivos*, al establecer que en caso de donación hecha a varias personas conjuntamente no tendrá lugar el derecho de acrecer, a menos que el donante hubiese dispuesto lo contrario. La redacción otorgada a este precepto plantea en principio dos cuestiones de interés con relación al tema objeto de estudio: la primera cuestión gira en torno a qué deba entenderse por donación conjunta, puesto que, lógicamente, para poder considerar admisible el derecho de acrecer en materia de donaciones es necesario tener claro cuando, a juicio de nuestro legislador, una donación ha sido realizada conjuntamente; la segunda cuestión versa sobre la operatividad del derecho de acrecer en el contrato de donación, y si podemos hablar en estos casos de derecho de acrecer en sentido técnico o más bien de una mera incrementación a favor del resto de donatarios, en cuyo caso nuestro legislador habría utilizado impropriamente el término «derecho de acrecer».

En relación a la primera cuestión, el propio Código nos da la solución, al establecer que «*cuando la donación hubiera sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales*» (105). La donación conjunta tendrá lugar cuando a una pluralidad de sujetos se dona una misma cosa, o un mismo conjunto de cosas, sin designación de partes determinadas ni indivisas» (106). En este sentido, realizada una donación conjuntamente a favor de una pluralidad de sujetos, sin que el donante haya procedido a la atribución de partes, deberá entenderse que el donante ha querido beneficiar a todos los donatarios sin distinción. En el supuesto que el donante nada haya dispuesto sobre esta concreta cuestión, la donación se presumirá hecha por partes iguales.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, en principio debemos entender admisible el derecho de acrecer en este tipo de negocio, siempre que lo disponga el donante, puesto que el artículo 637 del Código Civil así lo establece. La mayoría de la doctrina se muestra partidaria del derecho de acrecer en las donaciones, sobre todo, a raíz de su regulación legal. Los autores partidarios del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* consideran que es precisamente en materia de donaciones donde tiene más sentido hablar de derecho de acrecer, no solo por su

(105) Artículo 637.1 del Código Civil.

(106) MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentario al artículo 637 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, tomo V, Madrid, 1910, pág. 137.

naturaleza de gratuidad asimilable a la sucesión, sino también porque únicamente en el campo de las donaciones podemos encontrar principios compatibles con este fenómeno sucesorio, principios que en otro tipo de negocios se presentan antitéticos al derecho de acrecer, impidiendo así su operatividad (107).

A pesar de la naturaleza asimilable entre donaciones y sucesiones, se plantean también aquí problemas de compatibilidad entre el derecho de acrecer y las donaciones, debido a su propia estructura y su funcionamiento. Estas diferencias nos hace plantearnos distintas cuestiones: en primer lugar, el modo de perfección de la donación y su repercusión en el derecho de acrecer; en segundo lugar, si es posible que concurren los presupuestos del derecho de acrecer; en tercer lugar, el problema de la operatividad del derecho de acrecer desde la perspectiva del momento de producción de la vacante necesaria para la operatividad del acrecimiento. Los autores contrarios a la operatividad del derecho de acrecer en las donaciones han señalado como argumentos en contra: en primer lugar, la falta de perfección del negocio si no acepta algún donatario, lo que supone que no pueda hablarse de vacante, requisito imprescindible para la operatividad del derecho de acrecer; en segundo lugar, y respecto al supuesto de vacante posterior, la imposibilidad de hablar de acrecimiento, tratándose más bien de una sustitución fideicomisaria o, en algunos supuestos, de reversión del bien donado, revocación de la donación, donación condicional o pacto sobre sucesión futura (108).

Con objeto de poder ofrecer respuesta a estas cuestiones, de cara a extraer una conclusión acertada acerca de la operatividad del acrecimiento, vamos a proceder a analizarlas desde el punto de vista del momento de producción de la *vacante*, y en relación al momento de perfección y posterior adquisición del objeto donado.

a) El derecho de acrecer en caso de vacante previa a la adquisición

El principal problema que plantea la operatividad del derecho de acrecer en las donaciones, cuando aún no se ha producido la aceptación por todos y cada uno de los donatarios, se reduce a si realmente se puede hablar en este caso de una vacante que permita la operatividad del derecho de acrecer. Para responder

(107) ROCA SASTRE, R. M., *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 251; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 169 y 170; DE LOS MOZOS, J. L., *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, págs. 266-271. En el Derecho italiano, SENIN, A., *Il diritto di accrescimento...*, cit., pág. 214; SCOGNAMIGLIO, R., *Il diritto di accrescimento...*, cit., págs. 15-17.

(108) ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 637 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 1617. En contra GAZZARA, quien señala que ni puede entenderse que existe una sustitución fideicomisaria porque se produce un llamamiento al todo desde el principio, ni que existe una reversión o una revocación de la donación, ya que el bien no aceptado por algún donatario beneficiaría al resto y no al donante; *Contributo ad una teoria...*, cit., págs. 220-225.

a esta cuestión es importante detenerse, aunque sea brevemente, en el momento de perfección del contrato. La doctrina se encuentra dividida entre aquellos autores que consideran que la donación es un contrato bilateral (109), y, por tanto, que requiere para su perfección la aceptación del donatario; y aquellos que entienden que la donación es claramente un contrato unilateral, bastando así la voluntad del donante (110).

Por otra parte, se plantea también el problema de si el contrato queda perfeccionado cuando el donante conoce de la aceptación del donatario o antes. Nuestro Código Civil se refiere a esta cuestión en los artículos 623 y 629 del Código Civil. Señala el artículo 623 del Código Civil que: «*La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario*». Se establece así el conocimiento de la aceptación por parte del donante como momento claro de perfección del contrato (111). Es el artículo 629 del Código Civil el que establece la disciplina general en materia de perfección del contrato de donación, al señalar que: «*La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación*». De este modo, para que la donación tenga eficacia y efectividad es necesario que el donatario la acepte (112). Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (113). Por tanto, el artículo 623 del Código Civil ha de entenderse en el siguiente sentido: desde el momento en que el donante conoce la aceptación de la donación, la misma se hace irrevocable, ya que la donación existe y tiene consistencia jurídica eficaz desde la aceptación. Aunque pudiera parecer que existe una contradicción entre ambos preceptos, tal y como afirma ALBALADEJO, no es que el artículo 623 se contradiga con el 629, y por ende, con la aceptación como modo de perfección del contrato, sino que lo

(109) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, 1939, pág. 185; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil*, tomo 3, vol. 2, 1966, pág. 656; DE LOS MOZOS, J. L., «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», en *RDP*, 1971, pág. 819.

(110) DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, F. C., *Curso elemental...*, cit., pág. 45; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, tomo 3, Valladolid, 1937, pág. 440; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación», en *RDP*, 1964, págs. 286-288; XIRAU, J. R., «Estudios sobre la formación del concepto de la donación en el Derecho Privado», en *RGLJ*, 1971, tomo 143, págs. 320 y 321.

(111) Para la mayoría de la doctrina debe imperar el contenido del 623 del Código Civil sobre el contenido del artículo 629 del Código Civil. En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 4, cit., pág. 243; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. II-2.º, cit., págs. 85 y 86.

(112) ALBALADEJO, M., «Comentario a los artículos 623 y 629», en *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 1587.

(113) STS de 27 de junio de 1914, *Jurisprudencia Civil*, tomo 130, Madrid, 1915, págs. 777-787; STS de 5 noviembre de 1956 [*RJ* 1956/4114], STS de 9 diciembre de 1959 [*RJ* 1959, 4492], STS de 14 mayo de 1966 [*RJ* 1966/2425], STS de 22 de abril de 1970 [*RJ* 1970, 2029], 2 de enero de 1978 [*RJ* 1978, 3], 10 de febrero de 1984 [*RJ* 1984/586], 17 de abril de 1998 [*RJ* 1998/2983], 31 de marzo de 2001 [*RJ* 2001, 3990]. En este sentido, la RDGRN de 1 de julio de 2003 [*RJ* 2003/6082].

que quiere decir es que la donación ya existe desde la aceptación del donatario y que deja de ser revocable por el donante cuando este la conoce (114). Ello supondría que no puede hablarse de vacante apta para la operatividad del acrecimiento si alguno de los donatarios no llega a aceptar la donación, sino más bien de un negocio que no se ha perfeccionado respecto al sujeto no aceptante (115).

La única forma de admitir que puede operar el derecho de acrecer en este supuesto es considerar que los donatarios, en virtud de la cláusula de acrecimiento incluida en el contrato por el donante, han sido llamados al todo desde el principio, de manera que en caso de no aceptación por alguno de estos, se entienden beneficiarios del entero objeto de la donación, siendo así que la aceptación de uno solo de los donatarios permitiría la perfección del contrato y, por ende, el acrecimiento. Ello permitiría entender que se cumple con el presupuesto del llamamiento solidario. Para LUCINI CASALES claramente el derecho de acrecer opera en caso de vacante previa a la adquisición, siempre y cuando la donación sea solidaria, es decir, que se trate de cuotas o porciones indivisas iguales y produzca, a su vez, un llamamiento de todos los donatarios a toda la cosa o derecho, y que entre la oferta de donación y la aceptación de los donatarios, o al menos de alguno, medie un lapso de tiempo que permita se produzca la falta de aceptación por alguno de los llamados (116). Para LUCINI CASALES es precisamente la operatividad del derecho de acrecer cuando la donación es solidaria lo que excluye la posibilidad de que el donante pueda revocar la donación e impedir así el acrecimiento (117).

Aunque podamos admitir que es factible este efecto de incrementación, ¿estamos realmente ante un caso de acrecimiento, o simplemente los donatarios cabrían a más porque el negocio no se ha perfeccionado respecto al donatario no

(114) «Comentario a los artículos 623 y 629 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo I, cit., pág. 1589. En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentarios a los artículos 623 y 629 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1910, págs. 103-107; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, Madrid, 1983, págs. 593 y 594; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Los artículos 623 y 629 del Código Civil...*, cit., pág. 280.

Para PUIG BRUTAU cada artículo tiene su campo de aplicación: el 623 se aplicaría al contrato obligacional de donación, el 629 a la donación que consista en un negocio traslativo, en el que ha de bastar la voluntad de transmitir y de adquirir; *Compendio de Derecho Civil*, vol. 2, Barcelona, 1994, pág. 337.

(115) De seguirse la teoría del 623 no podría hablarse de vacante si el donante no llega a conocer la aceptación por parte del donatario, sino de falta de perfección del contrato.

(116) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 252; ASCOLI, A., *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935, págs. 234 y 235; ROCA SASTRE, R. M., *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 251; GÓMEZ CORRALIZA, B., *Admisibilidad del derecho de acrecer...*, cit., págs. 833 y 834; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las comunidades...*, cit., págs. 1271-1273; CAPOZZI, G., *L'accrescimento*, cit., pág. 537 BOSCH CAPDEVILA, E., *El concepto de derecho de acrecer*, cit., pág. 677.

(117) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 253.

aceptante? Nosotros nos decantamos por esta segunda solución. Si no podemos hablar propiamente de vacante, no parece lógico ver en este efecto la figura del acrecimiento en sentido propio, aunque así parezca desprenderse de nuestra regulación legal. Si no se produce la aceptación por parte del algún donatario, no parece que pueda hablarse propiamente de vacante que permita la operatividad del acrecimiento, ya que la aceptación es necesaria para el perfeccionamiento del negocio jurídico. A nuestro entender, los autores partidarios del derecho de acrecer simplemente se limitan a aplicar sus presupuestos, al considerar que la donación tiene una naturaleza asimilable a la sucesión *mortis causa*, circunstancia que, unida, para algunos, al argumento del principio de autonomía de la voluntad, parece justificar sin más la operatividad del derecho de acrecer. Pero no solo es importante que la naturaleza del negocio sea compatible con el derecho de acrecer, sino también que lo sea el propio funcionamiento y la propia estructura de la donación, puesto que de no ser así poco sentido tiene insistir en la extrapolación de una figura a los negocios *inter vivos* cuando además tiene su sede natural en la sucesión *mortis causa*.

b) El derecho de acrecer en caso de vacante posterior a la adquisición

Uno de los problemas que plantea la admisibilidad del derecho de acrecer en el supuesto de vacante posterior a la aceptación por todos y cada uno de los donatarios es la imposibilidad de que se cumpla con el requisito de la vacante propia del derecho de acrecer, dada la adquisición definitiva que supone la aceptación de la donación. La aceptación por el donatario provoca que la cuota expectante para los llamados conjuntamente entre a formar parte de sus respectivos patrimonios, lo que supone que, en caso de fallecimiento de alguno de los donatarios, dicha parte se transmita a los herederos (118). De este modo, parece poco factible hablar de derecho de acrecer en la donación cuando ya se ha producido una adquisición definitiva, puesto que no concurre el presupuesto básico del acrecimiento. En este sentido, se ha pronunciado BELTRÁN DE HEREDIA, quien niega la operatividad del derecho de acrecer en la donación tras la aceptación por todos y cada uno de los donatarios, ya que para este autor el acrecimiento posterior a la adquisición quedaría desplazado al operar otras figuras como la reversión, la donación condicionada o la sustitución fideicomisaria (119). Aunque es posible que la donación se establezca

(118) GIANNATTASIO, C., «Comentario al artículo 773 del Código Civil», en *Commentario del Codice Civile*, Libro II, tomo III, Torino, 1980, págs. 222 y 223; PALMIERI, L., *Il diritto d'accrescimento nelle donazioni*, cit., págs. 1-25.

(119) *El derecho de acrecer...*, cit., pág. 174. En esta línea, LUCINI CASALES, A., *El derecho de acrecer...*, cit., págs. 254 y 255. Para BUTERA realmente no puede hablarse de reversión en este supuesto, ya que la reversión supone el retorno de los bienes al originario

a favor de terceros, en la mayoría de los casos la reversión se utiliza como un pacto de retorno a favor del donante. Por otra parte, si nos fijamos en el supuesto de reversión a favor de terceros, tal y como señala DE LOS MOZOS, en estos casos no puede hablarse de una verdadera reversión, sino más bien de una sustitución del donatario (120). De ahí que el precepto establezca como límite aquel recogido para las sustituciones fideicomisarias. Estaríamos, por tanto, ante la figura de la sustitución más que, ante un derecho de acrecer, con un toque de situación condicional. Se trataría simplemente, tal y como sucede en el fideicomiso, de un llamamiento al beneficiario de la reversión (en este caso el resto de donatarios) si se produce determinado suceso (el fallecimiento de alguno de los donatarios) (121). Tampoco puede identificarse este supuesto con la sustitución fideicomisaria, ya que son evidentes las diferencias que existen entre una figura y otra. No es posible argumentar que la sustitución fideicomisaria impide el acrecimiento posterior, sino que simplemente no se dan los presupuestos del derecho de acrecer.

La doctrina se ha planteado si sería distinta la solución de encontrarnos ante un supuesto de usufructo constituido por donación. Así algunos autores se apoyan en el artículo 521 del Código Civil para acabar admitiendo el acrecimiento en este supuesto (122). Sin embargo, ello no parece tener mucho sentido. De hecho, el artículo 637 en ningún caso está contemplando un supuesto de vacante posterior a la adquisición, sino en todo caso anterior (123); mientras el 521 regula un supuesto de acrecimiento especialísimo, puesto que se refiere a un usufructo ya constituido a favor de varias personas que ya han adquirido el derecho. En este sentido, señala DE LOS MOZOS que: «*lo único que tienen en común ambas normas es el carácter presuntivo con que están formuladas, tratándose de figuras distintas. Así, mientras el 637 resuelve el problema de la porción que ha quedado vacante en las donaciones conjuntas por medio*

titular, cosa que aquí no sucede, puesto que la adquieren el resto de donatarios. Para BUTERA lo que se produce es el llamamiento virtual del supérstite desde el principio al entero bajo la condición de que los otros le premueran. Tampoco puede hablarse —según este autor— de sustitución fideicomisaria, puesto que la eficacia retroactiva de la condición resolutoria supone que el beneficiario supérstite sucede directamente al donante por acto de donación, y no al primer adquirente, no existiendo dos traspasos *mortis causa* sino solo un traspaso *inter vivos*; «*Il patto di accrescimento nelle donazioni*», en *Il foro italiano*, 1927, pág. 1095. Para SENIN no podemos ver en esta clase de acrecimiento un pacto de sustitución fideicomisaria, puesto que existe una propiedad en comunión y no existe la obligación de conservación para restituir, propia de la sustitución fideicomisaria; *Il diritto di accrescimento contrattuale*, cit., pág. 220.

(120) *La donación en el Código Civil...*, cit., pág. 310.

(121) Resulta interesante el estudio que realiza SIRVENT sobre las relaciones entre la falta de aceptación de la donación por parte del donatario y la figura de la sustitución; *La donación con cláusula de reversión*, Valencia, 2000, págs. 45-48.

(122) DE LOS MOZOS, J. L., *La donación en el Código Civil...*, cit., págs. 268 y 269.

(123) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentario al artículo 637 del Código Civil*, cit., págs. 138 y 139.

del acrecimiento, el artículo 521 resuelve el problema de la pervivencia de la comunidad surgida de la institución, por más que en estos casos de hable de acrecimiento impropiaamente» (124).

4.3. *El supuesto especial de las donaciones por razón de matrimonio*

El artículo 637 del Código Civil, en su párrafo segundo, dedica una regulación específica al derecho de acrecer en las donaciones entre esposos, estableciendo un régimen especial para este supuesto, el cual difiere del general previsto en materia de donaciones. Este precepto establece una presunción de voluntad del donante favorable al acrecimiento en las donaciones conjuntas hechas a favor de ambos cónyuges, señalando que tendrá lugar el derecho de acrecer siempre que el donante no hubiese dispuesto lo contrario.

Sobre esta cuestión, resulta interesante detenerse en el contenido del artículo 1339 del Código Civil, relativo a las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges. Señala el precepto que: *«los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa»*. Ante este supuesto debemos preguntarnos qué sucedería si la donación hubiera sido hecha conjuntamente y, por tanto, por partes iguales, en el caso en que uno de los esposos no quisiera aceptar la donación. El artículo 637, en su párrafo segundo, parece responder a esta cuestión, al señalar que en caso de donación hecha conjuntamente a marido y mujer tendrá lugar el derecho de acrecer, salvo que el donante hubiera dispuesto lo contrario. Se plantean así las mismas cuestiones que referíamos al analizar la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*: en primer lugar, si realmente podemos hablar de derecho de acrecer en sentido técnico. Respecto a esta cuestión nos remitimos a lo expuesto en el apartado anterior sobre la operatividad del derecho de acrecer en las donaciones. En segundo lugar, se plantea el problema del régimen jurídico aplicable a las donaciones por razón de matrimonio. Algunos autores se han planteado si es posible entender que, a pesar de que no exista una declaración del donante a favor del derecho de acrecer en las donaciones por razón de matrimonio, les alcanza la presunción de acrecimiento del párrafo segundo del artículo 637, o estarían incluidas en la regla general contraria al acrecimiento del artículo 637, en su párrafo primero.

Define el Código Civil las donaciones por razón de matrimonio como aquellas que cualquier persona realiza, antes de celebrarse el matrimonio, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos (125). En este contexto, afirma MARTÍN LEÓN que la solución se presenta de modo diverso dependiendo

(124) *La donación en el Código Civil...*, cit., págs. 268 y 269.

(125) Artículo 1336 del Código Civil.

de si nos referimos a un supuesto anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981 o posterior. El antiguo artículo 1330 del Código Civil establecía que la falta de aceptación por uno de los esposos no invalidaba la donación nupcial. Al no ser necesaria la aceptación para la validez de la donación, la doctrina entendía que no podía ser de aplicación el artículo 637 del Código Civil, puesto que si las donaciones se presumían aceptadas por el simple hecho de la unión, era difícil hablar de vacante que permitiera la operatividad del derecho de acrecer. Con la regulación actual, conforme a la cual las donaciones deben ser aceptadas para entenderse perfeccionadas, parece más factible, a juicio de MARTÍN LEÓN, hablar de vacante apta para la operatividad del acrecimiento (126). Sin embargo, la doctrina no es unánime al respecto, pronunciándose tanto a favor como en contra del derecho de acrecer. Los autores partidarios del derecho de acrecer no solo se apoyan en la regulación legal para defender su tesis, sino también en los antecedentes históricos del precepto y en razones finalistas, tales como la no frustración de la función de las donaciones nupciales o la identidad de razón entre la donación *propter nuptias* y *post nuptias* (127). Los autores contrarios al derecho de acrecer se apoyan únicamente en el argumento literal, ya que para ellos el artículo 1339 del Código Civil se refiere a las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, no aplicándose en ningún caso esta regulación a la donación antenupcial, en cuyo caso, no tendrá lugar el acrecimiento por orden del artículo 637, en su párrafo primero. Al guardar silencio el precepto respecto a las donaciones hechas a futuros esposos, resultará de aplicación las reglas ordinarias de las donaciones, y en este caso el artículo 637, en su párrafo primero, que niega la operatividad del derecho de acrecer en las donaciones hechas conjuntamente, salvo disposición del donante en un sentido opuesto (128).

Aunque ciertamente la interpretación literal del artículo 637 del Código Civil llevaría a la exclusión del derecho de acrecer en el supuesto de donaciones hechas

(126) *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Navarra, 2002, págs. 196-201. También en «Derecho de acrecer y donaciones por razón de matrimonio», en *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Granada, 2000, págs. 1080-1084.

Para MARTÍN LEÓN toda esta confusión se debe al mantenimiento de determinadas normas en el Código Civil, como es el artículo 637.2, que resultan incoherentes tras la derogación de otras como el antiguo 1330. Esta problemática ha llevado a este autor a considerar lógica la operatividad del derecho de acrecer o por aplicación analógica a este caso del 637.2, o por una interpretación del precepto que atienda a su espíritu y finalidad; *Las donaciones por razón de matrimonio...*, cit., pág. 201.

(127) GÓMEZ CORRALIZA, B., «Derecho de acrecer y donaciones por razón de matrimonio», en *Actualidad Civil*, 1991-3, págs. 497-506; SIRVENT GARCÍA, J., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Valencia, 2003, pág. 40.

Resulta interesante, al respecto, la sentencia de la AP de Madrid, de 5 de mayo de 1999 [RJ 1999/7674], en la cual se admite la operatividad del derecho de acrecer en un supuesto de fallecimiento del marido cuando ha existido una donación conjunta por razón de matrimonio efectuada por el padre del esposo, en aplicación del artículo 637 del Código Civil.

(128) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, F., *Derecho de familia*, Madrid, 1989, pág. 209.

por razón de matrimonio, ya que se refiere a donaciones conjuntas hechas a marido y mujer, y no a futuros esposos, sin embargo, para ALBALADEJO al existir una cierta identidad de fundamento propiciadora de igual trato sobre este punto respecto a la donación conjunta, sea hecha por razón de matrimonio, o lo sea a los ya casados, se debe llegar a la conclusión de que el artículo 637.2 alcanza a las donaciones por razón de matrimonio, de tal modo que, sin necesidad de establecerlo, tendrían los futuros esposos derecho de acrecer (129).

Independientemente de que se considere aplicable el artículo 637, en su párrafo primero, o en su párrafo segundo, a las donaciones por razón de matrimonio, el problema gira más bien en torno a si realmente podemos hablar de una vacante que tenga como efecto la operatividad del acrecimiento en sentido técnico, para el caso de no aceptación de la donación por alguno de los cónyuges o futuros esposos. A nuestro juicio, aunque ciertamente pueda producirse una incrementación en la cuantía a recibir a favor del otro esposo o futuro esposo, ya sea a través de una manifestación expresa, ya sea porque nuestro Código Civil recoja una presunción favorable a dicho incremento, en ningún caso podemos hablar de derecho de acrecer en sentido técnico, ya que ni los presupuestos ni la esencia de este fenómeno sucesorio concurren en este supuesto.

IV. CONCLUSIONES

Cuando se trata de analizar la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, resulta difícil ofrecer una teoría general favorable a su admisibilidad, puesto que su campo de actuación no solo va a depender de la naturaleza del negocio, sino también de su propio funcionamiento y estructura. Ello dificulta sobremanera las posibilidades de admitir el derecho de acrecer de manera generalizada en toda clase de negocios, al chocar en muchos casos la figura del acrecimiento con la propia configuración del negocio. En este sentido, analizar caso por caso los supuestos de incrementación que tienen lugar en los negocios *inter vivos*, para poder llegar a una solución individualizada en relación a su operatividad, resulta una tarea ardua y compleja.

En términos generales, teniendo en cuenta que no existe una regulación específica sobre la operatividad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*, no parece que pueda admitirse de manera generalizada ni siquiera con base en el principio de libertad contractual, dados los problemas de incompatibilidad que se producen a la hora de aplicar los presupuestos del acrecimiento sucesorio. En la mayoría de los casos su propia naturaleza o funcionamiento no permiten que concurren los presupuestos de la institución.

(129) «Comentario al artículo 637 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1617.

En relación a negocios concretos, tampoco parece acertado asimilar al acrecimiento los casos de incrementación que tienen lugar en la sucesión *inter vivos*. Aunque ciertamente existen casos de incrementación, producidos en una situación de cotitularidad de un determinado derecho, dada la no adquisición o el fallecimiento *a posteriori* de alguno de los titulares, no creemos que dichos supuestos sean asimilables al derecho de acrecer en sentido técnico. De hecho, tras analizar los supuestos de incrementación como la renuncia liberatoria del comunero, el fallecimiento de alguno de los pensionistas en el contrato de renta vitalicia o el pacto de supervivencia en la compraventa; o supuestos más claros de incrementación por aparecer regulados en nuestro Código Civil, concretamente en los artículos 521 y 637 del Código Civil, no podemos entender que en dichos preceptos se esté haciendo referencia al derecho de acrecer. Esta conclusión se extrae del propio funcionamiento de estos negocios, que por su propia naturaleza no admiten la aplicación del derecho de acrecer, resultando inoperante de todo punto, al ser inviable la extrapolación de los presupuestos del derecho de acrecer.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: «La delación solidaria», en *RJC*, 1975, págs. 449-482.
— *Derecho Civil, III*, vol. 1.º, Barcelona, 1983.
— «Comentario al artículo 637 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1615-1617.
AMORÓS GUARDIOLA, M.: «Prohibición contractual de disponer y derechos de adquisición preferente», en *ADC*, 1965, págs. 953-968.
BADENAS CARPIO: *La renta vitalicia onerosa*, Navarra, 1995.
BARASSI, L.: *Le Successioni per causa di morte*, Milano, 1944.
BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954.
— *La renta vitalicia*, Madrid, 1963.
BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: «Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario», en *RDP*, 1955, págs. 1101-1129.
— *El derecho de acrecer (negocios inter vivos y mortis causa)*, Madrid, 1956.
BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994.
BONET BONET, F. V.: «Observaciones sobre la accesión en nuestro derecho positivo», en *RGLJ*, 1971, págs. 103-128.
BONET CORREA, J.: *La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio del comunero*, Madrid, 1961, págs. 241-296.
— *Compendio de Derecho Civil*, tomo V, Madrid, 1965.
BOSCH CAPDEVILA, E.: *L'accreixement en el Dret Successori català*, 7, Barcelona, 2002.
— «El concepto de derecho de acrecer», en *Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo*, Murcia, 2004, págs. 637-692.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: Voz «renta vitalicia», en *Enciclopedia Jurídica*, vol. IV, Madrid, 1995, págs. 5791-5793.
- CARIOTA-FERRARA, L.: *Le Successioni per causa di morte*, vol. I, parte general, Napoli, 1962.
- CARNEVALE, V.: «La fattispecie costitutiva del diritto di accrescimento», en *Diritto e giurisprudenza*, 1954, págs. 161-169.
- CAÑIZARES LASO, A.: *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001.
- «Arrendamiento con opción de compra: cesión del derecho a favor de uno de los titulares (comentario a la STS de 6 de noviembre de 1989)», en *Poder Judicial*, núm. 20, 1990, págs. 75-84.
- «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», en *ADC*, 1991, págs. 1453-1528.
- Voz «prohibiciones de disponer», en *EJB*, 1995, págs. 5270-5273.
- «Prescripción y caducidad: la opción de compra, un ejemplo de derecho potestativo», en *Sepin*, núm. 5, 2010, págs. 29-35.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 2.º, vol. 1.º, Madrid, 1992.
- *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 3.º, vol. 1.º, Madrid, 1992.
- *Derecho Civil español, común y foral*, tomo 4.º, Madrid, 1993.
- «Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *RGLJ*, 1929, págs. 226-241.
- CHOL, J.: *La clause d'accroissement entre coacquéreurs d'immeuble*, Lyon, 1933.
- DE BUEN, D.: *Notas a Colin y Capitant*, Madrid, 1984.
- *Notas a Colin y Capitant*, tomo 4, Madrid, 1981.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
- DE CUPIS, A.: *Istituzione di Diritto Privato*, Milano, 1983.
- DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, F. C.: *Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral*, tomo 4.º, Madrid, 1920.
- *Instituciones de Derecho Civil español*, tomo III, Madrid, 1932.
- DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000.
- «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», en *RDP*, 1971, págs. 803-821.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, Madrid, 1995.
- *Sistema de Derecho Civil, II*, Madrid, 1999.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Introducción, Teoría del Contrato*, vol. I, Madrid, 2007.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: «Comentario al artículo 521 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), tomo VII, vol. 1.º, Madrid, 1992, págs. 571-583.
- ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, Madrid, 1983.
- FELIU REY, M. I.: *El tanteo convencional*, Madrid, 1997.
- FERRI, L.: *La autonomía privada* (trad.: SANCHO MENDIZÁBAL), Madrid, 1968.
- FLUME, W.: *El negocio jurídico. Parte General del Derecho Civil*, tomo II (trad.: Miquel GONZÁLEZ y GÓMEZ CALLE), Madrid, 1998.

- GALGANO: *El negocio jurídico* (trad.: BLASCO GASCÓ y PRATS ALBENTOSA), Valencia, 1992.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: «Usufructo sucesivo de cónyuges y cusufructo», en *RDN*, 1967, págs. 61-111.
- GAZZARA, G.: Voz «Accrescimento», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo I, 1958, págs. 321-330.
- *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, Milano, 1956.
- GÓMEZ CORRALIZA, B.: «Admisibilidad del derecho de acrecer en los negocios *inter vivos* incluidos los onerosos», en *RDP*, 1999, págs. 827-862.
- «Derecho de acrecer y donaciones por razón de matrimonio», en *Actualidad Civil*, 1991-3, págs. 497-508.
- GÓMEZ GÁLIGO, F. J.: *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ, J.: «La renuncia en el Derecho Inmobiliario», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo 2, Madrid, 1948, págs. 2-45.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J.: «El acrecimiento en la mejora», en *Estudios de arte menor*, vol. II, Pamplona, 1964, págs. 207-286.
- «El acrecimiento en la mejora», en *AAMN*, 1950, págs. 517-588.
- LACAL, P.: «El derecho de acrecer entre herederos forzosos», en *RCDI*, 1931, págs. 260-263.
- LACRUZ, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. 2, Madrid, 2004.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y ALBALADEJO, M.: *Derecho de Sucesiones (parte general)*, Barcelona, 1961.
- LACRUZ BERDEJO y otros: *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, Madrid, 2004.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: «Sobre la perfección de los contratos y el Código Civil», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, págs. 395-422.
- «Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación», en *RDP*, 1964, págs. 275-299.
- LUCINI CASALES, A.: «El derecho de acrecer en los negocios jurídicos *inter vivos*», en *Estudios en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, tomo II, 1976, págs. 237-272.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.: «Comentario al artículo 353 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil Español*, tomo III, Madrid, 1976, págs. 238-241.
- «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, tomo III, Madrid, 1976, págs. 527-536.
- «Comentarios a los artículos 623 y 629 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1910, págs. 159-162 y 177-182.
- «Comentario al artículo 637 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, tomo V, Madrid, 1910, págs. 217-220.
- «Comentarios al artículo 1258 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1907, págs. 617-621.
- MARTÍN LEÓN, A.: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Navarra, 2002.
- «Derecho de acrecer y donaciones por razón de matrimonio», en *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Granada, 2000, págs. 1075-1084.

- MARTÍNEZ SARRIÓN, A.: «Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer», en *RD*, 1964, págs. 89-107.
- MENÉNDEZ MATO, J. C.: *La oferta contractual*, Pamplona, 1998.
- MENGUAL, J. M.: «La opción como derecho y como contrato», en *RGLJ*, 1936, págs. 131-219.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: «El pacto de opción y el derecho que origina», en *RCDI*, 1951, núm. 273, págs. 257-279.
- MIQUEL, J. M.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), tomo V, vol. 2, Madrid, 1985, págs. 102-121.
- «Comentarios al artículo 395», en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1078-1081.
- MOLLEDA FERNÁNDEZ: «El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo», en *Estudios de Derecho Privado*, vol. II, Madrid, 1965, págs. 325-380.
- MONTÉS PENADÉS, V.: «El modo testamentario y las prohibiciones de disponer», en *ADC*, 1974, págs. 301-340.
- MORENO QUESADA, B.: «Comentarios al artículo 521 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1378-1380.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q.: «Comentario al artículo 353 del Código Civil», en *Código Civil*, tomo VI, Madrid, 1949, págs. 524-532.
- «Comentario al artículo 395 del Código Civil», en *Código Civil*, tomo VII, Madrid, 1943, págs. 321-325.
- «Comentario al artículo 1255 del Código Civil», en *Código Civil*, tomo XX, Madrid, 1958, págs. 559-590.
- «Comentario al artículo 1262 del Código Civil», en *Código Civil*, tomo XX, Madrid, 1958, págs. 658-666.
- NICOLÒ, R.: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, 1934.
- OSSORIO MORALES, J.: *Manual de Sucesión testada*, Madrid, 1957.
- PALMIERI, L.: «Il diritto di accrescimento nelle donazioni», en *Rivista di diritto civile*, Milano, 1928, págs. 1-61.
- PELLICER, J.: voz «Oferta», en *NEJ*, Barcelona, 1986, págs. 365-405.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de familia*, Madrid, 1989.
- *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 2001.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, III-3, Barcelona, 1974.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, II-1.º, Barcelona, 1978.
- PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil*, tomo 2, Barcelona, 1966.
- *Compendio de Derecho Civil*, tomo 3, Barcelona, 1966.
- REVERTE NAVARRO, A.: «Comentario al artículo 1255 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), tomo XVII, vol. 1.º-A, págs. 100-296.
- RICCI, F.: *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, vol. III, *Delle Successioni*, Torino, 1886.
- ROBBE, U.: *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel Diritto Romano Classico*, Milano, 1953.
- ROCA JUAN, J.: «La renuncia liberatoria del comunero», en *ADC*, 1957, págs. 91-126.

- ROCA SASTRE, R. M.: «El llamado derecho de acrecer. Sus aplicaciones en el Derecho Sucesorio y fuera de él», en *Estudios de Derecho Privado*, tomo II, Madrid, 1948, págs. 217-257.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: «Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las Comunidades», en *RCDI*, 1979, págs. 1269-1334.
- SCOGNAMIGLIO, R.: *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, Milano, 1951.
- SENIN, A.: «Il diritto di accrescimento contrattuale», en *RDC*, 1938, págs. 205-229.
- SIRVENT: *La donación con cláusula de reversión*, Valencia, 2000.
- SIRVENT GARCÍA, J.: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Valencia, 2003.
- STOLFI, G.: *Teoría del negocio jurídico* (trad.: SANTOS BRIZ), Madrid, 1959.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho Común y en el foral catalán», en *RDP*, 1944, págs. 709-728.
- VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo II-4, Valladolid, 1936.
- *Tratado de Derecho Civil español*, tomo 3, Valladolid, 1937.
- VÁZQUEZ BARROS, S.: *La comunidad de bienes en el Código Civil*, Barcelona, 2005.
- VENEZIAN, G.: *Usufructo, uso y habitación* (anot.: CASTÁN TOBEÑAS), Madrid, 1928.
- WOLFF, M.: *Derecho de cosas* (trad.: PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER), vol. 2, Barcelona, 1937.
- XIRAU, J. R.: «Estudios sobre la formación del concepto de la donación en el Derecho Privado», en *RGLJ*, 1971, tomo 143, págs. 297-385.

RESUMEN

DERECHO DE ACRECER SUCESIÓN MORTIS CAUSA

El derecho de acrecer es un fenómeno jurídico que tiene su sede natural en la sucesión mortis causa, lo que unido a la complejidad que supone la traslación a los negocios inter vivos de los presupuestos que conforman el derecho de acrecer, así como la diferente configuración, estructura y funcionamiento de esta clase de negocios, hacen inviable todo intento de construcción de una teoría general del acrecimiento en los negocios inter vivos.

ABSTRACT

RIGHT OF ACCRETION SUCCESSION MORTIS CAUSA

The is a legal phenomenon that has its natural place in the succession mortis causa, which together with the complexity of the transfer inter vivos businesses budgets that comprise the right of accretion, and the different configuration, structure and operation of this kind of business, make impracticable any attempt to construct a general theory of accretion in business inter vivos.

(Trabajo recibido el 20-12-2010 y aceptado para su publicación el 1-2-2012)

DICTÁMENES Y NOTAS

Régimen jurídico de los bienes privativos confesados

por

JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN
*Registrador de la Propiedad excedente
Notario de Madrid*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

A) CONCEPTO.

B) REGULACIÓN LEGAL: EL ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO CIVIL Y CONCORDANTES DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO:

ANTECEDENTES LEGALES.

CAMBIOS LEGISLATIVOS: RÉGIMEN VIGENTE:

En el Código Civil.

La cuestión en los derechos forales.

Régimen transitorio.

Reforma hipotecaria.

C) NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFESIÓN.

D) DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES:

a) ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD.

b) TRANSMISIÓN DE UN BIEN GANANCIAL A UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES.

c) ATRIBUCIÓN DE PRIVATICIDAD.

E) IMPUGNACIÓN DE LA CONFESIÓN.

F) LÍMITES A LA CONFESIÓN:

A) LEGITIMARIOS.

B) ACREEDORES.

G) ASPECTOS REGISTRALES:

1. FORMA DE PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN DEL BIEN CONFESADO.

2. RÉGIMEN DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN.
3. RÉGIMEN DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN.
4. EMBARGO DE LOS BIENES PRIVATIVOS CONFESADOS.

ESTUDIO DETALLADO DE LAS CUESTIONES MÁS POLÉMICAS:

1. ACTOS DISPOSITIVOS DEL TITULAR REGISTRAL, VIVIENDO EL CONFESANTE.
2. ACTOS DISPOSITIVOS DEL TITULAR REGISTRAL, FALLECIDO EL CONFESANTE:

Fundamento legal de la exigencia de consentimiento de los legitimarios.
Efectos de la extralimitación reglamentaria.
Excepción.

3. LÍMITES DE LA CONFESIÓN.
4. CONSTANCIA REGISTRAL POSTERIOR DEL CARÁCTER PRIVATIVO ACREDITADO.
5. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.
6. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.
7. CONFESIÓN DE PRIVACIDAD Y EL REGISTRO MERCANTIL.
8. CONFESIÓN DE PRIVACIDAD Y EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

- H) MEDIDAS CAUTELARES QUE SE INTRODUCEN EN LAS ESCRITURAS PARA EVITAR EL ULTERIOR CONSENTIMIENTO DE LOS LEGITIMARIOS.
- I) CUESTIONES FISCALES.

INTRODUCCIÓN

Este año se cumplen treinta años desde la aprobación de las importantísimas reformas llevadas a cabo del Código Civil por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, que modernizaron nuestro Derecho de Familia, de conformidad con los principios constitucionales. Es una buena excusa para hacer un juicio crítico de la misma, que ha de ser, en global, positivo. Ello no es óbice para advertir que ha habido cuestiones que se han manifestado especialmente polémicas. Y, entre estas, a mi juicio, la que más interrogantes ha planteado es el régimen jurídico de los bienes privativos confesados, bienes que tienen, tras la reforma normativa, un régimen jurídico propio, peculiar y distinto, tanto de los demás bienes privativos de los cónyuges, como de los bienes real o presuntivamente gananciales. Solo hay que comprobar la cantidad de sentencias y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el tema, máxime teniendo en cuenta que son relativamente escasos los bienes que tienen tal carácter. Ello es debido a que su régimen jurídico no ha sido del todo bien resuelto en los textos legales. El objeto de las presentes notas es poner de manifiesto los problemas que en la práctica diaria nos encontramos. Todos los problemas que se plantean son reales y son fruto del llamado «derecho vivido». La intención del autor es más plantearlos que resolverlos, aunque intento dar soluciones a todos ellos, mejor o peor fundadas. Por ello se ha desarrollado de forma esquemática (a modo de apuntes), que permitan encontrar la cuestión

planteada con facilidad, y se han excluido citas bibliográficas que puedan alargar en exceso el mismo. Se ha sido especialmente cuidadoso en la elección de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque en no pocas ocasiones se discrepe de sus criterios y conclusiones.

A) CONCEPTO

Vamos a llamar bienes privativos confesados a aquella categoría especial de bienes adquiridos a título oneroso constante matrimonio por uno solo de los cónyuges casado en régimen legal de gananciales, y cuyo carácter privativo resulta de la sola confesión de su consorte acerca del carácter privativo de la contraprestación efectuada. Lo característico de tales bienes es que tienen un régimen jurídico peculiar y distinto de otros de los cónyuges (ya sean privativos de cada uno, ya sean comunes en *pro indiviso* ordinario, bienes gananciales, real o presuntivamente), y este peculiar régimen es el que se va a pretender analizar y estudiar. Vamos a delimitar las características definitorias de los mismos:

- a) Estamos refiriéndonos al régimen de gananciales, ya que solo en este régimen es donde tienen un régimen peculiar y propio, por efecto de la presunción de ganancialidad activa (1361 CC). En el régimen de separación, por el contrario, carecen de régimen específico: aunque en dicho régimen existe una presunción de comunidad análoga (art. 1441 CC), la consecuencia de tal confesión son bienes propios sin especialidad alguna respecto de los demás bienes propios del cónyuge titular. En la práctica, la presunción del artículo 1441 del Código Civil solo produce efectos a falta de título de adquisición, pues existiendo este, el bien será del adquirente, con independencia de que el dinero invertido sea de uno u otro cónyuge (es decir, no se predica la subrogación real). En todo caso, hemos de tener en cuenta que ambas presunciones (1361 y 1441 CC) son de naturaleza *iuris tantum*, y se predicen para todos y cada uno de los bienes existentes en el matrimonio, cuya procedencia propia de los cónyuges no pueda acreditarse.

Si, en vez de matrimonio, hay una simple unión de hecho, ¿operan las presunciones citadas? La STS (1.ª) de 12 de noviembre de 2005, citando doctrina del Tribunal Constitucional (STC 184/1990 y 222/1992) señala, quizá de forma excesivamente radical, que la unión de hecho nada tiene que ver con el matrimonio (ya determinaron la inaplicabilidad de las normas sobre régimen económico conyugal las SSTS (1.ª) de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994 y otras), la cuestión merece un breve examen:

- Se estará, en primer lugar, a lo que hayan convenido los convivientes en documento público, siendo válido el pacto de sometimiento al régimen de gananciales (STS de 1 de diciembre de 1993) o a la comunidad de bienes (STS de 21 de octubre de 1992 y 11 de diciembre de 1992).
- A falta de dicho pacto, admiten la vigencia del régimen de la comunidad de bienes por hechos concluyentes [*per facta concludenda*, STS (1.ª) de 21 de octubre de 1992, 30 de diciembre de 1994 y 23 de julio de 1998]. La STS (1.ª) de 27 de marzo de 2001 señala que, en uniones de hecho, y a falta de pacto, las relaciones entre los convivientes *more uxorio* se regirán, por analogía, por las normas del régimen de separación de bienes (es decir, plena independencia de los patrimonios de los convivientes), por lo que se aplicaría la presunción del 1441 del Código Civil.
- La reciente STS (1.ª) de 16 de junio de 2011 determina que no cabe apreciar analogía entre matrimonio y unión de hecho: No cabe, por tanto, hablar de régimen matrimonial, salvo que hubieran pactado la comunidad de bienes o cualquier otro sistema.

En todos los casos, se adopte una u otra postura, sería una norma de régimen interno (entre los convivientes), sin trascendencia frente a terceros.

- b) Además, ha de tratarse de adquisiciones durante la vigencia de la sociedad conyugal, dado que si fueron adquiridos antes de su celebración (*ex art.* 1346.1 CC, con la posible excepción del art. 1357 CC), o después de su disolución, los bienes serán privativos o propios. Como de títulos de adquisición se trata, lo determinante es el momento de la adquisición (otra cosa será la prueba). El título de adquisición puede ser público, privado o incluso verbal, sin perjuicio de cumplir el requisito de titulación pública para acceder al Registro de la Propiedad.

La cuestión más discutida es el supuesto de separación de hecho, a falta de acuerdo capitular pactando el régimen de separación de bienes: El tema nos remite a determinar la vigencia o no de la presunción de ganancialidad en tal situación, cuestión que dista mucho de ser pacífica, y que ha dado lugar a resoluciones judiciales y doctrinales varias. El TS (1.ª), a partir de la sentencia de 13 de junio de 1986, señala que en caso de separación de hecho no hay presunción de ganancialidad, al faltar el fundamento mismo de la sociedad de gananciales, interpretación que es acorde a la realidad social, no actuando de buena fe el cónyuge que reclama la mitad (STS de 26 de noviembre de 1987), suponiendo un ejercicio anormal del derecho tal pretensión (STS de 17 de junio de 1988). En el ámbito registral, y dada la dificultad de acreditar la sepa-

ración de hecho, teniendo en cuenta los estrechos medios que cuenta el Registrador para calificar, la Resolución de 11 de octubre de 2006 señala que la presunción de ganancialidad rige en la separación de hecho.

- c) Se refiere siempre a un ACTIVO (bien o derecho). ¿Puede referirse, asimismo, a una deuda (PASIVO)? Ha de tenerse en cuenta que en nuestro Derecho Civil Común no existe una correlativa presunción de ganancialidad pasiva (aunque trate de inducirla Santiago ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA). Así lo señalan, entre otras muchas, la STS (1.^a) de 24 de septiembre de 1987 y las Resoluciones de 18 de marzo de 1988, 15 de febrero de 2002, 15 y 24 de abril de 2002, 5 de junio de 2002 y 18 de julio de 2002, al no existir norma legal que así lo determine. Por tanto son, en cuanto a deudas, de plena aplicación las normas ordinarias sobre los efectos de toda confesión: no hay obstáculo legal para que pueda confesarse la privaticidad de una deuda, siempre en términos de prueba.
- d) Puede referirse a cualquier bien o derecho, de cualquier clase o naturaleza, ya sea mueble o inmueble, corporal o incorporeal, si bien, respecto de los bienes muebles, la habitual falta de título de propiedad (a lo más, existe una factura, con efecto probatorio limitado), el escaso juego de hecho del mecanismo protector del tráfico mobiliario (464 CC), de difícil aplicación práctica si los cónyuges viven juntos, supone, *de facto*, que la presunción de ganancialidad opere, en la práctica, como si fuera una presunción casi *iuris et de iure*, por la dificultad práctica de la prueba contraria, a la que solo puede oponerse la confesión de privaticidad.
- e) La presunción de ganancialidad opera, ya se adquiera la totalidad del mismo o a una parte indivisa del mismo. Ello no impide que puedan ser adquiridos en *pro indiviso* por ambos consortes, en cuanto a la participación que libremente determinen en función del origen de la contraprestación, en cuyo caso cada participación tendrá el carácter de bien confesado de cada uno de ellos. Se exceptúan los casos de los artículos 1353 y 1355 del Código Civil, como veremos.
- f) Se ha de tratar de bienes adquiridos a título oneroso, es decir, con contraprestación, y tiene su fundamento normativo en el principio de subrogación legal (art. 1347.3 CC), entendido en el doble aspecto que resulta del citado precepto: es decir, no solo a la «subrogación real inmediata» (por sustitución de un bien por otro) sino también a la «subrogación real mediata» (adquisición a costa de otros bienes privativos). Si son adquiridos a título gratuito serán privativos del adquirente (*ex art. 1346.2 CC*), salvo disposición conjunta a ambos cónyuges, si el disponente no dispone lo contrario (*ex art. 1353 CC*). ¿Quid de los bienes adquiridos por un precio o contraprestación muy inferior a la de mercado? Si no hay más contraprestación (aunque sea ínfima), será un

bien privativo confesado adquirido a precio muy barato. Si el carácter privativo de la contraprestación es solo parcial, propiamente estaríamos en el caso de un bien mixto, y el carácter confesado solo lo será en cuanto a la proporción correspondiente.

- g) El carácter privativo del precio o la contraprestación no ha de resultar justificada o acreditada expresamente (con prueba expresa y plena, STS 1.^a de 29 de noviembre de 1991), sino simplemente aseverada o manifestada por la simple confesión del consorte.
- h) La confesión puede ser simultánea al momento de su adquisición, o bien hacerse posteriormente, pero siempre referida a adquisiciones durante la vigencia de la sociedad conyugal y antes de su liquidación. Si la confesión se ha producido una vez disuelta y liquidada la sociedad conyugal, el régimen del bien será privativo ordinario, pues no hay régimen legal específico de los bienes confesados fuera de la sociedad de gananciales. Así se induce de la Resolución de 27 de junio de 2005, al determinar que inscrito un bien en el Registro con carácter ganancial, los cónyuges, en el convenio regulador, en el que liquidaban la sociedad conyugal, pueden aseverar la procedencia privativa del precio y asignarle carácter privativo, dado la libertad que tienen para contratar: pero será un bien propio no un privativo confesado.
- i) Si, en un momento posterior a la confesión, se acreditara la procedencia privativa de la contraprestación, dejaría de ser bien privativo confesado y pasaría a ser bien privativo acreditado, por el mismo juego del principio de subrogación legal.

B) REGULACIÓN LEGAL: EL ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO CIVIL Y CONCORDANTES DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

ANTECEDENTES LEGALES

En Derecho romano, al no existir régimen de comunidad conyugal, la cuestión no se plantea. Todos los bienes son del marido, salvo los dotales, presumiéndose la privaticidad del marido respecto de aquellos cuya propiedad no puede acreditarse (la llamada presunción muciana):

- a) *Antes del Código Civil.* A partir de las Leyes de Estilo (Ley 203), posteriormente recogida en la Novísima Recopilación (Ley 4, Título 4 del Libro 10), vigente el régimen de gananciales, se presumía la ganancialidad de los bienes cuya procedencia privativa o parafernial no estuviera acreditada. Para los regímenes de separación de bienes, por el juego del instituto de la dote, regía la presunción muciana (propiedad privativa del

marido para todos aquellos bienes cuya propiedad no puede acreditar la mujer: Ley 303 de Estilo).

En el Derecho Histórico español común se prohibía solo la donación y la fianza entre los cónyuges, pero no el resto de los contratos entre ellos. La jurisprudencia, no obstante, mantuvo, antes de la entrada en vigor del Código Civil, la prohibición general de contratar entre cónyuges.

- b) *El Código Civil, en su versión originaria.* Contiene, siguiendo en este punto el Proyecto de 1851 de GARCÍA GOYENA, tres preceptos que limitan la contratación entre cónyuges:

- Prohibición de comprarse bienes entre ellos, salvo el caso de separación de bienes o separación judicial (1.458 CC, basado en el 1380 del Proyecto de 1851), prohibición que se extiende a todo contrato oneroso (Resolución de 22 de noviembre de 1932, referida a la dación en pago; STS de 12 de diciembre de 1899, referida a la transacción).
- Prohibición de donación entre ellos una vez celebrado el matrimonio (1334 CC, basado en el 1259 del Proyecto), incluso de forma indirecta (1335 CC).
- Prohibición de pactar sociedad universal (1677 CC, basado en el 1571 del Proyecto).

La presunción de ganancialidad se contiene en el artículo 1407 del Código Civil, y solo cede en caso de prueba plena y fehaciente en contrario, no bastando los simples indicios o presunciones (vid. SSTs de 7 de julio de 1933, 19 de diciembre de 1957, 24 de noviembre de 1960, 28 de octubre de 1965, 8 de enero de 1968 y otras muchas más). La mera manifestación del cónyuge adquirente sobre el origen de los fondos no destruye la presunción de ganancialidad (Resolución de 28 de mayo de 1998), incluso aunque manifieste que proviene de una donación recibida con anterioridad (Resolución de 7 de diciembre de 2000) o cuando se exhiba un resguardo de la transferencia bancaria de una cuenta a nombre del adquirente casado en régimen de gananciales (Resolución de 10 de octubre de 2005).

Cuando se dice «salvo prueba en contrario» debemos referirlo a cualquier prueba que acredite plenamente que el dinero no es común, ya sea por ser privativo de cualquiera de los cónyuges, o incluso de un tercero: Las SSTs (1.^a) de 24 de febrero de 2000 y 18 de julio de 2000 estimaron que no opera la presunción de ganancialidad cuando se acredita en forma plena que el dinero con el que se compró fue pagado por un familiar de uno de los cónyuges, aun cuando fuera inscrito en el Registro con carácter presuntivamente ganancial.

La dificultad de la prueba en contrario es máxima:

- a) Si el pago se hizo en dinero, dado el carácter fungible del mismo (verdadera *probatio diabólica*: vid., en tal sentido, las interpretaciones rigoris-

tas de la STS de 3 de febrero de 1966 y las Resoluciones de 21 de mayo de 1998, 18 de octubre de 1999, 7 de diciembre de 2000, 10 de octubre de 2005 y 11 de octubre de 2006, ya estas dictadas al amparo de la legislación vigente, que en este punto no ha cambiado sustancialmente).

- b) Tratándose de bienes muebles, dada la falta de título de adquisición y dado el escaso juego en este caso del artículo 464 del Código Civil. Si los cónyuges viven juntos, es prácticamente inatacable la presunción, máxime si la sola posesión de bienes muebles no es bastante para combatir la presunción de ganancialidad (STS de 23 de marzo de 1979).

Regulación hipotecaria. Dado lo terminante del Código Civil, la legislación hipotecaria carecía de cualquier referencia a los bienes privativos por la sola confesión del consorte, máxime cuando el 1232 del Código Civil, dispone que la confesión hace prueba contra su autor (o sus herederos), exceptuándose el caso que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes, cual es el caso. La Resolución de 6 de junio de 1936 señala que, adquirida una finca por el marido con dinero que este confesó como parafernial, e inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de la esposa, es inscribible la venta hecha por la esposa con licencia del marido (licencia que técnicamente debe entenderse como un consentimiento, según el Centro Directivo).

c) *Intentos de dar algún tipo de efectos a la confesión:*

- En la doctrina jurídica, a partir de VALLET DE GOYTISOLO, se trató de flexibilizar el régimen entonces vigente, admitiendo la validez de la confesión de privaticidad, pero solo en el ámbito interno (entre cónyuges) y sin efectos externos.
- El Tribunal Supremo (1.^a), a partir de la sentencia de 2 de febrero de 1951 señala la eficacia *inter partes* de la confesión, alcanzando esta vinculación a los herederos, en cuanto no perjudique a las legítimas. La STS (1.^a), de 28 de octubre de 1965, resume la jurisprudencia habida hasta la fecha sobre la cuestión. En todas ellas se resalta que la confesión de privaticidad, realizada por el cónyuge del adquirente, se refiere a una cuestión en el ámbito de los hechos (ya que la vía comercial estaba excluida al estar prohibida, entonces, la contratación entre los cónyuges), teniendo en consideración que la confesión (1232 CC, hoy derogado a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil) hace prueba contra su autor (o sus herederos), exceptuándose el caso que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes, y pudiendo, en todo caso, ser desvirtuada por prueba en contrario.
- El artículo 95.3 del Reglamento Hipotecario (introducido en la Reforma de 1959) disponía que: «cuando en la adquisición por cualquiera de

los cónyuges asevere el otro que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente, sin acreditarlo, se practicará la inscripción a favor de este y se hará constar dicha circunstancia, sin que el precepto prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes». Como señala la STS de 27 de mayo de 2005, dicha regulación registral se explica en base a la jurisprudencia recaída en la interpretación del artículo 1407 del Código Civil.

CAMBIOS LEGISLATIVOS: RÉGIMEN VIGENTE

En el Código Civil

La Reforma del Código Civil (Ley de 13 de mayo de 1981) da una nueva redacción a la totalidad de los preceptos relativos a la sociedad de gananciales. No vamos a tratar del controvertido tema de la naturaleza jurídica de la misma. Tan solo recordar que hay que distinguir entre titularidad del bien (bajo el principio del artículo 71 del Código Civil, que impide que ningún cónyuge se irrogue la representación del otro, o lo que es igual, que imponga al consorte una titularidad no querida) y el carácter del mismo (ya sea privativo acreditado del adquirente, privativo confesado, ganancial o presuntivamente ganancial: así se deduce del artículo 1347.3 cuando se indica que son gananciales las adquisiciones a título oneroso a costa del caudal común, ya se haga la adquisición bien para la comunidad bien a favor de uno de los cónyuges). Refiriéndonos al concreto tema de nuestro estudio (los bienes privativos confesados) es fundamental tomar en consideración dos preceptos, los artículos 1323 y 1324 (cuya literalidad resulta del primer Proyecto presentado en el Congreso, ya que no sufrieron variación alguna en su *iter* parlamentario), ubicados en sede del régimen primario (y aplicable a cualquier régimen económico-matrimonial), que son:

- el que permite expresamente la contratación entre cónyuges (antes prohibida): artículo 1323 del Código Civil,
- y el artículo 1324 del Código Civil, que dispone: «Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión, por sí sola, no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges». Consuelo RIBERA, al comentar el precepto, alaba que el 1324 del Código Civil recupere la soberanía del Código Civil frente al RH (luego veremos que la reforma del RH vuelve a la situación anterior). DE LOS MOZOS y LACRUZ BERDEJO quieren ver en este artículo el precedente del régimen de la confesión de la dote (dote confesada, art. 1343 CC anterior), que no

producía otro efecto que el de una obligación personal de restitución, no pudiendo exigirse del marido la constitución de hipoteca legal por tales bienes (art. 1344 CC anterior). A mi juicio, el verdadero antecedente es la doctrina anterior a la Reforma sobre los efectos de la sola confesión del cónyuge del adquirente. Este precepto ha sido justamente criticado por ser una reliquia histórica, basado en una predominancia del patrimonio ganancial sobre el privativo de los cónyuges (lo que hoy carece de justificación) y en una desconfianza en la actuación de los mismos (injustificada igualmente, dado que se permite libérrimamente la contratación entre ellos).

Al tratarse del régimen primario, se refiere, en principio, a cualquier régimen matrimonial y a cualquier adquisición, pero su especial y peculiar régimen jurídico viene determinado por las siguientes notas características (ya analizadas al conceptualizar los mismos):

- En el régimen de gananciales, dada la rigidez de presunción de ganancialidad (1361 CC), que implica una alteración de la doctrina de la carga de la prueba (STS de 26 de diciembre de 2002) y exige pruebas eficaces y contundentes en contra: SSTs (1.^a) de 18 de julio de 1995 y 25 de septiembre de 2001. Ya vimos que la presunción del artículo 1441 del Código Civil, para el régimen de separación, no supone la creación de unos bienes con régimen jurídico peculiar. El citado 1361 del Código Civil es casi una reproducción literal del anterior 1407 del Código Civil (solo se sustituye «se reputan» por «se presumen», y se refiere ahora a «los bienes existentes en el matrimonio» y antes a «todos los bienes del matrimonio»), si bien debe ser interpretado al amparo de los nuevos principios rectores de nuestro Derecho de Familia.
- Es un precepto de efectos inmediatos (es decir, determina el carácter ganancial del bien, cualquiera que sea su titularidad), con vigencia durante el régimen. No faltan autores (MARTÍNEZ SANCHIZ, GARRIDO CERDÁ, CASTILLO TAMARIT...) que señalan que es posible, en base a los textos legales, dar una configuración más moderna y ajustada a los principios inspiradores de la reforma a la regulación de la sociedad de gananciales, partiendo de la idea de que lo determinante es la titularidad de los bienes (art. 71 CC), produciéndose durante su vigencia la comunicación solo de las ganancias, pero no de los bienes mismos, que no se produce sino al final, es decir, a la liquidación. RAMS, en la misma línea, se declara seducido por dar a la presunción un carácter puramente liquidatorio. La realidad es que la presunción se produce constante la sociedad de gananciales, según resulta del citado 1361 del Código Civil, de sus antecedentes históricos, el propio *iter* legislativo y del tenor del artículo 1347.3

del Código Civil, del que se deduce que la comunicación se produce de forma inmediata, durante la vigencia del régimen. Y en tal sentido:

- El 1324 del Código Civil no parece distinguir, en principio, cuándo se hayan adquirido (antes o después del matrimonio), aunque en la práctica solo opera respecto de los bienes adquiridos durante el matrimonio, como vimos antes.
- Y además, aunque no lo diga el precepto, se refiere a los adquiridos a título oneroso (pues los adquiridos a título gratuito son privativos por derecho propio (*ex art. 1346.2 CC*), salvo que sea una atribución conjunta a ambos cónyuges y aceptada por ambos, que será ganancial *per se*, salvo que el transmitente disponga lo contrario (*ex art. 1353 CC*)).

Objeto de la confesión: La cuestión de más interés práctico es precisar: ¿se refiere al carácter privativo del bien en sí mismo considerado, o solo se refiere al carácter privativo de la contraprestación?:

- Tesis del negocio atributivo: Del examen superficial y literal del citado 1324 del Código Civil parece referirse al bien en sí, ya que dispone: «que determinados bienes son propios del otro». Díez-PICAZO señala que el 1324 del Código Civil puede referirse tanto a hechos como a situaciones jurídicas (generalmente lo que se confiesa es la titularidad de los bienes), si bien en este caso debe de estar casualizado, por requerirlo así nuestro sistema jurídico causalista (1323 CC). Aunque en algún caso, STS (1.^a) de 18 de mayo de 1992 parece haber admitido la tesis de la eficacia traslativa, las SSTS (1.^a) de 15 de enero y 25 de septiembre de 2001 aclaran que la confesión no puede tener carácter traslativo.
- Tesis del negocio jurídico de fijación de la naturaleza del bien, cuando hay incertidumbre sobre su pertenencia a una u otra masa patrimonial): Esta tesis tiene difícil encaje con la admisibilidad de prueba en contrario, admitida unánimemente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.
- Tesis de la declaración de ciencia: el efecto autónomo de la confesión a que se refiere el 1324 del Código Civil debe referirse a hechos, careciendo de carácter negocial. Examinando los principios generales de nuestro Derecho Civil, o lo que es igual, al carácter privativo de la contraprestación, lo que determinará, por subrogación legal, el carácter privativo del bien (*ex 1346.3 CC*). No se regula en el Código Civil el bien privativos «por atribución», como veremos más adelante, lo que sería una puerta abierta al contrato abstracto, ajeno a nuestra tradición jurídica: así no es admisible, con carácter traslativo, el mero reconocimiento de dominio (la llamada por los clásicos la agnición). En igual sentido, la

STS (1.^a) 1216/2006, de 29 de noviembre de 2006, y la Resolución de 25 de septiembre de 1990, al señalar que la confesión de privaticidad se basa en la realidad o exactitud del hecho confesado, cual es la propiedad privativa de la contraprestación, no teniendo carácter traslativo ni atribuye un título de propiedad. El efecto inmediato es excluir en la liquidación de gananciales el bien confesado (STS de 23 de mayo de 2001). El hecho de que haya recaído confesión no es óbice para que pueda ser destruida por prueba plena [SSTS (1.^a) de 18 de julio de 1994 y 25 de septiembre de 2001].

Requisitos de la confesión. Esquemáticamente, siguiendo la STS (1.^a) de 29 de noviembre de 2006, podemos resumirlos en:

- 1.º Ha de tratarse de un bien o derecho adquirido por uno de los cónyuges (cónyuge titular). Si lo compran los dos, no cabe confesar la privaticidad: lo que hay que hacer es rectificar el título (Resolución de 23 de marzo de 2004).
- 2.º La confesión ha de ser realizada por el cónyuge del adquirente (aquel a quien perjudica la confesión). El hecho de la existencia, real o potencial, del perjuicio no es, de todas formas, determinante: puede haberse hecho pensando en mantener el bien fuera del alcance de los acreedores del confesante, manteniéndolo en poder del cónyuge (por eso puede ser impugnada, como veremos).
El confesante, que puede actuar personalmente o por apoderado con poder bastante (Resolución de 15 de enero de 2003).
- 3.º Ha de tener plena capacidad de obrar: podría pensarse que, al referirse a un mero hecho o declaración de ciencia (la procedencia privativa de la contraprestación) debería bastar la capacidad natural (GAVIDIA SÁNCHEZ), o la simple capacidad para contratar, entiendo que, dadas las especiales consecuencias de la confesión, parece exigir la plena disposición del bien mismo a que se refiere la confesión (tesis que ya mantuvo, antes de la reforma, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ).
- 4.º Ha de ser clara y terminante, no pudiendo inducir a dudas, ni ser presunta o indiciaria. En otro caso, el bien será presuntivamente ganancial (Resolución de 12 de mayo de 2007).

Es frecuente, en la práctica notarial, introducir en escrituras de capitulaciones matrimoniales una cláusula del siguiente o parecido tenor: «se considerarán bienes propios de cada cónyuge los que figuren a su nombre en títulos, registros o documentos, y aquellos en que no pueda determinarse así su titularidad, pertenecerán por mitad a ambos cónyuges». Tal declaración no implica confesión de privaticidad de los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges, rigiendo

en tales casos la presunción de ganancialidad [así la STS (1.ª) 1151/1997 de 19 de diciembre de 1997 y Resolución de 15 de diciembre de 2006].

Asimismo cabe señalar:

- a) Puede ser judicial o extrajudicial, según se haga o no en sede judicial. Respecto de la confesión judicial, ha de ser valorada en cada caso por el juez (Resolución de 9 de enero de 2001) y ha de hacerse conforme a los artículos 301 y siguientes LEC. SERRANO ALONSO se plantea la compatibilidad del artículo 1324 del Código Civil con el 316 LEC (que regula la valoración del interrogatorio de las partes), y así plantea dos opciones:
 - Bien entender que el 316 LEC, por ser norma posterior, y configurarse como parte de un sistema probatorio nuevo, que hace desaparecer los artículos 1214, 1215 y 1231 a 1253 del Código Civil, es de aplicación preferente, por lo que el artículo 1324 del Código Civil quedaría tácitamente derogado, en cuanto a confesión judicial.
 - Bien entender que el artículo 1324 del Código Civil es una norma especial, y la LEC ha querido mantener dicha especialidad, ya que no figura en la Disposición Derogatoria de la LEC. Tesis que me parece más pausable, ya que no impide la prueba en contrario.
- b) No tiene requisitos de forma: puede hacerse en documento público, o privado, incluso verbalmente (la dificultad estará en la prueba), e incluso en forma electrónica, con firma electrónica reconocida, que tiene el mismo valor que la firma manuscrita, es decir, la de un documento privado. Respecto de la hecha en documento público, este puede ser *inter vivos* o *mortis causa* (por ejemplo, en un testamento: Resolución de 13 de mayo de 2006). Puede hacerse asimismo en un convenio regulador (Resolución de 27 de junio de 2005), sin que sea imprescindible su homologación judicial, dado que dicho requisito es de eficacia (le dota de fuerza ejecutiva), pero no de validez: así SSTs (1.ª) de 27 de enero de 1998, 21 de diciembre de 1998 y 2 de marzo de 2004. Si ha de acceder al Registro de la Propiedad, habrá de revestir forma pública, por así exigirlo el artículo 3 LH.
- c) Puede ser, según BLANQUER UBEROS, simple (el cónyuge se limita a reconocer la privaticidad del mismo bien, o del dinero con el que fue adquirido) o compleja (cuando se realiza justificándolo), lo que reforzará su fuerza probatoria.
- d) Puede ser simultánea a la adquisición o hacerse en un momento posterior, pero siempre referida a bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal y antes de su liquidación. Puede ser hecha por los herederos del confesante, sin que sea preciso que se haga en el acto particional (Resolución de 27 de junio de 2003).

Respecto a la confesión producida con posterioridad al título de adquisición, no han de existir obstáculos a la misma en el mismo título de adquisición: Obviamente no los hay si el cónyuge titular hizo constar que lo adquiriría para sí [declaración que, obviamente, no basta para destruir la presunción de ganancialidad, STS (1.ª) de 21 de mayo de 1998], o incluso cuando nada dijo al respecto (en cuyo caso era presuntivamente ganancial). Pero, ¿qué pasa si el cónyuge titular, al tiempo de su adquisición, manifestó que lo hacía «para la sociedad de gananciales» o «con fondos de la sociedad conyugal». ¿Es obstáculo la confesión de su cónyuge para atribuir el carácter privativo confesado? Entiendo que no: la declaración hecha por el cónyuge titular no vincula al consorte confesante (*ex art. 71 CC*), y difícilmente puede aplicarse la doctrina de los actos propios a quien fue ajeno al contrato inicial. La STS (1.ª) de 9 de septiembre de 1997, en esta misma línea, señala que no es un obstáculo, al ser la confesión una cuestión de hecho.

Si la finca con posterioridad a la adquisición y antes de la confesión hubiera sido hipotecada, no requiere el consentimiento del acreedor hipotecario, dado que la hipoteca no resulta afectada por la confesión (por analogía a la Resolución de 16 de enero de 2003).

- e) Tiene por objeto aseverar el carácter privativo del precio o contraprestación (ámbito fáctico).
- f) Puede convertirse en prueba plena, mediante la acreditación de la privaticidad: prueba plena del carácter de la contraprestación (Resolución de 17 de noviembre de 2009).
- h) Admite, como veremos, prueba en contrario, incluso contra el confesante, siempre que sea plena y fehaciente: Así las SSTs (1.ª) de 18 de julio de 1994 y 25 de septiembre de 2001).

La cuestión en los derechos forales

La misma cuestión ha sido resuelta de forma diferente en aquellos regímenes forales que establecen como supletorio (a falta de capitulaciones matrimoniales) regímenes de comunidad:

- a) *Aragón*. El artículo 31 de la Ley 3/2003 disponía que los bienes privativos confesados son bienes privativos ordinarios, si bien, fallecido el cónyuge confesante, la titularidad no impide el ejercicio de las acciones que corresponden a acreedores y legitimarios en defensa de sus derechos. Este mismo régimen ha pasado al Texto Refundido del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que además de regular el carácter privativo de bienes adquiridos a

costa del caudal común por la atribución de los cónyuges (art. 211.a), regula los bienes privativos por confesión del consorte (art. 214), disponiendo que la disposición de tales bienes, fallecido el cónyuge confesante, no puede quedar limitado sino por el ejercicio de las acciones que correspondan a acreedores y legitimarios en defensa de su derecho.

- b) *Navarra*. La Ley 84.5 del Fuero Nuevo navarro determina el régimen del bien confesado como un bien privativo ordinario, sin especialidad alguna respecto del resto de los bienes propios.

Régimen transitorio

El importante cambio legal llevado a cabo por la Reforma de 1981 obliga a plantearse la aplicación de la nueva normativa a las confesiones de privatividad realizadas antes de la entrada en vigor de la misma. La posición de la jurisprudencia ha variado:

- Inicialmente, partiendo que el 1324 del Código Civil concedía derechos no reconocidos en la legislación anterior, no se le dio efecto retroactivo: Así las SSTs (1.^a), de 18 de julio de 1994, 10 de julio de 1995 y 8 de marzo de 1996, entre otras muchas. En ella no se reconoce efectos a la confesión para destruir la presunción de ganancialidad, salvo prueba plena.
- La STS (1.^a), de 26 de septiembre de 1996, cambió el criterio que ha sido ratificado por muchas posteriores, señalando que el 1324 del Código Civil no ha producido una variación en perjuicio de derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior, dado el solo carácter adjetivo (al ser un instrumento probatorio).

La Dirección General de los Registros y del Notariado, a partir de la Resolución de 2 de octubre de 1984, a efectos hipotecarios, como veremos equipara, sin distingos de ninguna clase, los bienes inscritos *ex* artículo 95.2 antes de la Reforma, a los adquiridos después, *ex* artículo 1324.

Reforma hipotecaria

Entre los nuevos artículos introducidos en el Reglamento Hipotecario en la reforma de 1982, con objeto de acomodarla a las reformas habidas en el Código Civil, interesa examinar ahora el artículo 95 RH, y dentro de este el apartado 4, ya que el resto se examinará al estudiar los aspectos registrales. Dicho apartado señala: «Si la privatividad (nada dice de qué, pero parece referirse a la contraprestación, por concordancia con el párrafo 2) resultare solo de la

confesión del consorte, se expresará esta circunstancia en la inscripción y esta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquella. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de este, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia». De las cuestiones hipotecarias se hará un tratamiento en profundidad más adelante.

C) NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFESIÓN

La confesión, como se ha indicado, no se refiere propiamente al carácter privativo del bien adquirido, sino al origen privativo del precio o contraprestación, complementándose con el artículo 1346.3 del Código Civil, que determina el carácter privativo de los bienes adquiridos en sustitución de otros bienes privativos (subrogación real).

Ámbito del precepto. Al igual que la normativa anterior, se refiere al ámbito de los hechos (cuestión de carácter fáctico, es decir, una declaración de ciencia), y no supone una declaración de naturaleza negocial, sin perjuicio de que esta esté admitida por otras vías: contratación y donación entre cónyuges (art. 1323 CC) y la atribución de ganancialidad (art. 1355). Como señala DÍEZ-PICAZO, el artículo 1324 del Código Civil cumple una función probatoria (sobre un hecho, no sobre una situación jurídica). Es de plena aplicación lo antes expuesto sobre la naturaleza jurídica y el alcance de la confesión, y su posible prueba en contrario. Como señala LACRUZ BERDEJO, la confesión es un medio de prueba, no un título de adquisición (*idem*, TS 1.^a 1216/2006, de 29 de noviembre de 2006).

D) DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

Se van a examinar ahora determinadas figuras que, de resultado práctico similar a la confesión de privaticidad, su naturaleza es radicalmente diferente (todas ellas son de naturaleza negocial):

a) ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD

El 1355 del Código Civil permite que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a las adquisiciones realizadas a título oneroso constante matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación. Dicha atribución puede ser hecha:

- En el momento de adquirir (caso previsto en el citado 1355 CC). En este caso, la atribución de ganancialidad es un mero complemento del título de adquisición (y prevalece sobre el 1357 del CC, como señalan las Resoluciones de 29 y 31 de marzo de 2010). Si la contraprestación fuera, en todo o en parte, privativa, habría un derecho de crédito contra la sociedad de gananciales, deuda que se califica como «de valor» y exigible al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal (art. 1358 CC). Y tal crédito, como cualquier otro, podría ser ejercitado por los acreedores de la sociedad conyugal, si carecieran de otros medios para cobrarla (acción subrogatoria, art. 1111 CC).
- En un momento posterior: El carácter causalista de nuestro Derecho contractual exige la existencia de causa en el negocio jurídico de atribución (Resoluciones de 8 de mayo de 2000, 21 de abril y 27 de julio de 2001 y 26 de julio de 2011), denominado «negocio jurídico de aportación a la sociedad conyugal» o «negocio de atribución de ganancialidad». Dicha causa, denominada «causa de comunicación de bienes» (Resolución de 8 de mayo de 2000) puede revestir forma onerosa (es decir, con crédito de valor contra la sociedad conyugal a la liquidación, como hemos visto antes, *ex* art. 1358 del CC, como se deduce de la Resolución de 12 de junio de 2003) o gratuita (sin tal compensación, pero sujeta a las reglas de las donaciones inoficiosas), pero ha de ser clara y no imprecisa (Resolución de 16 de abril de 2002). En todo caso, se presume el carácter oneroso *ex* 1358 del Código Civil (Resoluciones de 21 de julio de 2001, 29 de marzo de 2010 y 31 de marzo de 2010). Respecto de la exigencia documental, la Resolución de 5 de agosto de 2011 dispone que si, con ocasión del convenio regulador aprobado en proceso de divorcio, se inventaría como ganancial un bien privativo de los cónyuges, no cabe la inscripción, dado que el convenio, aunque goce de la naturaleza de documento público, no es en cauce formal adecuado para consignar actos o contratos que excedan de la mera liquidación de gananciales: se exige para que pueda acceder al Registro un documento público autónomo que así lo recoge, con expresión de su causa. De igual manera, la Resolución de 3 de septiembre de 2011 señala que, si bien es válido (*ex* art. 1323 CC) el acuerdo de atribuir el carácter ganancial a un bien propiedad privativa *pro indiviso* de ambos cónyuges, con ocasión de la aprobación de un convenio regulador aprobado judicialmente en el proceso de la separación o divorcio de los mismos, se requiere de título apto para acceder al Registro. Siendo gratuito, quedará sujeto al posible ejercicio de acción revocatoria o pauliana, de naturaleza rescisoria, si se hiciera en perjuicio de acreedores (art. 1111 *fine*, 1291.3 y 1297 CC). PEREÑA VICENTE, siguiendo antecedentes franceses, quiere ver una *causa matrimonii* (insinuada en

la Resolución de 22 de junio de 2006), ajena e independiente al carácter oneroso o gratuito, basado en el interés familiar de someter determinados bienes al régimen ganancial, que casa mal con el 1358 del Código Civil, y además introduciría confusión en el régimen jurídico aplicable (que varía según sea la adquisición a título oneroso o gratuito).

b) TRANSMISIÓN DE UN BIEN GANANCIAL A UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES (COMPRAVENTA O DONACIÓN)

Ya no hay límite a la capacidad de contratar entre los cónyuges. El bien será del cónyuge adquirente sin limitación alguna (es libremente disponible), sin perjuicio de que, siendo donación, pueda ser reducida por inoficiosa, con arreglo a las reglas generales de la donación y sujeta al ejercicio de la acción revocatoria o pauliana, de naturaleza rescisoria, si se hiciera en perjuicio de acreedores.

c) ATRIBUCIÓN DE PRIVATICIDAD

No hay precepto legal que lo admita (reiteramos que el 1324 del Código Civil se refiere a la contraprestación, no al bien en sí), y el carácter causalista de nuestro sistema jurídico nos lleva a considerarla inválida, por falta de causa. Lo que no impide (y así lo reconoce la Resolución de 25 de septiembre de 1990) que pueda causalizarse a través de cualquiera de los negocios jurídicos aptos para transmitir el dominio, ya sea a título oneroso o gratuito. Así se deduce de las SSTs (1.^a) 1151/1997, de 19 de diciembre de 1996, y 1216/2006, de 29 de noviembre de 2006. En todos ellos, con independencia de que su causa sea calificada como de comunicación de bienes (Resolución de 8 de mayo de 2000), o de atribución, de los concretos términos del 1358 del Código Civil parece inducirse la presunción de causa onerosa, salvo que se disponga lo contrario, y con independencia de que, llegado el día de la liquidación de la sociedad conyugal, se tome efectivamente en consideración o no (lo que determinará un posible acto gratuito en el momento de la liquidación).

Las Resoluciones de 22 de marzo de 2010 y 5 de agosto de 2011 señalan que no es inscribible el acuerdo de los cónyuges para que, con ocasión de la aprobación judicial de un convenio regulador, se adjudiquen a uno de los cónyuges y/o a un tercero (los hijos) bienes privativos del otro. Se trata de un negocio autónomo propio del convenio (la liquidación de la sociedad conyugal), que ha de reunir los requisitos de fondo (causa) y de forma (documento público) para su validez e inscribibilidad.

E) IMPUGNACIÓN DE LA CONFESIÓN

La confesión de privaticidad, en los términos vistos (ámbito fáctico), vincula a quien la hace (y sus herederos, con los límites que veremos), y queda sujeta a los límites de toda confesión:

- a) Doctrina de los propios actos (STS de 8 de octubre de 2004). La confesión vincula a quien la hace (1232 CC, hoy derogado), y a sus causahabientes (1218 CC, hoy derogado), no siendo válida la confesión posterior en sentido contrario (arrepentimiento o cambio de voluntad). Por eso el 95.6 RH señala que «no se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona».
- b) Falsedad de la confesión: ¿Qué ocurriría si la confesión no responde a la verdad? Técnicamente, al no tener carácter negocial, no podría ser impugnada, en sentido estricto, por simulación. Teniendo en cuenta que es una declaración en la esfera de los hechos, la vía de ataque sería, en consecuencia, la prueba en contrario. Así parece manifestarse la STS (1.ª) de 8 de octubre de 2004. Más matizada es la STS (1.ª) de 29 de noviembre de 2006, que señala que si se acreditan los requisitos de la simulación, y es total, el efecto inmediato es que vuelve a operar la presunción de ganancialidad. Pero debe tenerse en cuenta que la simulación puede ser total o parcial (válida esta si encierra un negocio jurídico traslativo válido y reúne los requisitos de forma exigidos para su validez del negocio disimulado).
- c) Vicios del consentimiento (error, dolo, violencia o intimidación). La confesión es una manifestación de voluntad, y como tal, puede estar sujeta a vicios del consentimiento que la anulen. En todo caso, es difícilmente creíble la existencia de vicio invalidante si media mucho tiempo entre la confesión y su impugnación, teniendo en cuenta que el inicio del plazo para ejercitar la acción de impugnación empieza a computar cuando la causa del vicio haya cesado. En todos los casos, la prueba del vicio corresponderá a quien lo alega.

De los vicios del consentimiento, el que ofrece más interés es el error en la confesión. La confesión queda sujeta a la exactitud del hecho confesado (1234 CC, hoy derogado).

Por tanto solo puede ser impugnada por la vía del error-vicio (no un error de derecho). Cabría pensarse en dos tipos de errores:

- Error de hecho (creencia errónea del carácter privativo del peculio con que se adquirió). Se exige que sea relevante (1266 CC) y que sea excusable [evitable con una diligencia normal: STS (1.ª) de 14 de febrero de 1994].

- Error de derecho: ignorancia de los efectos jurídicos de la confesión realizada. Es de difícil aplicación práctica, dado el carácter fáctico del objeto de la confesión.

En resumen, solo puede ser impugnada por la vía del error-vicio. Dicho de otra forma, la confesión admite prueba en contrario que acredite que la contraprestación no era, como se confesó, privativa (STS de 4 de junio de 1969, 9 de abril de 1970 y 18 de julio de 1994). La Resolución de 13 de septiembre de 2005 exige documentos auténticos y fehacientes.

La acción de impugnación deberá dirigirse contra el confesante (pues es lo que se impugna) y titular registral del bien: De la doctrina de la Resolución, de 26 de abril de 2000, parece deducirse que basta que se dirija contra el titular del bien, lo que no parece admisible procesalmente.

F) LÍMITES A LA CONFESIÓN

El artículo 1324 del Código Civil señala que esta confesión, «por sí sola, no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges».

¿*Qué se ha de entender por «por sí sola»*. El sentido es claro: se refiere a la sola confesión, no acompañada de pruebas adicionales que ratifiquen lo expuesto en la confesión, y cuyo valor se apreciará en cada concreto caso como medio de prueba que es.

¿*Qué se ha de entender por no perjudicará?* Varias son las posiciones que, en grandes líneas, se mantienen al respecto:

- a) GAVIDIA SÁNCHEZ admite que la confesión pueda ser de naturaleza fáctica o negocial. Y en base a la posible naturaleza negocial (y que expresamente hemos impugnado), señala que a dicha confesión se ha de atribuir iguales límites que la donación, pudiendo ser impugnada solo en cuanto pudiera perjudicar a los acreedores y legitimarios.
- b) Tesis del desconocimiento o de la inocuidad: LACRUZ BERDEJO, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS o GARRIDO PALMA, por ejemplo, señalan que los acreedores o legitimarios pueden actuar como si no se hubiera hecho la confesión, es decir, ignorándola, por lo que, no siendo aceptada por aquellos a quien pudiera perjudicarles, regirá la presunción de ganancialidad, y habrá de considerarse como tal (Resolución de 5 de marzo de 1999). Procesalmente se actuaría como si la confesión no se ha producido, sin más requisitos, correspondiendo la *onus probandi* al beneficiado por la confesión.

Las SSTs (1.ª) 277/2003, de 24 de marzo, y 419/2005, de 27 de mayo, y la Resolución de 13 de junio de 2003, parecen adscribirse a la tesis

del desconocimiento, ya que genéricamente señalan que la confesión de ganancialidad, por sí sola, no produce efecto (no es oponible) respecto a terceros o legitimarios perjudicados por ella, sino solo entre los cónyuges y sus herederos.

- c) Tesis del no perjuicio (CÁMARA, MARTÍNEZ SANCHIZ, GIMÉNEZ DUART o GARDEAZÁBAL DEL RÍO) señalan que se ha de pasar por la confesión, como cuestión de hecho, salvo que se acredite que, efectiva y concretamente, perjudica a acreedores y legitimarios, que pueden tenerla por no hecha solo si les perjudica efectivamente en sus derechos, y solo en la medida necesaria para compensar el perjuicio causado (es decir, vía acción pauliana). Se apoyan, fundamentalmente, en el artículo 144.2 RH, que señala que para anotar el embargo de un bien privativo confesado, basta dirigir la demanda contra el titular registral (precepto que fue rebatido por las Resoluciones de 13 de febrero de 1999 y 4 de octubre de 2010) al señalar que, al amparo del artículo 1371 del Código Civil, habrá que notificarse la demanda al cónyuge del titular registral). En parecida línea, RAMS ALBESA señala que los legitimarios solo tendrían, como máximo, la posición que ostentan en las donaciones de su causante, y ello corriendo con la carga de la prueba de que la confesión constituyó una donación encubierta (es decir, que no respondía al verdadero carácter de la contraprestación). Procesalmente habría que impugnarse la confesión, pero acreditándole efectivo perjuicio. El TS (1.^a), de 15 de enero de 2001, parece apuntarse a esta última tesis, al exigir probar la falsedad de la confesión y la imposibilidad de cobrar sus créditos.

A mi juicio, este último es el buen camino: plena validez y eficacia de la confesión, sin perjuicio del empleo de los remedios legales previstos para el caso de fraude o perjuicio de acreedores o legitimarios, y solo en la medida necesaria para repararlo: es decir, la vía rescisoria. En esta línea cabe señalar la solución que el Derecho Foral aragonés da a la cuestión (art. 31 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero).

¿A quién no ha de perjudicar? La limitación de efectos del 1324 del Código Civil solo es a favor de legitimarios y acreedores, ya sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges. Analicemos separadamente unos y otros.

A) LEGITIMARIOS

¿Quiénes son los legitimarios protegidos?

Los legitimarios de derecho común, es decir, los herederos forzosos según el Código Civil (art. 807 CC). Queda excluido, no obstante, el cónyuge favorecido,

que es también heredero forzoso (salvo separación, divorcio o simple separación de hecho), y no puede oponerse a ella, ya que fue él quien adquirió (doctrina de los actos propios, pues adquirió con carácter privativo suyo).

En este punto debe de plantearse dos casos cada vez más frecuentes:

- a) Si el cónyuge confesante, aunque su régimen económico-matrimonial sea el de gananciales, es de vecindad civil foral, y su herencia se rige por el régimen sucesorio correspondiente a su Derecho Foral. Téngase en cuenta que, en Derecho Común, la legítima tiene la naturaleza de *pars bonorum* y, a veces, de *pars valoris bonorum*, mientras que en Derecho Foral, la legítima tiene distinta naturaleza jurídica, bien porque es puramente formal (Navarra o Fuero de Ayala), bien porque su naturaleza es de *pars valoris* (Cataluña, Baleares), o directamente porque no se crea un régimen jurídico peculiar de los bienes confesados (Aragón, como hemos visto en el art. 214 del Código). Por tanto, el artículo 95.4 del Código Civil no se aplica en beneficio de ningún legitimario foral. En igual sentido, la Resolución de 12 de mayo de 2007, que trata de un matrimonio sujeto a gananciales, pero el fallecido era aforado catalán (es decir, sujeto a la legítima catalana), y que señala que no es de aplicación el artículo 95.4 RH, que es de aplicación solo a los legitimarios de Derecho Común, dada la distinta naturaleza de la legítima en los derechos forales.
- b) Si el cónyuge confesante, aunque su régimen económico-matrimonial sea el de gananciales, es de nacionalidad extranjera y su herencia se rige por el régimen sucesorio correspondiente a su nacionalidad: Aquí cabe señalar lo mismo que el caso anterior. VALLET DE GOYTISOLO señala tres grandes tipos de legítima:
 - Legítima con llamamiento forzoso al legitimario (sistema histórico germánico). Es un verdadero heredero, con naturaleza de *pars bonorum*.
 - Legítima como derecho de crédito contra la herencia: No hay institución forzosa: legítima como *pars valoris* o como *pars valoris bonorum*, según los casos.
 - Legítima como freno a la libertad de testar, sin institución forzosa: puede llegar, en algunos casos, a dejar sin efecto, en todo o en parte, la institución de heredero, con la consiguiente apertura de la intestada (y en este sentido, podría llegar a ser *pars bonorum*).

El 95.4 RH solo sería aplicable, en principio, a los sistemas *pars bonorum*. Ahora bien, como el Registrador no está obligado a conocer el derecho extranjero, la consecuencia práctica es que el 95.4 RH no sería aplicable a legitimarios sujetos a derechos foráneos.

En qué momentos se desenvuelve la protección del derecho del legitimario

- a) Antes del fallecimiento del causante: el legitimario (realmente, el presunto legitimario) carece de toda vía de oposición a la confesión, ni puede solicitar medida alguna (ni siquiera cautelar) en defensa de su derecho.
- b) Una vez fallecido el confesante: Tras la muerte del causante, el legitimario podrá actuar en defensa de su derecho. A tal efecto, debemos distinguir:
 - Sus efectos naturales se despliegan antes de la partición, teniendo en cuenta que se trata de un mecanismo protector de la legítima (cualitativa y cuantitativa considerada). La legítima no supone una atribución forzosa a título de herencia, sino un freno a la libertad de testar (VALLET DE GOYTISOLO), que despliega sus efectos protectores hasta el momento de la partición de la herencia.
 - Hecha la partición: Una vez hecha esta, para lo cual la ley exige su necesaria intervención, la legítima ya ha realizado su función de protección, o lo que es igual, el Ordenamiento ya ha desplegado todos los instrumentos legales para la protección del legitimario. Por eso, el hecho de que pudiera lesionar la legítima, no provoca la nulidad de la partición; tan solo da derecho a exigir el complemento de legítima (815 CC) y, en su caso, la vía rescisoria.

Cómo se articula legalmente esta protección

- a) Antes de la partición, con la intervención obligada de los legitimarios en la partición. Este principio general, a mi juicio, va a ser el que tratará de desarrollar la normativa hipotecaria exigiendo el consentimiento de los legitimarios para la realización de actos dispositivos por el titular registral del bien confesado, fallecido el cónyuge confesante, consentimiento que, como veremos, no resulta del Código Civil. La vía procesal idónea, a falta de acuerdo, sería un declarativo ordinario para que se declare el carácter ganancial del bien: STS (1.ª) 686/1995, de 10 de julio de 1995.
- b) En el acto de la partición: Cabe aquí reiterar lo dicho sobre qué se entiende «no perjudicará» (1324 CC), y resumiendo las posiciones analizadas, cabe:
 - i) Bien entender que los interesados en la sucesión (salvo el cónyuge confesante, al quedar vinculado por sus actos propios) pueden desconocer la confesión efectuada y actuar como si no se hubiera producido. El efecto es que, de solicitarlo los legitimarios, el bien se

reputaría ganancial, y se procedería en consecuencia (se integraría en la masa activa: art. 1396 y sigs. CC). Dado su naturaleza rescisoria, se actuaría conforme al artículo 1295 del Código Civil (la rescisión obliga a la restitución de la cosa con sus frutos y del precio con sus intereses). El efecto práctico es que se compute el bien en el cálculo del 818 del Código Civil, no como *donatum* sino como *relictum*. ¿Y no podría traerse su valor, como si se tratara de una donación, por analogía al artículo 1035 del Código Civil, en relación con el 1045 del Código Civil? Entendemos que no procede, al formar parte del *relictum* y no del *donatum*, y, además, al ser una consecuencia del pleno juego de la presunción de ganancialidad, que se refiere a la titularidad del bien en sí mismo considerado.

- ii) Bien entender que solo pueden desconocer el carácter privativo del bien en cuanto perjudique a su legítima, y solo en la medida necesaria para reparar el perjuicio. Esta es la tesis que más arriba se ha defendido. Ello supondría que, a requerimiento del legitimario y a los solos efectos del cálculo de la legítima (818 CC), el bien (con sus frutos, *ex* art. 1295.2 CC) se reputaría como ganancial, y se procedería al cálculo de la legítima. Manuel DE LA CÁMARA llega a la misma solución a través de un mecanismo más artificioso, a mi juicio: Se procedería como si se tratara de un bien donado (*ex* art. 818 CC computándolo como *donatum*): se imputaría al titular la mitad y al cónyuge confesante la otra mitad. Y respecto del cónyuge titular, su mitad se agregaría al resto de los bienes relictos (*ex* art. 818 CC) y se calcularía así la legítima.

Una vez calculada, se determinaría si considerando el bien como privativo, el legitimario recibe lo bastante para cubrir la legítima y, caso de no cubrirla, actuar en consecuencia, como si fuera una disposición que perjudica esta, es decir, bien compensándola con otros bienes hereditarios, bien haciendo ganancial, en la parte indispensable, todo o parte del bien privativo confesado.

En caso de desacuerdo, la vía procesal oportuna sería el ejercicio de la acción de partición de herencia.

- c) Una vez hecha la partición: Una vez realizada, el hecho de que pudiera lesionar la legítima no provoca la nulidad de la partición: La vía procesal idónea sería el derecho a exigir el complemento de legítima (815 CC), y si procediera, mediante la acción de rescisión de la partición (a elección del demandado, art. 1077 CC). La vía rescisoria (rescisión de la partición) solo se admite por iguales causas que las obligaciones (1073 CC), así como por lesión en más de una cuarta parte (1074 CC), salvo que la partición hubiera sido hecha por el testador, en cuyo caso solo proce-

derá por perjuicio de legítima (1075 CC). Las acciones rescisorias solo pueden ejercitarse en el plazo de cuatro años (1076 CC), plazo que es de caducidad (no admitiendo interrupción). Y en todo caso, esta acción rescisoria podría ser enervada por el cónyuge afectado si señala bienes propios suficientes para permitir a los legitimarios cubrir su legítima. Si los legitimarios, además son herederos (lo que acontece de ordinario), y aceptan la herencia pura y simplemente, en calidad de herederos (no como legitimarios) quedan vinculados por efecto de la sucesión *mortis causa*, a los hechos propios de su causante, quedando jurídicamente vinculados, como si de un acto propio se tratara, a la confesión de privaticidad. O lo que es igual, el no perjuicio ha de ser al legítimo, que no al heredero que, de forma consciente y voluntariamente, acepta la herencia pura y simplemente, y se subroga en la posición jurídica de su causante.

B) ACREEDORES

Entiendo que han de ser los acreedores de la sociedad de gananciales (verdaderos beneficiarios indirectos de la norma) o del cónyuge del confesante en cuanto no haya bienes propios para satisfacer sus créditos, *ex* 1373 CC).

Qué acreedores resultan protegidos

Debemos distinguir:

- a) El 1324 del Código Civil señala que están cubiertos por la protección tanto los acreedores de la comunidad o de cada uno de los cónyuges:
 - Acreedores gananciales, pues al hacer ganancial el bien, se amplía su objeto de responsabilidad.
 - Acreedores del cónyuge titular: Nunca resultarán perjudicados por la confesión. En todo caso, beneficiados por ella. Nada, pues, han de manifestar y carecen de interés jurídico para oponerse a ella.
 - Acreedores del cónyuge confesante: Dado que de sus deudas responden los bienes privativos y, en lo no cubierto, por su mitad de gananciales (1373 CC), se amplía, aunque sea subsidiariamente (en la parte no cubierta por los privativos), su objeto de responsabilidad.
- b) ¿Cubre a todos los acreedores antes citados?:
 - Se predica, en todo caso, a favor de los acreedores cuyo crédito es anterior a la confesión, pues los acuerdos entre cónyuges no pueden perjudicar derechos adquiridos por terceros (1317 CC).

- Pero es discutible que pueda extenderse a los acreedores cuyos créditos nacieron con posterioridad a la confesión. LACRUZ BERDEJO, y con él la mayor parte de la doctrina, señala que tal confesión no perjudica a los acreedores posteriores, salvo que sea falsa o encubra una donación en fraude de sus derechos. La presunción de ganancialidad (causa última de lo especial de su régimen) ha sido destruida por la confesión. Máxime si se trata de bienes inmuebles confesados inscritos como tales en el Registro de la Propiedad, respecto de los que podría aplicarse el principio de que lo inscrito perjudica a terceros (art. 606 CC y 32 LH, *a contrario*), dado los concretos términos de la inscripción practicada.

Pero, a mi juicio, la tesis negativa no puede admitirse sin más, dado que la presunción de ganancialidad ha sido anulada por la confesión, pero solo con efectos limitados, y porque es evidente que el perjuicio podría existir, y el 1324 del Código Civil no distingue, y además, el régimen jurídico peculiar de los bienes privativos confesados (sea o no conocido por el acreedor, esté o no así inscrito en el Registro) deja a salvo los acreedores sin distingos. El acreedor posterior a la confesión, aunque figure inscrita en el Registro, podría contratar confiando en el carácter «reversible» de la titularidad privativa confesada. Por ello, creo que la tesis ha de ser positiva, pero siempre bajo el prisma de la subsidiaridad (a falta de otra vía legal para hacer efectivo su crédito posterior).

- c) ¿Se requiere acreditar el *animus defraudandi* (elemento subjetivo) o basta acreditar la existencia de perjuicio (criterio objetivo)? Entiendo que de los estrictos términos del 1324 del Código Civil basta acreditar el perjuicio, sin ningún requisito adicional.

En qué momentos se desenvuelve la protección del derecho de los acreedores

A diferencia del caso de los legitimarios, que presupone el fallecimiento del cónyuge confesante (antes del fallecimiento carecen de acción alguna de oposición), en el caso de los acreedores no hay que esperar al fallecimiento, pudiendo ejercitar su derecho en vida de este o después, siempre dentro del plazo de duración de su acción (que como veremos es de cuatro años a partir de la confesión perjudicial). Dicho plazo empezará a contar desde el momento en que el perjudicado tenga o pudiera tener conocimiento de la misma (si figura en el Registro de la Propiedad, desde la fecha de su constancia registral, por el juego del principio de publicidad), y no resultará afectada por el hecho del fallecimiento del confesante.

Medio jurídico utilizado para la protección

- a) En vida del confesante: La forma de proceder en defensa de su derecho dependerá de lo que hayamos resuelto sobre que se entiende «no perjudicar» (1324 CC), y resumiendo las posiciones ya analizadas, cabe:
- i) Tesis del desconocimiento: Los citados acreedores podrán proceder contra dichos bienes como si fueran gananciales, pudiendo proceder a trabar los mismos: Dado que se ha de actuar sobre los mismos como si fueran gananciales, entiendo que deberá demandarse al titular registral, y notificarse la demanda al cónyuge confesante: Aunque el artículo 144.2 RH parece contradecir esta tesis, al señalar que para anotar el embargo de un bien privativo confesado basta dirigir la demanda contra el titular registral, la DGRN ha corregido el precepto (basándose en el principio de jerarquía normativa) en las Resoluciones de 13 de febrero de 1999 y 4 de octubre de 2010 señalan que, al amparo del artículo 1371 del Código Civil, habrá que notificarse la demanda al cónyuge del titular registral).
 - ii) Tesis del no perjuicio: el mecanismo de protección es subsidiario, es decir, en cuanto no haya otra vía para hacer efectivo su crédito, o cuando encubra una donación o fraude de los derechos de los acreedores (643.2 CC). La vía jurídica que se articula para proteger a los citados acreedores es la acción revocatoria o pauliana (1111 CC) y, en último término, vía rescisoria (1291 CC). Esta se caracteriza:
 - 1.º Es un remedio subsidiario: solo si se carece de otro medio jurídico para reparar el perjuicio (1294 CC), y además solo en la medida estrictamente necesaria para reparar el agravio. Ello implica que es el último recurso. La jurisprudencia no exige la previa declaración de insolvencia del deudor (SSTS de 29 de marzo de 2001, 2 de abril de 2002), bastando que no haya bienes bastantes para pagar la deuda (STS de 31 de octubre de 1994 y 19 de septiembre de 2001), incluso basta que se haya disminuido de forma importante las posibilidades económicas efectivas del deudor (STS de 9 de enero de 2001) o que sea de tal cuantía que dificulte las posibilidades reales del acreedor de cobrar su crédito (STS de 31 de diciembre de 1998, 23 de septiembre de 2002, 19 de julio de 2005 y 30 de mayo de 2008).
 - 2.º El hecho que sea un supuesto de rescisión, parte de la idea de un contrato válido (1290 CC) y por tanto inscribible, sin perjuicio del ejercicio de la acción de rescisión, que es de

naturaleza personal (art. 1295.2 CC y 37 LH). Su efecto es rescindir, en todo o en parte (según proceda) la confesión, determinando el pleno juego de la presunción de ganancialidad (1361 CC), debiendo considerarse el bien, así como sus frutos (1295.2 CC) como gananciales, y quedando sometidos a la responsabilidad que se deriva de tal carácter.

3.º El plazo de duración de la acción de impugnación no resulta del 1324 del Código Civil, por lo que cabe mantener dos tesis:

- La que considera que puede ejercitarse la acción de impugnación sin sujeción a plazo, mientras subsista la sociedad de gananciales y no se produzca su liquidación, contando el plazo de cuatro años de la acción rescisoria a partir de la fecha de la práctica de liquidación de la sociedad conyugal.
- La que, dada su naturaleza rescisoria, será de aplicación la regla general de los cuatro años (1299 CC), a contar desde que los acreedores tengan conocimiento de la confesión perjudicial, plazo que es de caducidad. Si el bien confesado está inscrito en el Registro de la Propiedad con tal carácter, el plazo contará desde la inscripción, por aplicación del principio de publicidad (art. 606 CC y 32 LH). A mi juicio, tanto por los motivos legales citados, como por una razón de política legislativa (fomentar la seguridad del tráfico) estimo más ajustada a derecho esta tesis.

4.º Y en todo caso, esta acción rescisoria puede ser enervada por el cónyuge afectado si señala bienes propios suficientes para permitir a los acreedores cobrar sus créditos y evitar la traba de los bienes gananciales (1373 CC).

b) Fallecido el confesante: suponiendo que la acción del acreedor subsista, no quedará afectada el derecho del acreedor por el hecho del fallecimiento del confesante. En defensa de su derecho, dichos acreedores pueden oponerse a que se llevara a cabo la partición, *ex* artículos 1082 y 1083 del Código Civil, hasta que se les pague o afiance sus créditos.

Forma procesal para hacer efectiva dicha protección

Es el ejercicio de la acción rescisoria. Los acreedores pueden hacer uso de su derecho:

- a) En procedimientos singulares: En los procedimientos singulares la demanda habrá de dirigirse contra ambos cónyuges (uno por confesante y otro como titular del bien), y si el bien estuviera en poder de un tercero, contra quien pueda ejercitarse la acción de rescisión (por ejemplo, por ser cómplice en el fraude) habrá de dirigirse también contra este.
- b) En procedimientos universales (procedimientos concursales, Ley 22/2003, de 9 de julio, con sus modificaciones posteriores): El procedimiento universal ha de estar dirigido contra el confesante. A veces se acumulan los concursos de ambos cónyuges, pero, en sentido estricto, no cabe el concurso de la sociedad de gananciales (Resolución de 24 de septiembre de 2010). Declarado el concurso, comenzará la tramitación de la fase común, y se procederá a determinar las masas activa y pasiva. Es en ese momento cuando se puede impugnar la confesión del concursado: La vía es el ejercicio de acciones rescisorias: El artículo 71.1 de la Ley Concursal señala la posible rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no haya intención fraudulenta, disponiendo el apartado 6 del citado artículo 71 que el ejercicio de dichas acciones rescisorias no impide el ejercicio de acciones de impugnación de los actos del deudor que procedan con arreglo a derecho. Si el bien es inmueble y está inscrito a nombre del cónyuge del confesante, habría también que dirigir la acción rescisoria contra el titular registral para que pudiera tener efectos registrales.

En todo caso, debe de tenerse en cuenta que, declarado el concurso de un cónyuge, los efectos sobre la masa activa (art. 77 LConc) no se extiende a los bienes privativos de su consorte.

La finalidad de dichas acciones es dejar sin efecto la confesión efectuada, en la medida necesaria para reparar el perjuicio, y su consecuencia más inmediata es que vuelva a operar la presunción de ganancialidad.

Conclusión

El mecanismo de protección, ya sea de legitimarios como de acreedores, es idéntico, de carácter subsidiario y a través, en último término, de la acción rescisoria. Esta igualdad de trato, que se deduce del propio 1324 del Código Civil, es rota por las normas hipotecarias, como veremos a continuación. La solución a la que llegamos es idéntica a la del Derecho aragonés, como vimos más arriba.

G) ASPECTOS REGISTRALES

Anteriormente vimos que la Reforma de 1982 dio una nueva redacción al artículo 95 RH, cuyos dos primeros apartados poco añaden. Así, después de establecer, en el párrafo 1.º que se inscribirán como bienes privativos del cónyuge adquirente los adquiridos durante la sociedad de gananciales que legalmente tengan tal carácter (lo cual supone, *de facto*, una remisión al CC), en el párrafo 2.º dispone que el carácter privativo del precio o contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública (lo cual es acorde con la exigencia de titulación pública para acceder al Registro de la Propiedad, *ex art.* 3 LH).

De los apartados 4 y 6 del citado artículo 95, deducimos el régimen registral de los bienes privativos confesados. Debe tenerse en cuenta que se trata de normas, en principio adjetivas (aunque excedan, en mucho, tal carácter), y de naturaleza registral (o sea, referida a la inscripción en el Registro de la Propiedad). Su ámbito está en los bienes inmuebles y en los derechos reales que recaigan sobre los mismos (más adelante veremos la aplicabilidad a los bienes muebles):

1. FORMA DE PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN DEL BIEN CONFESADO

a) Si la confesión resulta en el mismo título de adquisición (es decir, se contiene en el mismo) o en documento separado, pero que se presenta conjuntamente con el título: Dice el 95.4 RH: «Si la privaticidad (nada dice de qué, pero parece referirse a la contraprestación, por concordancia con el párrafo 2) resultare solo de la confesión del consorte, se expresará esta circunstancia en la inscripción y esta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquella». Es decir, inscripción a favor del titular, haciendo constar el carácter de bien confesado, es decir, con la extensión y los límites del artículo 1324 del Código Civil. Esta consignación es importante para ver el juego del principio de fe pública registral, como veremos.

b) Si la confesión se hiciera con posterioridad: El 95.6 RH dispone que la confesión de privaticidad, hecha con posterioridad a la inscripción, se harán constar por nota marginal. No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona.

En todo caso, el hecho de que conste en el Registro el carácter confesado del bien, no es obstáculo para que, en un momento posterior, pueda justificarse plenamente el carácter privativo: Del 95.6 RH deducimos que «la justificación... de privaticidad hecha con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal».

2. RÉGIMEN DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN (HAYA FALLECIDO O NO EL CONFESANTE)

Resulta del 95.4 RH: «Todos los actos inscribibles, relativos a estos bienes, se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión».

3. RÉGIMEN DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN

Según el citado 95.4 RH debemos distinguir:

- En vida del confesante: se realizarán exclusivamente por el cónyuge titular a cuyo favor se haya hecho la confesión.
- Fallecido el cónyuge confesante: «necesitará, para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante, el consentimiento de los herederos forzosos de este, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia».

4. EMBARGO DE LOS BIENES PRIVATIVOS CONFESADOS

El artículo 144.2 RH señala que para anotar el embargo de un bien privativo confesado, basta dirigir la demanda exclusivamente contra el titular registral, sea o no el cónyuge deudor. A tal efecto, interesa distinguir:

- a) Si el cónyuge titular registral es deudor privativo: Basta que la demanda se dirija contra él (144.2 RH).
- b) Si la deuda es contraída por el cónyuge titular registral, pero tiene carácter ganancial: el 144.2 RH señala que basta que la demanda se dirija contra el titular registral. Ahora bien, de tales deudas gananciales responden solidariamente los bienes gananciales y los privativos del deudor (1369 CC). Pero, dada la responsabilidad de los bienes gananciales, el 1373 del Código Civil dispone que habrá de ser notificada inmediatamente al cónyuge confesante, a los efectos que determina dicho precepto. La exigencia de tal notificación (que los asimila a los bienes real o presuntivamente gananciales titulados a uno solo de los cónyuges), ha sido confirmada por las Resoluciones de 13 de febrero de 1999 y 4 de octubre de 2010, al señalar que, al amparo del artículo 1373 del Código Civil, habrá que notificarse la demanda al cónyuge del titular registral, no obstante los términos del artículo 144.2 RH, por aplicación del principio constitucional de jerarquía normativa (art. 9.3 Const. y art. 1 CC).

- c) Si la deuda ha sido contraída por ambos cónyuges: La demanda habrá de dirigirse contra ambos cónyuges (dado que la deuda fue contraída por ambos), y podrá solicitarse el embargo de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges (1369 CC), y entre ellos el bien confesado. Serán codemandados, no bastando la simple notificación al cónyuge del bien confesado.
- d) Si la deuda es contraída por el cónyuge confesante, ya sea privativa de él o tenga carácter ganancial: Conforme al artículo 1324 del Código Civil, el hecho de tratarse de un bien confesado no es obstáculo para su traba por deudas del confesante, mediante el ejercicio de la acción de impugnación de la confesión (acción de naturaleza rescisoria, como vimos). La demanda tendrá que dirigirse, no obstante los términos del 144.2 RH contra ambos cónyuges (uno como deudor y otro como titular registral). El juez determinará si es embargable el bien confesado, por aplicación del 1324 del Código Civil, lo que constituye el fondo de su resolución ordenando el embargo, y tal extremo no es calificable por el Registrador (100 RH), que se ha de limitar a constatar que competencia del Juzgado, y que la demanda se ha dirigido contra los dos, por aplicación del principio de tutela judicial efectiva (art. 24 Const).

Régimen transitorio

La Dirección General de los Registros y del Notariado, a partir de la Resolución de 2 de octubre de 1984, equipara, de forma general e indiscriminada, sin distingos de ninguna clase, en cuanto a sus efectos civiles e hipotecarios, los bienes inscritos *ex* artículo 95.2 antes de la Reforma, a los adquiridos después, *ex* artículo 1324 e inscritos al amparo del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario. La Resolución de 13 de junio de 2003, al señalar que no puede la heredera del titular registral adjudicarse, por sí sola, un bien privativo confesado, sin el consentimiento de los legitimarios del marido de la confesante.

El único argumento serio que podría esgrimirse en contra de dicha aplicación de Derecho Transitorio es el basado en que el cónyuge confesante hizo su confesión, bajo el prisma y en las condiciones permitidas, y conforme al efecto que a la misma reconocía la legislación vigente en ese momento. Pero, a mi juicio, ese argumento no es suficientemente relevante: el confesante no hizo, propiamente, una atribución de privaticidad, es decir, una declaración negocial (entonces no permitida, al prohibirse la contratación entre cónyuges), sino una confesión sobre un hecho fáctico: la procedencia privativa del dinero con el que su esposa adquiría: Quedó, en consecuencia, dentro del ámbito del entonces vigente artículo 1.232 del Código Civil. Este es un elemento puramente fáctico (y atacable si falta a la verdad de los hechos, o por otros medios de acreditar lo

contrario) y no negocial (que era lo prohibido). El carácter privativo resultaría, en consecuencia, de la certeza de lo confesado.

ESTUDIO DETALLADO DE LAS CUESTIONES MÁS POLÉMICAS

Una vez examinada la regulación registral de los bienes privativos confesados, vamos a hacer un examen de aquellas cuestiones que más dudas o conflictos plantean:

1. ACTOS DISPOSITIVOS DEL TITULAR REGISTRAL, VIVIENDO EL CONFESANTE

El titular puede disponer por sí solo (95.4 RH). Teniendo en cuenta que la inscripción registral hace constar el carácter privativo confesado, con la extensión y los límites del artículo 1324 del Código Civil. ¿Quedaría el adquirente del titular registral, en vida del confesante, a título oneroso y de buena fe, y que ha inscrito su adquisición, protegido por el artículo 34 LH frente a las posibles reclamaciones de acreedores y legitimarios? Los pocos autores que tratan la cuestión contestan afirmativamente, alegando la necesaria protección del tráfico jurídico. Desconozco la existencia de pronunciamientos judiciales sobre el tema. La cuestión, a mi juicio, requiere un examen más detallado de los artículos 1295.2 del Código Civil y 34 y 37 LH:

- a) La acción rescisoria es de naturaleza personal, es decir, *ex nunc*, ya que el artículo 1295.2 del Código Civil dispone que no se dará la acción rescisoria cuando los bienes objeto del contrato se hallaren en poder de terceras personas «que no hubieran procedido de mala fe».
- b) El artículo 34 LH, para desplegar sus efectos protectores, exige al tercero, entre otros requisitos cuyo cumplimiento no plantean dudas, los siguientes, cuyo cumplimiento puede discutirse:
 - Acto dispositivo por quien en el Registro aparece con facultades para transmitir, lo cual se deduce del propio 95.4 RH.
 - Buena fe: se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. No plantea problemas, a menos que sea conocedor del carácter inexacto de la confesión.
 - «Cuando se anule o resuelva el derecho del transmitente», lo cual parece referirse al ejercicio de acciones de naturaleza real, con eficacia *ex tunc*. La acción rescisoria es de naturaleza personal, es decir, *ex nunc*, como se ha dicho.
 - «Por causas que no consten en el mismo Registro». La doctrina exige que explícitamente consten en el Registro las causas de nulidad

o resolución. La STS (1.^a) exige que haya claridad en las causas de nulidad. En el caso que nos ocupa la inscripción se ha practicado a favor del adquirente como «bien privativo confesado», es decir, con la extensión y los límites del artículo 1324 del Código Civil, es decir, dejando a salvo los derechos de legitimarios y acreedores, lo cual nos parece, en un primer examen, suficientemente explícito.

- c) El artículo 37 LH regula las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias, que no se darán contra terceros, pero con excepciones. A los efectos que nos ocupan (acciones rescisorias), interesa examinar la primera y la cuarta excepción:
- 1.º Las acciones rescisorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro. Los hipotecaristas (ROCA SASTRE, GARCÍA GARCÍA) entienden que este precepto, tratándose de acciones rescisorias, se refiere al caso de que se haya practicado la pertinente anotación preventiva de demanda, con el propósito de que pueda perjudicar a terceros. Pero no es más cierto que, en nuestro caso, la inscripción deja a salvo los derechos de legitimarios y acreedores.
 - 2.º Las enajenaciones en fraude de acreedores, que perjudicarán a tercero cuando se hubieran adquirido a título gratuito (ya excluido por el art. 34) o, habiéndose adquirido a título oneroso, hubiera sido el adquirente cómplice en el fraude (*consilium fraudis*), y siempre que la acción se hubiera entablado dentro del plazo de cuatro años desde la enajenación fraudulenta. Este supuesto es distinto al que nos ocupa: no es de aplicación a nuestro caso, salvo que la transmisión ulterior a terceros se hubiera hecho a título gratuito o, siendo oneroso, con ánimo de defraudar, y siendo el adquirente cómplice en el fraude. Este *consilium fraudis* deberá probarse, pues no se presume, aunque es bien cierto que la jurisprudencia ha ido objetivando el concepto de complicidad, requiriéndose no solo el conocimiento de estar defraudando (criterio subjetivo) bastando la simple conciencia de causarlo: Así lo señalan las SSTs (1.^a) de 15 de marzo de 2002, 13 de junio de 2003, 21 de junio de 2004 y 30 de octubre de 2006.

Visto el marco legal, ¿podrían los legitimarios y acreedores ejercitar su acción rescisoria contra tercero inscrito, *ex* artículo 34 LH, teniendo en cuenta las limitaciones de la titularidad del transmitente, que constan en el Registro, al menos, antes de los cuatro años desde que se produjo la confesión (plazo que, en el caso de los legitimarios debería comenzar desde el día del fallecimiento de su causante, que es a partir de cuando pueden impugnarla).

A favor de la protección del tercero podría alegarse:

- 1.º Un motivo de política legislativa: sería un obstáculo a la seguridad del tráfico jurídico.
- 2.º Por motivos estrictamente jurídicos:
 - La acción rescisoria se predica de negocios jurídicos válidos (art. 1290 CC) y la confesión no es un negocio jurídico, sino una declaración de ciencia: No hay transmisión.
 - Se trata, en todo caso, de una acción rescisoria, y por tanto, conceptualmente, de naturaleza personal y subsidiaria. No debe extenderse más allá de sus fines propios. Su efecto frente a terceros sería *contra natura*.

En contra de tal protección cabe alegar:

- 1.º El bien jurídico a proteger es la integridad de las legítimas o el interés de los acreedores.
- 2.º El propio Registro está anunciando la posibilidad del ejercicio de dichas acciones, y el adquirente tiene que tenerlo en cuenta a la hora de adquirir (606 CC y 32 CC establecen el principio de publicidad). En otro caso, ¿qué sentido tiene tal constancia?
- 3.º Aunque no se trate de una declaración negocial, sus efectos pueden ser análogos a los de un negocio, lo que exige extremar las precauciones.
- 4.º No puede hablarse de que se trata de un supuesto excepcional de acción rescisoria contra terceros: El fundamento legal sería idéntico a la rescisión de enajenaciones en fraude de acreedores: Respecto del acreedor, no sería preciso acreditar el *consilium fraudis*, pues el Registro le está advirtiendo del riesgo.

Vistos los argumentos a favor y en contra, y sin perjuicio de reconocer los perjuicios que pudieran derivarse, mi opinión, *lege data*, y no exenta de dudas, es que cabría la acción contra terceros. Me gustaría conocer alguna decisión judicial sobre el tema.

2. ACTOS DISPOSITIVOS DEL TITULAR REGISTRAL, FALLECIDO EL CONFESANTE

El titular registral necesitará, para hacer actos dispositivos (no para meros actos de administración), el consentimiento de los legitimarios (art. 95.4 CC), si los hubiere. Si son varios, de todos. Y dicho consentimiento ha de prestarse en documento público (escritura pública, por exigirlo el art. 3 LH), y ha de ser prestado fallecido el confesante. No parece posible la prestación anticipada del legitimario,

por poder implicar una renuncia a la legítima futura en vida del confesante, y si se hiciera, se tendrá por no puesta (816 CC). LACRUZ BERDEJO señala que el consentimiento exigido carece de sentido. MARTÍNEZ SANCHIZ manifiesta su extrañeza por el distinto régimen dispositivo, según haya fallecido o no el cónyuge confesante, que, a su juicio, carece de toda lógica, y que no se deduce del Código Civil, lo que lleva a considerar a Manuel DE LA CÁMARA que la disposición del cónyuge titular, fallecido su causante, es una transmisión civilmente válida (aunque posiblemente rescindible), pero no inscribible en el Registro de la Propiedad, lo cual no deja de ser anómalo en nuestro sistema jurídico.

Obviamente este precepto no es aplicable a los regímenes de Derecho Foral:

- Bien por el distinto régimen legal establecido, en caso de regímenes de comunidad: vid., lo dicho sobre la legislación aragonesa y navarra.
- Bien, dada la distinta naturaleza de las legítimas: así en Cataluña y Baleares (Resolución de 12 de mayo de 2007, relativo a la legítima catalana, dada su distinta naturaleza).

Fundamento legal de la exigencia de consentimiento de los legitimarios

Los redactores de la Reforma Hipotecaria de 1982 tuvieron en cuenta los fundamentos en que se apoya la doctrina establecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado a partir de la Resolución de 19 de julio de 1952 (tratándose de albacea con facultad de enajenar, es preciso el consentimiento de los legitimarios para asegurar que con tal disposición no se perjudican las legítimas) y Resolución de 27 de febrero de 1982 (para la entrega de un legado por el albacea, habiendo legitimarios, es preciso el expreso consentimiento de estos, para asegurar que no perjudica sus derechos), doctrina que se ha incorporado a la reforma [art. 81.a) y 95.4 RH] y que ha reiterado la Resolución de 20 de septiembre de 1988 (para la venta por el albacea facultado). ÁVILA ÁLVAREZ, al comentar la Reforma Hipotecaria, lo fundamenta en la necesaria protección de los herederos forzosos, que en vida de su causante no han tenido posibilidad legal para protestar por la confesión realizada por su causante. No obstante, concluye que, posiblemente, el precepto reglamentario se ha excedido, tratando con más rigor al cónyuge confesado que el cónyuge donatario.

LACRUZ BERDEJO señala que el citado consentimiento debería predicarse, en todo caso, hasta el momento de la liquidación de la sociedad conyugal, pero no después, aunque reconoce que el precepto reglamentario no distingue. La exigencia de consentimiento *sine die* carece de sentido, máxime si no hay obstáculo respecto de los bienes donados por el causante a su cónyuge.

A mi juicio, la tesis de la innecesariedad del consentimiento ha de ser más radical. La exigencia del mismo (art. 95.4 RH) no resulta del 1324 del Código

Civil, creando una protección excesiva de los derechos de los legitimarios en perjuicio del cónyuge beneficiado por la confesión. Es más, es manifiestamente contrario a dicho precepto, que solo establece como vía de reparación la rescisoria, de naturaleza personal (y por tanto ajena al Registro). La exigencia expresa del consentimiento de los legitimarios es un requisito nuevo exigido por la normativa hipotecaria (y que no tenía antecedentes hipotecarios) y que no resulta de los preceptos civiles (solo podría inferirse de la necesidad de intervención de los legitimarios en la partición). A mi juicio se ha producido, en el ejercicio de la actividad reglamentaria del Gobierno, una evidente extralimitación, tanto por motivos de forma (tal declaración exigiría de norma con rango de ley formal) como de fondo (contraría el principio de jerarquía normativa). Del artículo 1324 del Código Civil no puede deducirse la necesidad de tal consentimiento de los herederos forzosos, como en el artículo 95.4 RH se exige (sin hacer referencia alguna a los acreedores, por cierto). Hay un distinto trato a acreedores y legitimarios, que carece de justificación legal. Como se ha indicado, del artículo 1324 del Código Civil, correctamente entendido, solo puede deducirse una causa de rescisión, de naturaleza personal, y solo para el caso de un concreto y efectivo perjuicio económico, a instancia de legitimarios y de acreedores, y solo en la cuantía estrictamente precisa para reparar el perjuicio irrogado, pero nada más. En efecto, de forma análoga a la que se produce en el caso de donación hecha por un cónyuge al otro de un bien inmueble (ahora permitida), el cónyuge donatario podrá disponer libremente del bien donado, sin exigir consentimiento adicional alguno, fallecido el donante, aunque tal donación, por su propia naturaleza, podría ser atacada de igual manera, vía rescisión, por legitimarios y acreedores, si se hiciera en su perjuicio. Y de forma idéntica podría predicarse respeto del caso de la atribución de ganancialidad (1355 CC). Esta es la vía que, a mi juicio, debía haberse seguido en la Reforma del Reglamento Hipotecario de 1982, y aquí conviene recordar lo que literalmente dijo, en relación al artículo 1323 del Código Civil, la Resolución de 7 de octubre de 1992: «...Es reiterada doctrina de este Centro Directivo la regla de libertad de contratación entre cónyuges, ya que, en caso de fraude, siempre hay los remedios consiguientes...».

Efectos de la extralimitación reglamentaria

- La competencia para declarar, con carácter general, la nulidad de un Reglamento, por ser contrario a la Ley, es competencia exclusiva del poder judicial, y muy concretamente, al Tribunal Supremo.
- No obstante, el jurista, al aplicar la ley, ha de sujetarse al régimen de fuentes del derecho que establece el artículo 1 del Código Civil (principio constitucional de jerarquía normativa: art. 9 de la Constitución). La cuestión fue planteada frontalmente, para otra cuestión, la Resolución

de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de octubre de 2010, al tratar del artículo 144.2 RH y de su congruencia con el Código Civil (de la que ya se había tratado, como vimos más arriba, en la Resolución de 13 de febrero de 1999) y la Ley Hipotecaria, y que después de señalar el carácter puramente administrativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, señala el carácter cuasi jurisdiccional del Registrador de la Propiedad, en el ejercicio de su función calificadora, lo que supone reconocer que queda sujeto, de forma análoga al poder judicial y en el estricto ámbito de su competencia calificadora, al régimen de fuentes del artículo 1 del Código Civil, lo que implica, en términos literales de la citada Resolución, que el Registrador «debe observar el rango reglamentario en tanto no resulte claramente contrario a la norma legal que trata de desarrollar» (cfr. art. 1 CC). En todo caso, y con independencia de ello, sí es interesante el razonamiento de esta posible extralimitación reglamentaria para llegar a una correcta interpretación del verdadero sentido y alcance de los textos legales vigentes.

Excepción

El citado artículo 95.4 RH establece una excepción a la exigencia del consentimiento de los legitimarios para disponer el titular, fallecido el consorte confesante: «Si el carácter privativo del bien resulta de la escritura de partición de herencia». De ello se tratará más adelante.

3. LÍMITES DE LA CONFESIÓN

Que el 95.6 RH impone un límite a la confesión (no a la prueba plena de la privaticidad, como vimos) hecha *a posteriori*, es decir, con posterioridad al título de adquisición: que no sea contraria a otra aseveración o confesión previamente registrada. Ello es consecuencia de la aplicación de la doctrina de los «actos propios». Tal circunstancia acontece:

1. Cuando se haya justificado en título público el origen de la contraprestación. No cabe confesión en relación a un bien privativo acreditado.
2. Confesión contraria a otra aseveración previamente registrada:
 - a) Aseveración por ambos cónyuges: Si el carácter ganancial consta por atribución de ambos cónyuges (1355.1 CC) o por realizarse la adquisición de forma conjunta y sin atribución de cuotas (1355.2 CC), tales hechos cierran el paso a ulteriores confesiones de privaticidad, por aplicación de la doctrina de los actos propios. Haría

falta rectificar el título de adquisición (Resolución de 23 de marzo de 2004).

- b) Aseveración de ganancialidad hecha solo por el cónyuge adquirente: Cuando por constar, bien en el título de adquisición o posteriormente en documento separado, que el adquirente (cónyuge titular) lo ha adquirido con carácter ganancial, con fondos gananciales o, incluso, con bienes propios del consorte: Dicha aseveración de ganancialidad (ya sea de la adquisición, ya sea del dinero) se ha hecho por el cónyuge titular, y no vincula al consorte confesante (*ex art. 71 CC*), quien puede, por tanto, confesar la privaticidad (así STS 1.^a de 9 de septiembre de 1997), y tal confesión accederá al Registro, por no ser contraria a otra aseveración o confesión del mismo cónyuge (la que consta es del consorte, y no le puede afectar).
- 3. Confesión contraria a otra confesión previamente registrada del mismo cónyuge. Aquí es de plena aplicación la doctrina de los actos propios, cerrando su acceso al Registro.

En los dos últimos casos debe exceptuarse, obviamente, el caso de que la confesión o aseveración previamente registrada sea dejada sin efecto por resolución judicial firme.

4. CONSTANCIA REGISTRAL POSTERIOR DEL CARÁCTER PRIVATIVO ACREDITADO

El hecho de que un bien figure inscrito como bien privativo confesado (*ex art. 95.4 RH*), no impide que con posterioridad se acredite el carácter privativo de la contraprestación, mediante prueba documental pública (*art. 95.2 RH*), haciéndose constar tal extremo por nota marginal (*ex art. 95.6 RH*), produciendo el efecto de ser bien privativo acreditado.

¿Qué ha de entenderse por «prueba documental pública»?:

- 1.º Parece claro que el acta de notoriedad lo es, si bien no se ignora lo complicado que, en la práctica, puede suponer su tramitación, dado lo difícil de la prueba, dada la fungibilidad del dinero.
- 2.º Prueba judicial. La sentencia es un documento público que puede declarar probado un hecho jurídico concreto (la privaticidad del precio pagado para la compra), dado que la acreditación de la privaticidad debe calificarse como hecho y no como declaración negocial):

— ¿Hace falta que se haga constar en el fallo? Entiendo que no: Basta que sea declarado probado en los Resultandos de la misma, por efecto de la prueba aportada al proceso. Así lo señala la Resolución de 14 de febrero de 2005 (que señala que basta que la privaticidad

resulte de los fundamentos y hechos probados por sentencia firme, aunque no sea recogida en el fallo).

- ¿Es preciso que el proceso se dirija contra todos los citados legitimarios? Entiendo que no: Aunque, en principio, el principio de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) parece imponerlo (y este es uno de los puntos sujetos a la calificación registral, tratándose de documentos judiciales), ha de tenerse en cuenta que dicha exigencia se predica respecto del titular registral, y los legitimarios no son titulares registrales. Así se deduce de la doctrina señalada por la sentencia del Tribunal Supremo (1.^a) de 2 de mayo de 1990 (que admite que en juicio contencioso se declare la privaticidad acreditada).

5. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

En caso de disolución de la sociedad conyugal, se ha de examinar si afecta al régimen de los bienes privativos confesados:

- a) Si se disuelve viviendo ambos cónyuges, ya sea por pacto capitular o por efecto de la separación o divorcio: el régimen jurídico de los bienes confesados no sufre modificación alguna.
- b) Si falleciera el cónyuge titular: Que si fallece el cónyuge titular, el bien pasará a su sucesor *mortis causa*, y el consorte confesante sigue quedando vinculado por su confesión (doctrina de los actos propios). Incluso si hubiera mediado, con posterioridad a la confesión, separación o divorcio: no queda afectado por la revocación *ex lege* de los consentimientos y poderes, por efecto de la admisión de la demanda de separación o divorcio (*ex art. 102.1 CC*), pues no es un consentimiento, sino una confesión.
- c) Si falleciera el cónyuge confesante: Subsiste el régimen de inscripción de los actos de administración, pero no el de los actos de disposición o gravamen, como vamos a ver más adelante.

6. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Aquí hemos de plantear los diversos supuestos que se dan en la práctica:

1. Viviendo ambos cónyuges: La liquidación de la sociedad conyugal implica el reparto de los bienes y deudas gananciales entre los cónyuges (o en su caso, sus herederos). Puede ser realizado en un documento *ad hoc*, ya de forma extrajudicial o judicial (por ejemplo, un convenio

regulador). En el acto de liquidación, los bienes privativos confesados pueden quedar en las siguientes situaciones:

- a) Dejar sin efecto la confesión efectuada, e inventariarlo y adjudicarlo como un bien ganancial: La admisibilidad de tal proceder es indudable (1323 CC), pero requeriría causalizarlo, bien afirmando el carácter común de la contraprestación (lo que se presume, *ex* 1361 CC), bien mediante un negocio traslativo inserto en sede liquidatoria (no sería bastante insertarlo en un convenio regulador aprobado judicialmente, requiriendo escritura pública, por exceder la simple liquidación, como se infiere de la doctrina sentada por la Resolución de 5 de agosto de 2011).
- b) Confirmar su carácter privativo: Se convierte en un bien privativo ordinario. A esta excepción hace referencia el 95.4 RH, al establecer una excepción a la exigencia del consentimiento de los legitimarios para disponer el titular, fallecido el consorte confesante: «Si el carácter privativo del bien resulta de la escritura de partición de herencia». Se trata de un requisito cumulativo: Que se haya partido y que el carácter privativo resulte de dicha partición.
- c) ¿Y si no se hace referencia alguna al bien confesado, no incluyéndose en la liquidación de gananciales? En este caso, el régimen de bien confesado subsistirá, pudiendo disponer de él libremente el cónyuge titular, viviendo el confesante, como hasta entonces.

2. Fallecido el cónyuge titular, pero viviendo el consorte (confesante): Aquí tampoco, en principio, se plantea problema, pues el confesante intervendrá en el acto de liquidación de la sociedad conyugal y adjudicación de herencia, bien confirmándose el carácter privativo (que ya será privativo ordinario) o atribuyendo el carácter ganancial.

Ahora bien, cabe que los cónyuges se hayan separado o divorciado, o simplemente cambiado su régimen económico-matrimonial y no tuviera que intervenir en la herencia el cónyuge confesante: ¿Podrían los herederos del cónyuge titular, sin concurso del cónyuge confesante, adjudicarse los bienes como privativos y proceder a su adjudicación? Entiendo que sí, siempre que se acredite que vive el cónyuge confesante, ya que sigue vinculado por su confesión. ¿Y si no se acredita? Aquí caben dos supuestos:

- Basta la simple manifestación de que vive: entiendo que sí, pues es análogo al caso de que el cónyuge titular, al disponer, manifiesta seguir casado (lo que no ha de acreditar documentalmente).
- Y si no dice nada (puede ser, y es lo más probable que no habiendo hijos comunes lo ignore, ya que están separados o divorciados):

Entiendo que el Registrador debería, al menos, exigir que se le manifeste que no le consta el fallecimiento del cónyuge confesante, bastando, por los motivos indicados, la simple manifestación, a menos que del propio contenido del Registro pudiera resultar lo contrario.

3. Si fallece el cónyuge confesante, pero vive el titular: dado que se trata de un bien privativo del consorte, lo conveniente es que, a los efectos del citado 95.4, se reiterara por el cónyuge titular y los legitimarios del confesante premuerto el carácter privativo de la adquisición de su consorte (y se convertiría por efecto de tal declaración en un bien privativo ordinario), lo cierto es que, en la práctica, no suele hacerse (generalmente por olvido). En este caso cabe plantear muchas incógnitas: ¿Basta que se haya partido y no conste que el bien ha sido traído a la partición como ganancial, o que se diga que los únicos bienes gananciales son los inventariados, quedando los herederos del confesante vinculados por dicha declaración como acto propio? ¿Es preciso una referencia expresa al carácter privativo confesado del bien del cónyuge que dispone? ¿Es suficiente una mera referencia genérica? El tema es complicado resolverlo con carácter general, debiendo acudir a las circunstancias de cada caso: en sede judicial, será el Juez el que determine lo que proceda; en el ámbito puramente registral, los estrechos márgenes de la función calificadora impiden tener en consideración tales circunstancias. Estos extremos han sido objeto de la Resolución de 13 de abril de 2011, en la que el autor de estas letras fue recurrente (con poco éxito como se verá), y que ha sido recurrida por mí ante la jurisdicción civil (entre otras causas porque, además, dejó de contestarse por el Centro Directivo muchas de las alegaciones hechas por el recurrente). La DG desestima el recurso, y determinó en resumen:

1. La confesión no es una declaración de voluntad sino un medio de prueba.
2. El artículo 95.4 RH no contraviene el artículo 1324 del Código Civil, al exigir el consentimiento de los herederos forzosos del confesante, si los tuviese, salvo que el carácter privativo resultase de la partición de la herencia.
3. El mero hecho de que en la escritura de partición no se haya incluido el bien, no supone una excepción del artículo 95.4 de dicho Reglamento, siendo necesario, según la Jurisprudencia, pruebas eficaces y contundentes para desvirtuar frente a terceros la presunción de ganancialidad, teniendo la confesión un limitado efecto, no perjudicando a los legitimarios y acreedores.

4. En el procedimiento registral no cabe el desenvolvimiento de la prueba en forma contradictoria, ni se concede al registrador las amplias facultades de apreciación de que goza el juez en los procedimientos declarativos (*ídem*, la Resolución de 28 de noviembre de 1988); por otro lado, la exigencia de acreditación fehaciente de los actos o negocios que pretenden su acceso al registro, impiden apreciar consentimientos presuntos. En definitiva, la no inclusión en el inventario no determina su carácter privativo, pues ello puede obedecer a muy diversas causas, incluso el desconocimiento de la existencia de la confesión.

La doctrina sentada por la citada Resolución, abstractamente analizada, es correcta. Pero en el caso concreto acontecían otras circunstancias, planteadas en el recurso y no resueltas, a mi juicio, por la Resolución:

- a) En el concreto caso, al haberse hecho la partición, el ordenamiento había desplegado ya todos los instrumentos legales para la protección del legitimario, máxime cuando en la escritura de partición todos los otorgantes se declararon satisfechos en sus derechos como herederos, y renunciaron a cualquier acción por razón de tal cualidad. Por eso, una vez hecha la partición, el hecho de que la confesión pudiera lesionar la legítima, no provoca la nulidad de la partición, sino tan solo da derecho a exigir el complemento de legítima (815 CC).
 - b) Los herederos, que habían aceptado pura y simplemente la herencia del confesante, quedaron vinculados a los actos propios del causante (y en particular, a la confesión de privaticidad). Ello sin prejuzgar como acto propio el hecho de declarar, además, que no hay más bienes gananciales que el inventariado (que no era el confesado).
4. Fallecido el cónyuge titular y fallecido posteriormente el cónyuge confesante: En este caso, es evidente el necesario concurso de los legitimarios, por así exigirlo el artículo 95.4 RH, no pudiéndose proceder al simple reparto del bien confesado como privativo sin más en la herencia del cónyuge titular, sin el concurso de los legitimarios del confesante (Resolución de 13 de junio de 2003).

7. CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD Y EL REGISTRO MERCANTIL

Los bienes privativos confesados también plantean cuestiones interesantes:

- En la constitución o ampliación de capital de una sociedad mercantil. Es perfectamente posible que el cónyuge del suscriptor declare la pro-

cedencia privativa de la aportación (sea dineraria o *in natura*) realizada por su consorte. Las acciones o participaciones adquiridas tendrán carácter privativo *ex* artículo 1324 del Código Civil. Esta declaración, relevante en el orden civil, entiendo que es irrelevante a los efectos del Registro Mercantil, teniendo en cuenta que nuestro Registro Mercantil no es un Registro de bienes, ni acredita la propiedad de las acciones o participaciones.

- Viviendo el cónyuge confesante, el titular podría disponer libremente de las acciones (el 1384 CC le permite disponer en todo caso) o de las participaciones sociales (no sería necesario el consentimiento del consorte, al no ser gananciales).
- Fallecido el cónyuge del titular de las acciones o participaciones así adquiridas: ¿Será preciso el consentimiento de los legitimarios del fallecido, *ex* artículo 95.4 RH? La respuesta solo puede ser negativa: El artículo 95.4 RH es un precepto adjetivo y referido al Registro de la Propiedad (es decir, a los inmuebles), no siendo de aplicación a las acciones o participaciones sociales. Lo cual no impide que los legitimarios puedan ejercitar las acciones en defensa de su derecho, en los términos del artículo 1324.5 del Código Civil. La remisión que el Reglamento del Registro Mercantil hace al Reglamento Hipotecario (art. 80 RRM) ha de entenderse limitada al Título I (Organización y funcionamiento del Registro Mercantil) referida a cuestiones adjetivas (modo de llevar el Registro).

8. CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD Y EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES

Cabe reiterar lo antes dicho, pero teniendo en cuenta que en este caso sí se trata de un Registro de Bienes (y no de personas, como el Registro Mercantil). Por idénticas razones a las antes expuestas, entiendo que no procede aplicar el artículo 95.4 RH. El tema más polémico son los buques y las aeronaves.

Respecto de los buques, el artículo 585 del Código de Comercio señala su condición de bien mueble (salvo a los efectos de hipoteca, que se considera inmueble, según dispone el art. 1 de la Ley de Hipoteca Naval). Ello lleva a la doctrina a hablar de «cosa mueble registrable» o «bien mueble *sui generis*». Suponiendo un buque adquirido por uno de los cónyuges con dinero privativo confesado por su consorte, y fallecido el cónyuge confesante, podría pensarse que para vender no sería de aplicación el 95.4 RH, pero sí para hipotecarlo, por la remisión que la Ley de Hipoteca Naval hace al Reglamento Hipotecario. Pero esta remisión, al igual que en el caso del Registro Mercantil, debe entenderse a cuestiones adjetivas (no sustantivas), por lo que se estima inaplicable el artículo 95.4 RH a la hipoteca del buque. A más abundamiento, debe tenerse en cuenta que la transmisión o gra-

vamen del buque es un acto de comercio, y el artículo 6 del Código de Comercio permite la venta o gravamen al titular comerciante, con independencia de que haya fallecido o no el cónyuge confesante.

Respecto de las aeronaves, la asimilación legal al buque es total, siendo calificadas como «bienes muebles *sui generis*» (art. 130 de la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960), por lo que es aplicable lo antes expuesto para los buques.

H) MEDIDAS CAUTELARES QUE SE INTRODUCEN EN LAS ESCRITURAS PARA EVITAR EL ULTERIOR CONSENTIMIENTO DE LOS LEGITIMARIOS

La práctica notarial, tan pegada al terreno, ha ido introduciendo cláusulas que tratan de evitar las consecuencias negativas que puedan derivarse del citado artículo 95.4 RH.

A) El procedimiento idóneo es consignar en el documento de liquidación de gananciales, o, en su caso, en el de herencia, una referencia inequívoca (aunque sea concisa) al bien privativo confesado, reiterando el carácter privativo de la contraprestación, y que, lógicamente, quedará fuera del reparto, al ser privativo del consorte. A partir de tal referencia, el efecto práctico sería que el bien en cuestión pasaría, a efectos registrales, de ser privativo confesado a ser privativo acreditado. Estimo que tal referencia podría dar lugar, si constara en documento público, a su constancia registral por medio de nota marginal (ex 95.6 RH), teniendo por efecto práctico convertir el bien privativo antes confesado en bien privativo acreditado.

B) Pero, a veces, bien no es posible, o no es conveniente, o bien simplemente se olvida hacer tal referencia. ¿Qué hacer para intentar evitar la prestación del consentimiento de los legitimarios?:

- a) Un tipo de cláusula se suele introducir en la escritura de liquidación de la sociedad conyugal, o de herencia, en su caso, en los siguientes o parecidos términos: «Los comparecientes manifiestan que solo gozan de la condición de bienes gananciales los relacionados en esta escritura»; o redactado de forma más amplia: «las partes manifiestan que solo gozan de la condición de bienes gananciales los relacionados en esta escritura, como tales, debiendo considerarse como privativos de cada uno de los cónyuges aquellos bienes adquiridos por ellos y que no figuren expresamente mencionados».
- b) Otro tipo de cláusula es quizá más explícita: «Los comparecientes manifiestan que no hay más bienes gananciales que los inventariados. Cualquier otro bien o derecho titulado a favor de uno cualquiera de

los cónyuges, habrá de reputarse privativo de su respectivo adquirente, ya hubiera sido acreditado o simplemente confesado el origen privativo de la contraprestación, ya figuren en el Registro de la Propiedad como privativos acreditados o simplemente privativos confesados. Si hubieran sido adquiridos por uno solo de los cónyuges, sin declaración alguna sobre el carácter del bien, y, en su caso, se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad como presuntivamente ganancial, valga la presente declaración como confesión del cónyuge del titular acerca del carácter privativo de la contraprestación».

Ambas cláusulas, insertas en sede de la liquidación de la sociedad conyugal, tendrían el efecto práctico de convertir el bien privativo confesado en un bien privativo «ordinario», al no existir ya sociedad de gananciales. Y no impiden, a mi juicio, que, de ser necesario, pudiera hacerse una ulterior adición, siempre que el carácter ganancial del bien adquirido durante el matrimonio resultara del título, bien por haber sido adquirido conjuntamente por ambos cónyuges sin asignación de cuotas, bien por haberse atribuido dicho carácter por ambos cónyuges (*ex art. 1355 CC*), bien lo sea por haber sido adquirido por uno solo de ellos, aseverado el carácter ganancial de la contraprestación. ¿Son válidas tales cláusulas? Hemos de distinguir:

En el ámbito puramente civil. En principio, la validez de las mismas dependerá de varias circunstancias:

- a) Que no se califique como pacto sobre los medios de prueba utilizables: La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 4 de mayo de 2001, recurso 1072/1999, citando jurisprudencia del TS, determina que no se admite la validez de los pactos sobre los medios de prueba utilizables (permitiría la realización de fraudes civiles y fiscales, y se podría sustraer dichos bienes a la acción de los acreedores del otro cónyuge).
- b) Ha de referirse a bienes y derechos conocidos por los interesados al tiempo de la renuncia (no puede renunciarse a algo que se desconoce). La STS (1.ª) de 30 de mayo de 2005, interpretó que la renuncia de la viuda a sus derechos en la sociedad de gananciales, en cuyo inventario solo se incluyeron los bienes inmuebles, pero no el dinero, no se extiende al dinero. En igual línea las SSAP de Las Palmas, de 20 de mayo de 1999 (la manifestación de la esposa de que nada tenía que reclamar fuera de la liquidación hecha en convenio regulador se funda en un error, cual el desconocimiento de la existencia de valores gananciales, no implicando renuncia a la acción de adición *ex art. 1079 CC*) y AP de A Coruña (Sede de Santiago de Compostela), de 31 de marzo de 2011, recurso 513/2010 (distinguiendo, en un convenio regulador, cuando no se incluyen bienes y obligaciones, cuya existencia era conocida por

ambos, y aquellos cuya existencia se desconocía por cualquiera de los cónyuges. Respecto de los primeros es válida la renuncia, que vincula a los cónyuges en virtud de la doctrina de los propios actos. Pero no en el segundo caso).

- c) Y que no se conceptúe como renuncia genérica al derecho a exigir una posible adición de herencia: la renuncia de derechos para que sea válida ha de recaer sobre un derecho concreto, determinado y perfectamente identificado, no siendo admisible las renunciaciones genéricas e indeterminadas (SSAP de Badajoz, de 13 de abril de 2010, recurso 136/2010 y AP de Oviedo, de 16 de mayo de 2008, recurso 47/2008). Por analogía a lo dispuesto para la acción de rescisión por lesión, la renuncia solo será válida cuando el renunciante, al hacerlo, conozca todas las circunstancias de hecho que determinan la realidad y existencia de la lesión.

En el ámbito puramente hipotecario: Estas referencias genéricas se estiman por la Dirección General, a los efectos del Registro de la Propiedad, insuficientes (vid. Resolución de 15 de diciembre de 2006 y 13 de abril de 2011). Se trata de consentimientos presuntos, que no pueden ser apreciados ni valorados, dado el estrecho ámbito de la prueba en el procedimiento registral. Por ello, en la práctica, las cláusulas estudiadas operan en relación con bienes muebles y dinero.

I) CUESTIONES FISCALES

Al tratarse de una declaración en la esfera de los hechos, carente de naturaleza negocial, y complementaria a un título de adquisición, entiendo que no está sujeta al Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados:

- Ni por el concepto TPO: por no implicar desplazamiento patrimonial alguno (al desenvolverse en el ámbito de los hechos).
- Ni por el concepto AJD: por carecer de interés o cosa valuable.

Si enmascararan un verdadero negocio jurídico (fuera o no válido), procedería la liquidación, ya por el ITP, ya por el ISD, según proceda, dado que el artículo 2.1 LITPyAJD (TR aprobado por RDLeg. 1/1993, de 24 de septiembre) dispone que el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia. Pero para ello, debería acreditarse el negocio jurídico disimulado en la confesión, y en este caso:

- Si es gratuito (es decir, no se tendrá en cuenta en la liquidación de gananciales): Tributará por el ISD.
- Si es oneroso (lo que se presume, 1358 del CC, trayéndose a cuenta en la liquidación conyugal): Tendría un efecto análogo, a efectos fiscales, a una liquidación parcial y anticipada de la sociedad conyugal, y encajaría en la exención del artículo 45.I.B.3 del Texto Refundido ITP (así lo ha estimado la STSJ de Extremadura, de 14 de mayo de 2009).

RESUMEN

CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD BIENES PRESUNTIVAMENTE GANANCIALES REFORMA DERECHO DE FAMILIA

El presente trabajo pretende abordar la rica problemática que resulta del régimen legal de los bienes privativos confesados, es decir, aquellos cuya privaticidad resulta de la sola manifestación de su consorte, examinando para ello los artículos 1324 del Código Civil y su desarrollo hipotecario (principalmente el art. 95 del RH), que contiene una regulación sustantiva que difiere, en algunos aspectos, a la normativa civil, con especial atención a las posiciones doctrinales y, sobre todo, jurisprudenciales, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, examinados bajo un prisma esencialmente práctico, y con la sana intención de superar los inconvenientes que resultan del régimen legal, que se ha manifestado especialmente conflictivo. Se llega así a ciertas conclusiones, posiblemente no pretendidas por el legislador, que pueden resultar sorprendentes o perturbadoras del tráfico jurídico inmobiliario, lo que nos lleva a concluir la conveniencia de replantear el régimen legal hoy vigente, bajo el prisma de la libertad de contratación entre los cónyuges, que predica el artículo 1323 del Código Civil, que fue uno de los ejes fundamentales de la reforma del Derecho

ABSTRACT

RECOGNITION OF PRIVATE OWNERSHIP PRESUMABLY JOINTLY OWNED PROPERTY OF A CONJUGAL PARTNERSHIP FAMILY LAW REFORM

This paper attempts to address the wealth of problems resulting from the legal procedure for assets recognized as privately owned, i.e., assets whose privacy of ownership stems solely from the fact that they are acknowledged by the owner's consort as privately owned. The paper examines article 1324 of the Civil Code and its implementation in mortgage law (mainly article 95 of the Mortgage Regulation), which contains a substantive regulatory component that makes mortgage law different in some respects from civil legislation. Special attention is paid to the stances taken in legal thought and especially the positions taken in case law by both the Supreme Court and the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs, which are examined from an essentially practical view, with the healthy intention of working past the most conflictive of the legal procedure's drawbacks. Certain conclusions are thus reached, possibly conclusions not intended by legislators. We are led to the conclusion that it would be advisable to remodel the legal procedure now in force to encompass the freedom of contract between spouses es-

de Familia, llevada a cabo hace ya treinta años. Parafraseando a Tirso Carretero, se propone un retorno al Código Civil, frente al exceso reglamentario.

established in article 1323 of the Civil Code, which was one of the fundamental pillars of the family law reform of thirty years ago. To paraphrase Tirso Carretero, the paper proposes less over-regulation and more direct use of the Civil Code.

(Trabajo recibido el 4-12-2011 y aceptado para su publicación el 1-2-2010)

La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual

por

MARÍA DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho y CC.EE.
Universidad de Córdoba

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
- II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN DE USO. CUESTIONES QUE PLANTEA:
 1. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.
 2. CUESTIONES A QUE DA LUGAR ESTA NUEVA CONCEPCIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO.
- III. EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DE USO SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL:
 1. SOBRE LA INSCRIBIBILIDAD DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO. LA INSCRIPCIÓN NO ALTERA LA NATURALEZA DEL ACTO O DERECHO INSCRITO:
 - A) *Cuando se atribuye el uso al no titular de la vivienda.*
 - B) *Cuando el cónyuge titular de la vivienda es, al mismo tiempo, adjudicatario del derecho de uso.*
 - C) *Cuando la finca aparece inscrita a favor de un tercero:*
 - a) Compatibilidad con el derecho real de usufructo.
 - b) Vivienda en arrendamiento
 - c) Ocupación de la vivienda en virtud de la mera tolerancia de un tercero.

IV. EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA HABITUAL:

1. ACTOS QUE CONSTAN EN EL REGISTRO CON ANTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN.
2. ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE LA VIVIENDA ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE USO PERO QUE ACCEDEN AL REGISTRO CON POSTERIORIDAD A LA MISMA.
3. ACTOS DE DISPOSICIÓN POSTERIORES Y QUE ACCEDEN AL REGISTRO DESPUÉS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL EMBARGO DE LA VIVIENDA HABITUAL SOBRE LA QUE RECAE ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO QUE CONSTA INSCRITA EN EL REGISTRO.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La cuestión que pretende estudiar este trabajo se me plantea a la luz de las continuas noticias en los medios de comunicación sobre la controversia que se plantea entre los titulares de hipotecas en proceso de ejecución, que mantienen la necesidad de una normativa que permita aplicar la figura de la dación en pago para saldar la deuda contraída con la entidad financiera, y no el pago de la cantidad líquida por la que se suscribió el préstamo para financiar la adquisición de la vivienda.

En la práctica, es seguro que la mayoría de estos procedimientos de ejecución recaen sobre la vivienda habitual de la familia y, posiblemente, en otros muchos casos el uso de esta se encuentra atribuido judicialmente a uno de los excónyuges como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio. Pero también es cierto que esta hipoteca posiblemente se constituyó con carácter previo a la disolución del matrimonio (1) y a la atribución del uso, por lo que se requirió el consentimiento de ambos cónyuges como requisito *sine qua non* para su validez y, puesto que se trata de un derecho real de garantía de inscripción constitutiva que, por tanto, no nace ni respecto de las partes ni de terceros sino desde su inscripción en el Registro de la Propiedad, aunque posteriormente conste en el Registro la inscripción de la atribución judicial del uso, el principio de prioridad que informa el sistema español de Registro público de la propiedad inmueble dicta una norma que además de ser un premio a la diligencia, responde a la exigencia de poner orden en el caos que inevitablemente acabaría estallando en la cadena de producción de títulos inscribibles contradictorios (2). El tiempo es el árbitro que va a decidir cuál

(1) Y puede, incluso, ser anterior a la celebración del matrimonio y venir arrastrada como carga constituida por anteriores y hasta lejanos titulares registrales.

(2) MANZANO SOLANO, A., y MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a del Mar, *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2008, pág. 624.

de los derechos que mutuamente se estorban va a prevalecer o se va a colocar antes si los varios derechos son compatibles.

Por tanto, en tesis general, inscrita antes la hipoteca, la atribución judicial del uso de la vivienda habitual que accede al Registro con posterioridad decae ante la ejecución forzosa del bien derivada de un procedimiento de ejecución hipotecaria. El adjudicatario del bien, tras la correspondiente subasta, recibe el bien libre de todas las cargas posteriores a la fecha de constitución de la hipoteca, por lo que este supuesto no plantea ningún problema de posible colisión de derechos contradictorios. Como ha señalado el Tribunal Supremo: «ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas... No pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que, por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición. Porque, además, no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial» (STS de 8 de octubre de 2010) (3).

Ello no obsta a que, de acuerdo con las normas del Derecho Procesal, el ocupante del inmueble, en virtud de esta atribución de uso, deba tener participación en el procedimiento de ejecución. La Exposición de Motivos de la LEC señala en este punto que: «...En relación con la subsistencia y cancelación de cargas se ha optado por mantener el sistema de subsistencia de las cargas anteriores al gravamen que se ejecuta y cancelación de las posteriores, deduciendo del avalúo el importe de las cargas subsistentes para determinar el valor por el que los inmuebles deben salir a subasta». En cuanto al régimen de audiencia y desalojo de los ocupantes, la Ley procura que en el proceso de ejecución se pueda tener noticia de su existencia.

Regula también un breve incidente que permite desalojar inmediatamente a quienes puedan ser considerados «ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. Concretamente, el artículo 661.1 LEC regula la «Comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho. Publicidad de la situación posesoria en el anuncio de la subasta». Establece que ante la constancia de la existencia de personas distintas del ejecutado inmueble, el tribunal les debe de comunicar de oficio la existencia de ejecución a fin de que justifiquen su situación, de tal manera que ello ha de constar en el anuncio de la subasta. Este precepto cumple con la finalidad: de una parte, de proteger a los ocupantes para que puedan hacer constar su oposición dándola a conocer a los interesados en la adquisición del inmueble a los que, de otro lado, busca proteger la ley para

(3) TS, Sala 1.^a (RA, núm. 7445).

que puedan valorar si les interesa participar en la misma o el precio a ofrecer por el inmueble.

En este sentido surge la pregunta de qué ocurre si el procedimiento de ejecución deriva, no de la fase liquidatoria de una hipoteca, sino de un embargo de la vivienda. Y, más concretamente, cuando el uso de tal vivienda embargada ha sido atribuido judicialmente a uno de los cónyuges tras un proceso de disolución del vínculo conyugal.

Dos pueden ser las situaciones posibles:

1. Anotación del embargo con carácter anterior y preferente a la inscripción de la atribución judicial del uso de la vivienda habitual.

Si la anotación de embargo resulta practicada antes de la inscripción del derecho de uso, entiendo que este decae ante la adjudicación en subasta derivada de la anotación de embargo. El TS ha señalado, en sentencia de 4 de diciembre de 2000 (4), que esto será así siempre que el rematante haya obrado de buena fe, es decir, que no conocía antes de la subasta la adjudicación del uso. En el supuesto de referencia, probado que conocía la atribución del uso, el TS acuerda la venta en pública subasta de la finca, repartiéndose el precio entre adjudicatario y demandada por partes iguales.

2. Anotación del embargo con posterioridad a la inscripción de la atribución judicial del uso de la vivienda habitual.

Aplicando en su literalidad el principio de prioridad, podría concluirse que estando inscrito el uso, este debería resultar protegido frente al adquirente posterior en una venta forzosa. Es decir, el rematante adquiriría la vivienda con la carga del uso que, por ser un hipotético derecho real anterior y preferente inscrito con anterioridad, no puede ser barrido por la anotación del embargo y ejecución del mismo en un momento posterior. Sin embargo, creo que no es así.

Es aquí donde se plantea el problema.

Conviene determinar si, efectivamente, la atribución de uso constituye un verdadero derecho real o si, por el contrario, se trata de una mera situación posesoria caracterizada por su temporalidad que el Juez crea de acuerdo a una serie de circunstancias, y que puede tener acceso al Registro.

Llegar a una u otra conclusión daría lugar a soluciones distintas al supuesto objeto de este trabajo.

(4) Sala 1.^a (RA, núm. 10430).

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN DE USO. CUESTIONES QUE PLANTEA

1. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

El TS no mantenía una doctrina uniforme: *a)* Derecho real (STS de 20 de mayo de 1993) (5), pero hay que atribuirle las características del uso conforme a los artículos 523 y siguientes del Código Civil. *b)* Derecho oponible *erga omnes*, pero no derecho real (STS de 31 de diciembre de 1994) (6). *c)* Derecho de naturaleza *sui generis* (STS de 11 de diciembre de 1992) (7). *d)* Derecho no real (STS de 29 de abril de 1994) (8), que se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a los cónyuges.

Sin embargo, más recientemente, y tras numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales y del propio Tribunal Supremo, vacilante (9) en cuanto a la naturaleza del derecho de uso, el Alto Tribunal ha venido a unificar la Jurisprudencia anterior, evitando de esta forma la interposición de recursos de casación sobre la materia alegando como motivos la existencia de sentencias contradictorias aportadas en alegación del interés casacional. Así, en la de 18 de enero de 2010 (10) se afirma con rotundidad, en su Fundamento de Derecho sexto que: «De la naturaleza del derecho de uso se va a deducir una importante conclusión: *el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real* (11).

(5) Sala 1.^a (RA, núm. 3807).

(6) Sala 1.^a (RA, núm. 10330).

(7) Sala 1.^a (RA, núm. 10136).

(8) Sala 1.^a (RA, núm. 2945).

(9) Puede verse un extenso recorrido por la Jurisprudencia en esta materia en la obra de Francisco de Asís SERRANO CASTRO, «Vivienda familiar y cargas del matrimonio», en *El Derecho*, Madrid, 2010. Cita la sentencia de la AP de Barcelona, de 26 de febrero de 2003, que lo configura como un derecho oponible a terceros; la del TS de 14 de julio de 1994, que señala que el carácter de este derecho pugna entre lo personal y lo real; la de la AP de Madrid, de 29 de enero de 2003, que lo califica como derecho de ocupación de carácter absoluto y ejercitable *erga omnes*; la de la AP de Baleares, de 5 de febrero de 2003, como un derecho real familiar de eficacia total; la del TS de 20 de mayo de 1993, que lo asimila a los derechos de uso y habitación, entre otras.

(10) Sala 1.^a (RA, núm. 1274).

(11) A diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil catalán parece haberse decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza.

Esta es la literalidad del fallo, que ahora hay que modificar respecto de la legislación catalana, teniendo en cuenta que la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, ha derogado la Ley 9/1998, del Código de Familia, que ha dejado de estar vigente el 1 de enero de 2011. Efectivamente,

El artículo 96 del Código Civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario».

Doctrina que se reproduce en la simultánea con la anterior de 14 de enero de 2010 (12) y se reitera en la de 22 de noviembre de 2010 (13), en los siguientes términos: *el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de familia, no es un derecho real*, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RRDGRN de 27 de agosto y 10 de octubre de 2008) (14).

El Tribunal Supremo sienta la doctrina anteriormente expuesta por cuanto debe ser amoldada a las circunstancias en aquellos casos en los cuales la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular no pertenece en propiedad al otro cónyuge, sino que ha sido atribuido a este en virtud de un contrato, como puede ocurrir cuando se considera probado que la vivienda se ha atribuido al citado cónyuge en virtud de un contrato de comodato.

En el mismo sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene la siguiente doctrina: «...*El derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real*, pues la clasificación de los derechos reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuen-

tal y como figuraba en el proyecto, el artículo 233-22 de la Ley 25/2010, bajo la rúbrica «Publicidad del derecho de uso de la vivienda», señala: «El derecho de uso de la vivienda familiar, atribuido al cónyuge, se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad».

(12) Sala 1.^a (RA, núm. 2323).

(13) Sala 1.^a (RA, núm. 2011/936).

(14) BOE de 16 de septiembre y 7 de noviembre de 2008, respectivamente.

cias especiales, como es la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento» (15).

En todo caso, la Dirección General se empeña en recalcar que, independientemente de la naturaleza que se otorgue a la atribución judicial del uso, la finalidad de la misma «constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, a fin de evitar que una manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH» (16). Del mismo modo, en la citada más arriba, se reitera: «...el contenido del derecho de uso consiste, además de en el derecho ocupacional, en la exigencia que se impone al cónyuge titular del dominio de contar con el consentimiento del titular del uso para la enajenación de la vivienda».

Resulta obvio que cuando el uso corresponde al mismo cónyuge, que es titular exclusivo de la vivienda, es evidente que en ningún caso se producirá la enajenación sin su consentimiento: «...sin que, por consiguiente, resulte necesario recabar el consentimiento del excónyuge que ni es titular del dominio ni es titular del derecho de uso. En definitiva, la facultad de limitar la libre disposición de la vivienda forma parte del contenido del derecho de uso que solo a su titular corresponde».

Reitera la misma doctrina la Resolución de 18 de noviembre de 2009 (17): «...el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar».

También la Resolución de 19 de julio de 2011 (18): «...no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde, en todo caso, al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que, se estima, no habiendo hijos, ostenta un interés más necesitado de protección. No se establecen más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como de disposición de la vivienda».

(15) Resolución de 14 de mayo de 2009. *BOE* de 13 de junio de 2009.

(16) Resolución de 10 de octubre de 2008. *BOE* de 7 de noviembre de 2008.

(17) *BOE* de 8 de enero de 2010.

(18) *BOE* de 28 de septiembre de 2011.

La anteriormente citada Resolución de 18 de noviembre de 2009 señala que el carácter familiar de la atribución del uso impone consecuencias especiales como son la duración del mismo —que puede ser variable—, así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. Como ocurre frecuentemente con los derechos de tipo familiar, una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento.

2. CUESTIONES A LAS QUE DA LUGAR ESTA NUEVA CONCEPCIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO

Entendiendo que la atribución judicial del uso no es un derecho real, se pueden plantear los siguientes interrogantes:

a) *¿Es inscribible la escritura pública de liquidación de gananciales en la que se adjudica a uno de los excónyuges la vivienda, sin necesidad de contrastar su contenido con el convenio regulador?*

La reciente Resolución de 19 de julio de 2011 plantea el siguiente supuesto:

Se adjudica la vivienda a la esposa tras la liquidación de la sociedad de gananciales en pago de su haber ganancial (había satisfecho el exceso de la adjudicación mediante cheque bancario). La registradora deniega la inscripción de la escritura de liquidación donde consta la adjudicación del piso alegando que es imprescindible contrastar la adjudicación efectuada en el título con el contenido del convenio regulador y de su homologación judicial. La notaría recurre estimando que la escritura es inscribible por sí misma por los siguientes argumentos. Primero: porque el hecho de que el convenio regulador sea inscribible no quiere decir que la inscripción sea obligatoria. Y, segundo: que teniendo la escritura presentada un contenido exclusivamente patrimonial, aunque en el convenio se hubiera pactado algo distinto pueden los cónyuges alterarlo.

Dejando aparte otras cuestiones que resuelve la Resolución, en lo referente al tema propuesto, dice la Dirección General: «...el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia *no es un derecho real*, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. No se establecen más restricciones a la facultad de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad

de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda».

Y añade: es cierto que la liquidación de los gananciales puede hacerse en convenio regulador, pero ello no quiere decir que deba hacerse necesariamente en el mismo, pues el artículo 90 del Código Civil no la impone con carácter obligatorio (19), concluyendo que cuando no se haga en el convenio regulador, el documento adecuado para practicarla es la escritura pública de liquidación. La defensa del derecho de uso está encomendada a uno solo de los cónyuges, el titular del derecho, y tal cónyuge puede hasta renunciarlo, consintiendo la enajenación de la vivienda. En consecuencia, *la atribución de la propiedad a uno de los cónyuges no puede contradecir nunca el derecho al uso, pues el mismo, si se atribuye al cónyuge titular lo refuerza, y si se atribuye al otro, no impide que este inscriba su derecho al uso.*

Es una cuestión puramente patrimonial, los cónyuges no ven limitada su libertad contractual por el contenido de dicho convenio.

Estima el recurso interpuesto.

b) *¿Puede el titular del inmueble, también titular del derecho de uso, enajenar la vivienda sin necesidad de consentimiento del otro o de autorización judicial?*

También se plantea la cuestión cuando el titular, que pretende la enajenación, es además el que tiene atribuido el derecho de uso.

Así, en la Resolución de 14 de mayo de 2009, la Registradora suspende la inscripción de la venta de un piso por constar inscrito el derecho de uso del mismo en virtud de convenio aprobado judicialmente a favor de la vendedora y de sus hijos, por lo que siendo estos menores, solo el Juez puede autorizar una disposición que implica la protección de la vivienda familiar, salvo que los menores, al alcanzar la mayoría de edad, lo consintieran. La DGRN estima el recurso interpuesto contra la calificación, que desestima y revoca, entendiendo subsumido en la propia titularidad dominical el derecho de uso, para cuya disposición no se requiere —entiende— el consentimiento del excónyuge al que no se le ha atribuido el uso y que, además, tampoco es propietario, puesto que la vivienda se atribuyó en propiedad al titular del derecho de uso en la liquidación de la sociedad de gananciales. *Como el uso corresponde al mismo excónyuge, que es titular exclusivo de la vivienda, no es posible limitar la libre*

(19) El artículo 90.E del Código Civil se refiere a la liquidación, *cuando proceda*, del régimen económico del matrimonio, como uno de los extremos a los que ha de referirse el convenio regulador.

disposición de la vivienda que solo a su titular corresponde. En relación a la posición jurídica de los hijos entiende el Centro Directivo que se desenvuelve en el ámbito de los derechos familiares, y no de los patrimoniales y que su posición es la de beneficiarios del derecho de uso, pero no la de titulares.

La consecuencia lógica sería entender que si el cónyuge, único propietario, puede vender el inmueble sobre el que se constituyó el derecho de uso, porque está subsumido en su derecho de propiedad y, sin necesidad de autorización judicial, puede extinguir la atribución judicial del uso constituida sobre el inmueble enajenado o, al menos, modificarla.

c) *Inscrita la atribución judicial del uso a favor del no titular, ¿es preciso su consentimiento para la enajenación voluntaria de la vivienda?*

Evidentemente, sí, pues así como el artículo 1320 del Código Civil exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual o, en su caso, autorización judicial, en las situaciones de normalidad matrimonial, el 96.4 para las situaciones de crisis exige igualmente, para disponer de la vivienda y bienes, el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

Esto es así, independientemente de la atribución judicial del uso, pero además, en la Jurisprudencia anteriormente expuesta, se reitera que el derecho al uso de la vivienda, concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge, no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda.

Por eso esta limitación es oponible a terceros y es inscribible en el Registro de la Propiedad.

d) *¿Y si se trata de una enajenación forzosa, derivada de un procedimiento de ejecución hipotecaria?*

Ya he señalado en el planteamiento del trabajo que, inscrita antes la hipoteca, la atribución judicial del uso de la vivienda habitual que accede al Registro con posterioridad decae ante la ejecución forzosa del bien derivada de un procedimiento de ejecución hipotecaria. El adjudicatario del bien, tras la correspondiente subasta, recibe el bien libre de todas las cargas anotadas con posterioridad a la fecha de constitución de la hipoteca.

Como he dicho anteriormente, el supuesto de enajenación forzosa, por la vía de la ejecución hipotecaria, no plantea interrogantes respecto de la posible

subsistencia del derecho de uso tras la adjudicación a un tercero en la correspondiente subasta, por cuanto:

- Lo más frecuente es que la hipoteca se haya constituido antes, o constante matrimonio, para financiar la adquisición de la vivienda, por lo que fue necesario recabar el consentimiento de ambos o la correspondiente autorización judicial para la constitución de la misma (1320 CC).
- Porque aun en el caso que se hubiese constituido después de la inscripción de la atribución judicial del uso y puesto que recae sobre la vivienda habitual, en virtud del 96.4 del Código Civil también fue necesario que ambos prestaran su consentimiento o recayera autorización judicial.
- Y, en el supuesto que se tratara de una hipoteca arrastrada como carga de inscripciones antiguas, sin que exista rastro de consentimiento de los cónyuges ni se haya constituido para financiar la adquisición de la vivienda, es decir, que se trate de una vivienda actualmente de titularidad de uno solo de los dos cónyuges, igualmente, por tratarse de vivienda habitual habrá que dirigir la demanda ejecutiva contra el titular y notificar al otro cónyuge.

e) *Supuesto de embargo de la vivienda habitual sobre la que consta inscrita una atribución judicial de uso.*

Se estudia separadamente.

III. EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DE USO SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL

1. SOBRE LA INSCRIBIBILIDAD DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO. LA INSCRIPCIÓN NO ALTERA LA NATURALEZA DEL ACTO O DERECHO INSCRITO

A) *Cuando se atribuye el uso al no titular de la vivienda*

Aunque la naturaleza jurídica de la atribución del uso sobre la vivienda familiar ha sido ampliamente discutida por la doctrina y la Jurisprudencia, como se ha expuesto más arriba, independientemente de su calificación como derecho real o no, no se cuestiona la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad.

Así, la DGRN, en Resolución de 19 de septiembre de 2007, ha señalado que «...nada se opone a la registración pretendida, por cuanto el derecho de uso, si bien de naturaleza personal o real, limita las facultades dispositivas del

propietario de la finca (art. 96 del CC), por lo que incuestionablemente merece la protección registral. Con ello se evita la aparición de eventuales terceros que, ante la falta de inscripción del uso, invoquen la protección que dispensa el artículo 34 de la Ley Hipotecaria» (20).

Doctrina que ya había sentado en la de 25 de octubre de 1999 (21): «Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario».

Y reitera en otras posteriores:

Resolución de 14 de mayo de 2009: «...en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro...».

Resolución de 18 de noviembre de 2009. En el supuesto de referencia no se trata de «un derecho al uso de la vivienda como el legalmente tipificado e inscribible en el Registro».

Del mismo modo, el Tribunal Supremo: Sentencia de 11 de diciembre de 1992: «...no parece dudoso que dicho uso... debe tener acceso al Registro de la Propiedad cuya extensión y límites viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa...» (22).

B) *Cuando el cónyuge titular de la vivienda es, al mismo tiempo, adjudicatario del derecho de uso*

Siendo el contenido del derecho de uso es el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, no es precisa su expresión registral cuando el uso corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de la vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento.

El derecho de uso genera a favor de su titular una facultad de ocupación provisional y temporal y el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del titular del dominio, por lo que, en este caso, quedan comprendidos o subsumidos en la propia titularidad dominical sobre la finca (Resolución de 14 de mayo de 2009).

Resolución de 6 de julio de 2007: «tiene razón la calificación del Registrador al decir que el uso y disfrute de la vivienda, en el presente caso, viene atribuido

(20) BOE de 11 de octubre de 2007.

(21) BOE de 1 de diciembre de 1999.

(22) R.A. núm. 10136.

por el derecho de propiedad que sobre la vivienda se ostenta. Por ello, en principio, carece de interés y razón de ser la constancia registral que se solicita».

Resolución de 10 de octubre de 2008: «...el uso y disfrute de la vivienda le vienen atribuidos al cónyuge por el dominio pleno que sobre ella ostenta y, en consecuencia, carece de interés el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente». En este caso, si la esposa a quien se le atribuye la guarda y custodia de los hijos comunes es la que tiene encomendada la defensa del derecho de uso, resulta redundante su constancia registral si lo que tiene atribuido la esposa es el pleno dominio de la finca.

Resolución de 19 de julio de 2011: cuando el uso se atribuye al cónyuge titular, lo refuerza.

En estos casos, cuando la atribución del uso y la titularidad de la vivienda coinciden y, al denegarse la inscripción del primero por resultar redundante, se ha pretendido en ocasiones que la inscripción de la atribución se practique a favor de los hijos. El Centro Directivo ha determinado que los hijos son beneficiarios pero no titulares del derecho. Es por ello que no es necesario reseñar las circunstancias personales de los hijos (Resoluciones de 21 de junio de 2004, 27 de agosto de 2008 y 14 de mayo de 2009, entre otras).

DÍAZ FRAILE (23) estima que la identificación de las circunstancias personales de los hijos y de su edad no es algo necesariamente superfluo, por ejemplo, a efectos de la correcta tramitación de un expediente de expropiación forzosa.

C) Cuando la finca aparezca inscrita a favor de un tercero

En este caso no es posible inscribir la atribución de uso porque el titular inscrito no ha sido parte en el proceso matrimonial del que trae causa la atribución y porque estaríamos ante un supuesto de falta de tracto sucesivo.

a) Compatibilidad con el derecho real de usufructo

En la Resolución de 21 de junio de 2004 (24) se adjudica a la esposa el uso de la vivienda. Entre otros defectos, el Registrador rechaza la inscripción porque el usufructo de la vivienda aparece inscrito a favor de un tercero (el padre del marido), entendiendo que en su inscripción existe un derecho incompatible con

(23) DÍAZ FRAILE, J. M., *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, coordinado por R. BARRADA, M. GARRIDO y S. NASARRE, Bosch, Barcelona, 2011, que redacta el capítulo 16 sobre el uso de la vivienda familiar en el Libro Segundo sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial, págs. 438 y sigs.

(24) BOE de 8 de septiembre de 2004.

el que se pretende inscribir. La DG confirma el defecto entendiendo que no puede inscribirse el uso de la vivienda familiar cuando el usufructo de dicho bien pertenece a personas distintas de las que suscriben el convenio regulador.

La DG, no obstante, estimó compatible la inscripción de la atribución con la de una cuarta parte de la nuda propiedad de la cuarta parte indivisa que ostentaba el marido, atribuyéndose el uso a la esposa y perteneciendo el usufructo a un tercero. Motiva su decisión argumentando que, aunque la utilización de la cosa tendrá las limitaciones propias del usufructo existente, será posible cuando el usufructo se extinga y se consolide con la nuda propiedad. Además, y en todo caso, la constancia registral solicitada impedirá que la esposa pueda verse afectada por un acto dispositivo del marido hecho sin su consentimiento (25).

Si el titular del usufructo es el otro cónyuge, la duración del uso tendrá la duración que le permita la temporalidad inherente al usufructo.

b) Vivienda en arrendamiento

El artículo 15 de la LAU establece que: «en los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil». Deben cumplirse los requisitos establecidos en el párrafo segundo, es decir, comunicación al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial, acompañando copia de dicha resolución o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda (26).

La atribución judicial del uso o dimanante del convenio regulador no modifica la titularidad del contrato, ni las obligaciones del arrendatario, use o no la vivienda, y no se trata de una cesión a efectos del artículo 24 LAU, que exija el consentimiento del arrendador, pues a pesar de la atribución del uso a favor del tercero que asume las obligaciones y derechos del titular del arrendamiento, sigue siéndolo quien lo era antes de la crisis matrimonial, no desapareciendo de la relación contractual, ya que es él el que asume las obligaciones respecto del arrendador, porque tanto el convenio regulador aprobado judicialmente como

(25) Resolución de 28 de mayo de 2005. *BOE* de 9 de agosto de 2005.

(26) Estima SANTOS MARTÍNEZ, A., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 196 y sigs., que este precepto debe ser aplicable igualmente a las parejas de hecho, pues a día de hoy no puede hablarse de crisis matrimoniales como algo distinto a las situaciones producidas por las rupturas de parejas de hecho. Postula, por ello, un cambio de nomenclatura de la tradicional «crisis matrimoniales» a «crisis familiares».

En cuanto a quien debe realizar la comunicación al arrendador, entiende que, ante la falta de concreción de la LAU, la notificación incumbe tanto al arrendatario como al que se le atribuye el uso de la vivienda. Cualquiera puede realizar esta comunicación.

las medidas acordadas por el Juez en un proceso contencioso son susceptibles de modificación, lo que no podría darse si estuviésemos ante un cambio de titularidad contractual (27).

Entiende SANTOS MARTÍNEZ que, esta postura, compartida por un sector doctrinal, obliga a partir de una presunción: que desde el momento en que se inicia la convivencia, ambos poseen un derecho de uso sobre la vivienda. Este derecho puede ser originario y directamente atribuido por el contrato de arrendamiento o bien compartido, que tiene el cónyuge —o conviviente— como integrante de la unidad familiar. La sentencia de atribución lo que permite es continuar en un uso que ya se tenía, pero que ahora ya no derivaría de la posesión que ostentaba el arrendatario sino del contenido de la resolución judicial. Esta continuidad en el uso es lo que explica que no haya subrogación ni cesión alguna (28).

c) Ocupación de la vivienda en virtud de la mera tolerancia de un tercero (29)

La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2010, ha fijado los criterios a tener en cuenta para las distintas situaciones que pueden darse:

(27) Vid., entre otras, la SAP de Barcelona de 27 de febrero de 2002.

(28) SANTOS MARTÍNEZ, A., *La ejecución del desahucio de vivienda*, cit., págs. 204 y 205.

(29) La STS, de 2 de noviembre de 1993, declara que la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar en proceso de separación matrimonial, no excluye el precario o el juicio de desahucio, frente al propietario que no intervino en el proceso. Si la vivienda se poseía sobre la base de un precario o un arrendamiento, el uso que se atribuya a uno de los cónyuges en virtud del artículo 96, no puede tener más fuerza y, por tanto, no podrá ser derecho real, pues se atacaría la seguridad del tráfico jurídico.

Resulta particularmente interesante este supuesto, por cuanto ha sido objeto de una extensa labor jurisprudencial en tiempos recientes. El problema se centra en determinar qué ocurre en los frecuentes casos en los que el propietario de un inmueble cede su uso a un familiar, generalmente un hijo o hija, para que en él se fije el domicilio familiar y posteriormente deviene la ruptura matrimonial o de la convivencia y una resolución judicial atribuye a uno de los cónyuges o convivientes el uso de la vivienda. Se trata, pues, de dilucidar qué facultades de recuperación del inmueble le quedan a ese tercero, propietario de la vivienda y afectado por una resolución judicial dictada en un proceso de familia. La solución será distinta si resulta probado que ha existido o no un contrato entre las partes: el comodato, generalmente, caracterizado por la cesión gratuita de una cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto, en cuyo caso habrán de aplicarse las normas reguladoras de este negocio jurídico. Por el contrario, en el supuesto en que no resulte acreditada la existencia de esta relación jurídica, se deberá concluir que se está ante la figura del precario, lo que conlleva que el propietario del inmueble podrá, en cualquier momento, reclamar su posesión y, frente a la posible reclamación de su propietario no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda establecido en un procedimiento de familia. Así, la sentencia de 18 de enero de 2010 ha sentado la siguiente doctrina al respecto: «Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse

1. Cónyuge propietario único de la vivienda o ambos propietarios en copropiedad ordinaria por tratarse de vivienda de naturaleza ganancial. No se produce el problema del precario porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia que atribuye el uso o el convenio regulador en que se acuerda.
2. Terceros propietarios que ceden el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime su uso. La relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios. Esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005:
 - a) El cónyuge titular de la vivienda la vende o cede a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial; o vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y uno de ellos ejercita la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTs de 27 de diciembre

el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios».

En el supuesto de referencia se trataba de una vivienda de la que la demandante era copropietaria junto con su hermano, quien la había cedido a su hijo y esposa como domicilio conyugal. Divorciados estos y atribuido el uso de la misma a la demandada, la copropietaria ejercita la acción de desahucio por precario con la finalidad de obtener el desalojo de la vivienda.

La sentencia de instancia había desestimado la demanda, entendiendo que la situación de posesión existente no se ajustaba al precario, ya que presentaba una peculiaridad porque la titularidad era compartida con el marido de la demandada y «ello significa que el título originario que justifica la posesión se encuentra no simplemente en la concesión graciosa de la actora, sino esencialmente en la copropiedad que ostenta el esposo de la demandada, del que dimana el uso actual por ella, es decir, el derecho a poseer inherente al condominio que corresponde a ese copropietario está judicialmente atribuido a la demandada y su hija». De este modo, «no cabe considerar precarista al condómino (o a quien ocupa su posición) que posee la cosa común frente a los demás partícipes, ya que [...] no puede ser equiparado con quienes disfrutan de una cosa por mera tolerancia o sin título amparador. Posteriormente, la Audiencia Provincial revoca dicha sentencia afirmando que la sentencia por la que se atribuye el uso no crea por sí sola un título de ocupación oponible *erga omnes* y no modifica el carácter de precario en el disfrute del inmueble. Solo sería posible esa oponibilidad en el caso que la vivienda perteneciese en su totalidad al esposo no adjudicatario. La actora —concluye— no pudo participar en el procedimiento matrimonial, por lo que la demandada no puede oponer más derecho que el que tenía, que no es otro que el precario».

Recurrido el fallo en casación, el Tribunal Supremo resuelve: «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial».

de 1999, de 4 de diciembre de 2000, de 28 de marzo de 2003 y de 8 de mayo de 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o excónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios.

- b) Tercero propietario que cede el uso a uno de los cónyuges mediante contrato anterior al matrimonio o suscrito durante el mismo. En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, este no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC). La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante, con lo que se confirma de esta manera la doctrina sentada en la sentencia de 3 de abril de 2009 (recurso 1200/2004). Por ello matizando la anterior jurisprudencia (contenida en las sentencias de 2 de diciembre de 1992 y de 17 de julio de 1994 y 14 de abril de 2009, entre otras), debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea titular del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial. El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo.
- c) Tercero propietario que cede el uso de forma totalmente gratuita al usuario de la vivienda. Producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (SSTS de 26 de diciembre de 2005, de 30 de octubre y 13 y 14 de noviembre de 2008 y 30 de junio de 2009). La regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento.
- d) Para el supuesto que resuelve la sentencia, vivienda en copropiedad cuyo uso se permite por uno de los condóminos a los beneficiarios con la finalidad de destinarla a vivienda habitual, entiende el

Tribunal Supremo que, de acuerdo con el artículo 445 del Código Civil, «la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión». Por ello, la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor.

IV. EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA HABITUAL

Es preciso distinguir entre:

1. ACTOS QUE CONSTAN EN EL REGISTRO CON ANTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL

No hay duda que, respecto de actos de disposición inscritos con carácter anterior y preferente a la atribución judicial, el uso decae. La finalidad de la inscripción de la atribución judicial del uso no es otra, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo y la Dirección General, que impedir al cónyuge, no beneficiario del uso, la realización de actos de disposición sobre la vivienda sin contar con el consentimiento del titular del uso. Pero si para la realización del acto se contó con dicho consentimiento con carácter previo no se plantea problema alguno. El acto existe civilmente y además accede al Registro con anterioridad por lo que, en aplicación del principio de prioridad registral barrería la posterior inscripción de la atribución judicial del uso.

2. ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE LA VIVIENDA ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO PERO QUE ACCEDEN AL REGISTRO CON POSTERIORIDAD A LA MISMA

Se trataría del supuesto en que se realizan actos dispositivos sobre la que es vivienda habitual de la pareja con carácter previo a la atribución judicial del

uso. Es decir, nos moveríamos en la situación de normalidad matrimonial en la que es de aplicación el artículo 1320 del Código Civil, que exige para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno de los cónyuges, el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. Así, si se requirió el concurso de ambas voluntades para la realización del acto dispositivo (hipotecar la vivienda o venderla a un tercero), no importa que dicho acto haya accedido al Registro con posterioridad a la inscripción de la atribución del uso tras un procedimiento de nulidad o divorcio. A efectos prácticos, el adquirente (si fue venta) o el rematante (si recibió la vivienda por adjudicación en un procedimiento de ejecución hipotecaria) no recibirán la vivienda con la carga del uso porque, aunque pudiera pensarse que por aplicación del principio de prioridad el uso se mantiene, civilmente el acto de disposición fue válido y existe desde antes. Sería discutible la posibilidad de entablar la correspondiente tercería ante la autoridad judicial para que se fije la prioridad civil o sustantiva del derecho adquirido.

Y, aunque no comparto literalmente la afirmación de que el derecho de uso es oponible a terceros, señala FORCADA MIRANDA (30) que no puede ir en fraude o perjuicio de acreedores que lo eran antes de que se constituyera el derecho de uso, ni puede limitar los derechos de otros titulares que no son parte en el proceso matrimonial.

3. ACTOS DE DISPOSICIÓN POSTERIORES Y QUE ACCEDEN AL REGISTRO DESPUÉS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL EMBARGO DE LA VIVIENDA HABITUAL SOBRE LA QUE RECAE ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO QUE CONSTA INSCRITA EN EL REGISTRO

Por la aplicación estricta del principio de prioridad, estando inscrito el uso, este debería resultar protegido frente al adquirente posterior en una venta forzosa. A efectos prácticos, el resultado sería que el rematante o el comprador adquirirían la vivienda con la carga del uso por ser un derecho real anterior y preferente inscrito con anterioridad.

Sin embargo, no vamos a reiterar la extensa Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General en la que se afirma con rotundidad que el uso no es un derecho real.

El Tribunal Supremo ha dicho que el contenido del derecho de uso atribuido judicialmente no es otro que su finalidad de evitar la realización de actos de

(30) FORCADA MIRANDA, F. J. (ponente), MADRAZO MELÉNDEZ, B., y GUERRERO PEYRONA, J. (coponentes), «La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial», en *Actas de los decimocuartos encuentros del Foro Aragonés*, en *El Justicia de Aragón*, pág. 56, Zaragoza, 2004.

disposición sobre la vivienda por el cónyuge titular sin el consentimiento del no titular.

El artículo 1320 del Código Civil requiere el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre la vivienda o, en su caso, autorización judicial en situaciones de normalidad matrimonial, con independencia de la titularidad. Lo que se trata de proteger no es tanto el interés económico de la persona, como su protección como tal persona integrante de un núcleo de convivencia que se basa en las relaciones de sangre y afecto. Esta especial protección que aparta el estatuto jurídico de la vivienda habitual del de cualquier otro inmueble perteneciente a la familia (en el que siendo de titularidad privativa de uno de los cónyuges no se requiere el concurso de voluntades para realizar actos dispositivos sobre el mismo) responde a que la vivienda constituye la base física indispensable para el desarrollo de la vida familiar. Nuestra Constitución proclama el derecho a la vivienda en el artículo 47, pero además, el derecho a la protección de la familia en el artículo 39.1 y la protección integral de los hijos en el 39.2.

Si el matrimonio entra en crisis, y se disuelve como consecuencia de un procedimiento de nulidad o divorcio, en el que, bien los propios cónyuges en la propuesta del convenio regulador (31), o bien el Juez a falta de acuerdo, ha determinado que el uso de la vivienda corresponda a uno de los cónyuges, el Código Civil sigue protegiendo la vivienda habitual en el artículo 96.4 exigiendo, exactamente igual que el 1320, el concurso de ambas voluntades para realizar actos dispositivos sobre la misma o, en su caso, autorización judicial.

El hecho de que la atribución de uso sea inscribible no altera su naturaleza. La protección a la familia y a los hijos, que proclama la Constitución, debe ser la misma constante el matrimonio y disuelto el matrimonio.

Si, existiendo aún el vínculo conyugal, el inmueble es embargado por deudas del titular privativo de la vivienda, la desprotección a la familia y a los hijos no es obstáculo para la ejecución del embargo. Disuelto el matrimonio e inscrita la atribución judicial del uso con carácter anterior y preferente, hay que preguntarse si el rematante adquiere la vivienda con la carga del uso, en aplicación del principio de prioridad sobre un derecho que el Tribunal Supremo ha dicho que no es real, que no es un derecho patrimonial, que se mueve en la esfera de los derechos familiares y que, creo, es el mismo derecho a la vivienda que tenían los excónyuges y los hijos antes del divorcio. La inexistencia de matrimonio no puede reforzar una situación posesoria que cuando sí existía el matrimonio era la misma. En consonancia con la Jurisprudencia expuesta, disuelto el matrimonio y, con independencia de la titularidad del inmueble, nada dice el Código sobre el

(31) No se trata el supuesto en que dentro del convenio regulador, los cónyuges se atribuyan derechos, pues aquí no estaríamos hablando de situación posesoria, sino de un verdadero derecho real que nace por voluntad de los interesados.

contenido de la atribución judicial del uso. Solamente que, atribuido el uso, se exige el consentimiento de ambos para disponer de derechos sobre la vivienda.

El Juez no puede crear un derecho real prescindiendo de la voluntad de los interesados o, en todo caso, de la voluntad del titular. El Juez solo puede declarar la existencia de una situación posesoria que tiene la virtualidad de paralizar los actos de disposición que pudiera querer realizar el titular que no tiene atribuido el uso. No hay razón alguna que justifique mayor protección en situaciones de crisis que en situaciones de normalidad matrimonial. Lo que hace la sentencia que decreta la atribución es declarar que la situación que existía antes continúa ahora, pero no crea nuevo derecho alguno. Por eso el propio Código, cuando enumera las medidas que, admitida la demanda y a falta de acuerdo de los cónyuges puede adoptar el Juez (art. 103.2.º) señala: «determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de *continuar* en el uso de la vivienda familiar...».

Así, dice DE LA PUENTE ALFARO (32), que la atribución del uso no es más que estrictamente eso, reconocer legalmente la legitimación para el título posesorio que se detenta, cualquiera que sea este. Por esta razón, si no hay título posesorio, el Juez no se lo puede inventar frente a un titular que no ha sido parte en el procedimiento. De ahí, sigue este autor:

En primer lugar, que la atribución del uso confiere a un cónyuge e hijos, en su caso, la legitimación civil para ejercer las facultades posesorias que deriven del título preexistente en el cónyuge titular. No hay derecho alguno, sino ejercicio del derecho ajeno; la práctica forense y la doctrina ha viciado el debate —dice— denominando derecho de uso a lo que no es un derecho subjetivo en absoluto.

Y, en segundo lugar, al no existir creación de título alguno no se plantean cuestiones de titularidad; ni el cónyuge ni sus hijos son titulares, sino que están legitimados para ejercer la facultad posesoria de un derecho. Si el título no existe, la sentencia no lo crea y se limita a reconocer que la situación posesoria continúe en beneficio de uno de los cónyuges y de los hijos.

Veamos ahora qué ocurre cuando la vivienda habitual de la familia es objeto de la acción de los acreedores como consecuencia de un embargo por deudas del titular.

En primer lugar, hay que señalar que la LEC (art. 592) prevé la posibilidad de sustituir el embargo de la vivienda familiar por otros bienes de preferente embargabilidad. Así, el no titular puede señalar otros bienes para el embargo y, en defecto de pacto será el tribunal el que «embargará los bienes del ejecutado

(32) DE LA PUENTE ALFARO, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *RCDI*, núm. 698, noviembre-diciembre de 2006, págs. 2359 a 2379.

procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de esta para el ejecutado».

Pero, cuando es la vivienda familiar el único bien disponible, no hay opción para su embargabilidad. La LEC no se refiere a la vivienda habitual en el artículo 605, cuando enumera los bienes absolutamente inembargables, ni en el artículo 606 respecto de los bienes inembargables del ejecutado. Tampoco lo hace en los artículos 607 y 608 respecto de los bienes relativamente inembargables.

Entendemos que, si el artículo 1320 del Código Civil, para las situaciones de normalidad exige el concurso de ambas voluntades para disponer de derechos sobre la vivienda y, en idénticos términos reproduce estos requisitos el 96.4 para las situaciones de crisis, la finalidad de las dos normas es la misma: evitar que el cónyuge o excónyuge pueda unilateralmente disponer voluntariamente de la vivienda y provoqe el cese del uso y de la posesión.

Téngase en cuenta que en el supuesto de ejecuciones forzosas no se aplica el artículo 96.4 del Código Civil porque no interviene la voluntad del ejecutado y porque el acto emana de la decisión de un órgano judicial.

Por eso, la RDGRN (31 de marzo de 2000) entiende que, en caso de separación, la exigencia de consentimiento o autorización judicial para disponer de una vivienda privativa de un cónyuge solo tiene aplicación cuando sobre la misma se ha constituido a favor del consorte un derecho de uso. En este caso, que se trataba de la constitución de un derecho real de hipoteca, está claro que se trata de un acto de disposición voluntario, por lo que es de aplicación el 96.4 del Código Civil, pero no ocurre así cuando se trata de un embargo decretado por la autoridad judicial.

El artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario determina que: «Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado». Este apartado del artículo 144 fue redactado por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre y exige, en definitiva, para poder anotar en el Registro un embargo sobre la vivienda habitual cuyo carácter consta en el Registro, que la notificación del mismo se realice también al no titular. Esto para todas las situaciones: de normalidad y de crisis. Con y sin atribución del uso de la vivienda.

Señala GARCÍA GARCÍA (33) que, respecto al caso que conste por inscripción resultante de convenio de separación o divorcio, la atribución del uso de

(33) En nota a pie comentando el artículo 144.5 del RH, Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil, edición de Civitas, 2011, y texto que también reproduce CHICO Y ORTIZ en *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, cuarta edición actualizada, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2000.

la vivienda familiar al cónyuge, por un lado ha de exigirse la notificación al mismo, para la práctica de la anotación sobre los derechos del cónyuge titular de la propiedad; pero, al propio tiempo al constar inscrito el derecho de uso a nombre del otro cónyuge, procede denegar la anotación respecto al derecho de uso por constar a nombre de persona distinta del demandado, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Entendemos que se refiere al supuesto de embargo dirigido contra el cónyuge al que se ha atribuido el uso pero no es titular de la vivienda. En este caso, el cónyuge al que se le ha atribuido el uso no ostenta ningún derecho embargable sobre la misma. De ahí la afirmación de GARCÍA GARCÍA cuando señala que procede denegar la anotación respecto del derecho de uso.

Hay que entender con ACHÓN BRUÑÉN (34) que, efectivamente, en este caso el derecho de uso se ha de estimar inembargable, pero añadiendo que es inembargable porque no existe derecho alguno que pueda ser objeto del embargo, tan solo la titularidad que pertenece al otro cónyuge. Como ha dicho el Tribunal Supremo, el derecho al uso es un derecho de carácter familiar y no patrimonial. Y solo pueden ser objeto de embargo derechos patrimoniales, los derechos que tengan un contenido susceptible de ser valorado económicamente.

El que la atribución del uso no sea embargable por sí sola por las razones expuestas no significa que, ejecutado el inmueble y adjudicado a un tercero tras la correspondiente subasta, quede indemne y a salvo de la acción acreedora. La situación posesoria que protege la atribución del uso no es más que eso, la legitimación para poseer cuando la titularidad es de otro, porque así lo han acordado ambos excónyuges o el Juez cuando no se han puesto de acuerdo.

El adquirente en el procedimiento de ejecución que se encuentra con una atribución de uso inscrita en el Registro recibe el bien libre de cargas, porque así lo recibiría si esa situación posesoria, que ya existía antes del divorcio para el no titular y que ahora, tras la disolución del matrimonio, cuando ya la pareja no vive junta, no es más que la constatación por vía judicial de un hecho: que aunque no existe el matrimonio, el excónyuge no titular y los hijos, en su caso, siguen viviendo allí. Que la situación que existía continúa ahora. Que si el titular quiere realizar actos dispositivos sobre la vivienda, debe recabar el consentimiento del usuario. Pero que si el acto dispositivo deviene a consecuencia de un pronunciamiento judicial, de una ejecución forzosa, en la que no tiene cabida la voluntad del no titular, ni siquiera la del titular, nada se puede hacer, porque nada podría hacerse si la ejecución se produjera constante el matrimonio. La posesión del usuario está amparada por un título, cual es la titularidad del otro excónyuge. Si la propiedad se extingue, por adquisición de un tercero, se extingue también la posesión que traía causa de aquel derecho.

(34) ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *UNED, Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, pág. 48.

La constancia registral del uso solamente obliga, a tenor del 144.5 del Reglamento Hipotecario, a notificar al usuario cónyuge del titular de la existencia del embargo para que el Registrador pueda proceder a la anotación preventiva del mismo, pues estando inscrito el uso, resulta del Registro el carácter de vivienda habitual del inmueble. Esta notificación al no titular le permitirá, si es posible, señalar otros bienes del ejecutado para que sean objeto del embargo de acuerdo con el orden establecido por el artículo 592 LEC. Pero no está legitimado para interponer tercería alguna pretendiendo el lanzamiento del embargo, pues el artículo 595 LEC solo concede esta legitimación:

1. Al dueño de un bien embargado, como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de este una vez trabado el embargo.
2. A quienes sean titulares de derechos que, *por disposición legal expresa*, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes pertenecientes al ejecutado.

Siendo necesario, en ambos casos, aportar un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista.

Así lo ha señalado también el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de marzo de 2011 (35): «La atribución del uso y disfrute de una vivienda conyugal en méritos de una resolución resolutoria de un procedimiento de crisis matrimonial no genera ningún título dominical a favor de aquella o aquellas personas en cuyo favor se otorga ese uso... Esta atribución no constituye, por consiguiente, un título hábil para sustentar sobre el mismo la acción de tercería».

El cónyuge del ejecutado solamente podría paralizar la ejecución, como señala DE LA PUENTE ALFARO, pagando y liberando así la finca. La notificación como ocupante de la vivienda, que prevé el artículo 661 de la LEC, solamente tiene esta finalidad, sin que paralice la traba ni tenga otros efectos que poner en su conocimiento la propia existencia de la ejecución. A diferencia de otros ocupantes que pueden alegar título —dice—: «el cónyuge no deudor carece de título para poseer distinto de aquel del cónyuge que es objeto de la ejecución. La atribución de la cualidad de vivienda familiar de la vivienda y la constancia en el Registro no hace titular a quien no lo es, no atribuye título alguno por lo que (...) no puede constituir obstáculo registral que impida la práctica de la anotación ordenada por el mandamiento judicial. A lo más servirá al proceso poniendo de manifiesto la existencia de ocupantes distintos del titular para que sean notificados, pero siempre después de la práctica de la anotación de embargo y sin eficacia alguna en su práctica».

Si fuera de otro modo, si se entendiera que el rematante adquiere la finca con la carga del uso, sería tanto como afirmar que el Ordenamiento Jurídico

(35) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17. Civil. Aranzadi *JUR* 2011/202104.

dispensa una protección más férrea al cónyuge no titular y los hijos, si los hay, disuelto que constante el matrimonio y que están más desprotegidos los acreedores del titular cuando se divorcia que mientras está casado.

Y, de llegar a la conclusión contraria habría que valorar como posible la situación extrema, pero factible, en la que, amenazado el titular por la acción de los acreedores, y siendo el único objeto posible de ejecución la vivienda habitual, acordara con su pareja la disolución del vínculo y atribución a esta del uso de la vivienda en convenio regulador, que puede llevarse a efecto en pocos meses tras la reforma del año 2005, asegurándose así, al menos, la legitimación para poseer la vivienda durante el tiempo convenido y dejarla a salvo de la ejecución, que desplazaría todos sus efectos si no hubiera habido divorcio.

CONCLUSIONES

- I. El uso de la vivienda habitual de la familia, tras un procedimiento de disolución del matrimonio, puede ser adjudicado al cónyuge no titular y a los hijos, si los hay. La titularidad del bien no obsta a la continuación del uso y disfrute del mismo por el no titular. Se trata de una situación posesoria que ya existía constante el matrimonio y que ahora continúa por acuerdo de los excónyuges o decisión de la Autoridad Judicial.
- II. La atribución del uso no es un derecho real, no es un derecho patrimonial, sino familiar, que trae causa de un título preexistente cual es la titularidad de uno de los excónyuges y que tiene como finalidad evitar que uno de ellos pueda de forma unilateral disponer voluntariamente de la vivienda y provoque el cese del uso y de la posesión. En consecuencia, cuando el título que legitima el uso se extingue, se extingue este también.
- III. Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual, el Código Civil exige en los artículos 1320 (situaciones de normalidad matrimonial) y 96.4 (crisis) el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial. Estos preceptos no son aplicables a las ejecuciones forzosas, pues en estas se prescinde, en todo caso, de la voluntad de los interesados y la decisión emana de un órgano judicial.
- IV. Inscrita la atribución judicial del uso en el Registro de la Propiedad, esta decae frente a las cargas anotadas o inscritas con carácter anterior y preferente a su constancia registral, por lo que el adjudicatario, tras la subasta y posterior remate, adquiere el bien libre de gravámenes.
- V. Pero anotado un embargo con posterioridad a la inscripción de la atribución del uso y llegado el momento de la adjudicación tras el

remate, el uso se extingue porque si ya no hay título que justifique la posesión, el Juez no puede crearlo frente a un titular que no ha sido parte en el procedimiento. El adquirente recibe el bien libre de cargas porque así lo recibiría constante el matrimonio.

- VI. La constancia registral del uso solo obliga, a tenor del 144.5 del Reglamento Hipotecario, a notificar al usuario de la existencia del embargo, para que el Registrador pueda proceder a la anotación preventiva del mismo.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª)

Sentencia de 11 de diciembre de 1992 (*RA*, núm. 10136).
Sentencia de 20 de mayo de 1993 (*RA*, núm. 3807).
Sentencia de 22 de noviembre de 1993 (*RA*, núm. 9178).
Sentencia de 29 de abril de 1994 (*RA*, núm. 2945).
Sentencia de 31 de diciembre de 1994 (*RA*, núm. 10330).
Sentencia de 4 de diciembre de 2000 (*RA*, núm. 10430).
Sentencia de 14 de enero de 2010 (*RA*, núm. 2323).
Sentencia de 18 de enero de 2010 (*RA*, núm. 1274).
Sentencia de 8 de octubre de 2010 (*RA*, núm. 7445).
Sentencia de 22 de noviembre de 2010 (*RA*, núm. 2011/936).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución de 25 de octubre de 1999 (*BOE* de 1 de diciembre).
Resolución de 31 de marzo de 2000 (*BOE* de 25 de abril).
Resolución de 21 de junio de 2004 (*BOE* de 8 de septiembre).
Resolución de 28 de mayo de 2005 (*BOE* de 9 de agosto).
Resolución de 6 de julio de 2007 (*BOE* de 31 de julio).
Resolución de 19 de septiembre de 2007 (*BOE* de 11 de octubre).
Resolución de 27 de agosto de 2008 (*BOE* de 16 de septiembre).
Resolución de 10 de octubre de 2008 (*BOE* de 7 de noviembre).
Resolución de 14 de mayo de 2009 (*BOE* de 9 de junio).
Resolución de 18 de noviembre de 2009 (*BOE* de 8 de enero de 2010).
Resolución de 19 de julio de 2011 (*BOE* de 28 de septiembre).

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: «La problemática del embargo y la ejecución forzosa», en *UNED, Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: «Los límites a la eficacia de la inscripción del remate», en *RCDI*, núm. 721, págs. 2045 a 2077.
- DE LA PUENTE ALFARO, F.: «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *RCDI*, núm. 698, noviembre-diciembre de 2006, págs. 2359 a 2379.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, coordinado por R. BARRADA, M. GARRIDO y S. NASARRE, Bosch, Barcelona, 2011, que redacta el capítulo 16 sobre el uso de la vivienda familiar en el Libro Segundo, sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial, págs. 438 y sigs.
- FORCADA MIRANDA, F. J. (ponente), MADRAZO MELÉNDEZ, B. y GUERRERO PEYRONA, J. (coponentes), «La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial», en *Actas de los decimocuartos encuentros del Foro Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2004.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «Ejecución de vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010)», en *RCDI*, núm. 725, págs. 1611 a 1797.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: En nota a pie comentando el artículo 144.5 del RH, *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, 2011.
- MANZANO SOLANO, Antonio, y MANZANO FERNÁNDEZ, M. del Mar: *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2008.
- SANTOS MARTÍNEZ, A.: *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009.
- SERRANO CASTRO, Francisco de Asís: «Vivienda familiar y cargas del matrimonio», en *El Derecho*, Madrid, 2010.

RESUMEN

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN. EMBARGO

La vivienda habitual de la familia es objeto de una especial protección por el Ordenamiento Jurídico. En situaciones de normalidad matrimonial, el Código Civil en su artículo 1320 exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda o, en su caso, autorización judicial. En situaciones de

ABSTRACT

COURT ASSIGNMENT OF USE OF THE FAMILY HOME FORECLOSURE PROCEDURES. ATTACHMENT

A family's regular home comes under especially strong legislative protection. Under normal marital conditions, article 1320 of the Civil Code requires either the consent of both spouses or court authorization before rights in the home can be disposed of. Alternatively, article 96.4 of the Civil Code sets the same requirements

crisis, el artículo 96.4 del Código Civil exige los mismos requisitos cuando el matrimonio se disuelve a consecuencia de un procedimiento de nulidad o divorcio. En ambos momentos, constante matrimonio y una vez disuelto, la vivienda, como bien inmueble que es, puede ser objeto de la acción de los acreedores a consecuencia de un procedimiento de ejecución. Y puede ocurrir que, disuelto el matrimonio, el uso del inmueble esté atribuido judicialmente al cónyuge no titular y a los hijos, si los hay. Admitida la posibilidad de inscribir la atribución judicial del uso en el Registro de la Propiedad, se plantea la cuestión de qué ocurriría cuando con posterioridad a la constancia registral del uso accede al Registro una anotación de embargo que tiene por objeto la vivienda habitual. El Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado han sentado la doctrina que afirma que la atribución judicial del uso no es un derecho real y que su única finalidad es evitar la realización de actos de disposición voluntarios sobre la vivienda por parte del titular sin contar con el consentimiento del usuario no titular. Este cambio de jurisprudencia, respecto a la tradicional corriente que consideraba la atribución de uso como un derecho real lleva a la consecuencia inmediata de entender que la inscripción de tal atribución no es título suficiente que pueda paralizar la adquisición del dominio tras la ejecución, pues tan solo se trata de una situación posesoria, la misma que existía antes de disolverse el matrimonio y que legitima al usuario para permanecer en el inmueble mientras el título de que trae causa su posesión exista, pero que decae una vez que la titularidad del otro cónyuge se extingue.

for crisis situations when a marriage is dissolved through annulment or divorce. At both times, when the marriage is in force and after dissolution, the home, being real property, can as such be the object of action taken by creditors as a consequence of foreclosure. And if the property is registered as belonging to one of the spouses only, the court declaring the marriage dissolved may well assign use of the property to the spouse who is not the registered owner and to any children. We accept the possibility that the court's assignment of use may be registered in the Property Registry, and we wonder what would happen if, after such an entry is made, a caveat of attachment of the home is submitted for registration as well. The Supreme Court and the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs have established their view, which is that the court's assignment of use is not a real right, and that the sole purpose of the court's assignment of use is to prevent the registered owner from disposing of the home at will without the consent of a non-owner ex-spouse who is using the home. This is a switch from the authorities' traditional stance, under which assignments of use were regarded as real rights, and it leads to this immediate consequence: Registration of such an assignment is not sufficient title to stop acquisition of ownership after foreclosure. The situation is merely one of possession the same situation of possession that existed before the marriage was dissolved, a situation that entitles the user to remain on the property as long as the title underlying the user's possession exists, but a situation that nevertheless collapses once the owner spouse's ownership is terminated.

(Trabajo recibido el 19-12-2011 y aceptado para su publicación el 1-2-2012)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 16-9-2011
(*BOE* 17-1-2012)
Registro de La Carolina

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.

Corresponde al Registrador la calificación del interés del solicitante de una certificación literal de todo el historial registral de una finca, teniendo que tratarse de un interés conocido, directo y legítimo, sin que quepa basar el referido interés en documentos no aportados al tiempo de realizar la calificación. En el ámbito de la publicidad formal debe tenerse especialmente en cuenta las exigencias establecidas en la legislación de protección de datos.

Resolución de 5-10-2011
(*BOE* 17-1-2012)
Registro de Almagro

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: ENAJENACIÓN.

La venta de un bien patrimonial de un ayuntamiento debe hacerse necesariamente por medio de subasta, sin que el hecho de que esta haya quedado desierta autorice la vía de la adjudicación directa. Por otro lado, hay que recordar que la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas no es de aplicación a las entidades locales.

Resolución de 6-10-2011

(BOE 19-1-2012)

Registro de Guadalajara, número 3

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

En virtud del principio de legitimación registral, una anotación de prohibición de disponer practicada según un auto judicial que ratificaba el acuerdo adoptado en su día y que motivó la práctica de otra anotación de igual contenido ya caducada, no puede cancelarse por solicitud del titular de la finca afectada.

Resolución de 8-10-2011

(BOE 19-1-2012)

Registro de Santiago de Compostela, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO.

Para inscribir un expediente de dominio de reanudación de tracto es imprescindible que conste en el testimonio del auto que se ha citado a todos los titulares registrales en los términos previstos en el artículo 202 de la LH. También será preciso que se señalen las circunstancias personales de los adquirentes y la participación indivisa correspondiente a cada uno conforme al artículo 54 del RH.

Resolución de 17-10-2011

(BOE 4-1-2012)

Registro de Barbastro

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No es posible acceder a la rectificación de la cabida de la finca cuando existen dudas respecto a la identidad de la misma, dudas fundadas en varios aspectos, como la magnitud de la rectificación, la alteración de linderos, o la existencia de un informe de la Comunidad Autónoma que plantea una eventual afectación de una vía pecuaria. Por esas mismas dudas tampoco cabe hacer constar la referencia catastral.

Resolución de 20-10-2011

(BOE 17-1-2012)

Registro de Lueca

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO.

Si al tiempo de presentarse la certificación por la que se adjudica una finca en un procedimiento de ejecución por deudas a la Seguridad Social ya había caducado la anotación de embargo practicada en su día a resultas de dicho procedimiento, dicha anotación pierde *ipso iure* su eficacia e impide cancelar otras anotaciones posteriores.

Resolución de 21-10-2011

(BOE 17-1-2012)

Registro de Baltanás

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: AUTOCONTRATO. RECURSO GUBERNATIVO: LEGITIMACIÓN DEL RECURRENTE.

Para interponer el recurso basta que el que lo presenta acredite representar al legitimado por medio de instancia privada ratificada en presencia del Registrador. En el ámbito de la representación voluntaria es admisible el autocontrato, aunque existan intereses contrapuestos, siempre que el poderdante consienta expresamente tal extremo. No cabe aplicar lo previsto en el artículo 98 de la Ley 24/2001 a escrituras autorizadas antes de su entrada en vigor.

Resolución de 22-10-2011

(BOE 19-1-2012)

Registro de Ciudad Rodrigo

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

Teniendo en cuenta que la cancelación de las cargas posteriores a una anotación de embargo, consecuencia del procedimiento de ejecución, no es un acto mecánico, sino que exige valorar los asientos que deben ser cancelados, así como el cumplimiento de los requisitos para ello, resulta necesario que la resolución que dicte el secretario judicial sea un decreto y no una diligencia de ordenación.

Resolución de 25-10-2011

(BOE 17-1-2012)

Registro de Paterna, número 2

ANOTACIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO A FAVOR DE LA AGENCIA TRIBUTARIA: CADUCIDAD.

La anotación de embargo preventivo se somete a la regla general de caducidad del artículo 86 de la LH. Lo único a tener en cuenta para que dicha anotación pueda convertirse en anotación de embargo definitivo es que el acuerdo en tal sentido se haya adoptado antes del plazo de seis meses o su correspondiente prórroga prevista en la LGT, y que el mismo se presente en el Registro antes de los cuatro años de vigencia de la propia anotación.

Resolución de 26-10-2011

(BOE 4-1-2012)

Registro de Lleida, número 2

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO A FAVOR DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Como se desprende de lo establecido en la Ley Concursal y de lo resuelto por la Sala de Conflictos de Jurisdicción y Competencia del TS, no procede anotar un embargo ordenado por la Tesorería de la Seguridad Social, aunque las providencias de apremio y la diligencia de embargo sean de fecha anterior al auto de declaración de concurso, si no resulta acreditado el correspondiente pronunciamiento del Juez del concurso aclarando que se trata de bienes que no son necesarios para la continuación de la actividad económica del concursado.

Resolución de 27-10-2011

(BOE 17-1-2012)

Registro de Estepona, número 2

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE: ARTÍCULO 35 DEL REGLAMENTO DE COSTAS.

La Dirección General confirma su doctrina de la plena aplicabilidad del artículo 35 del Reglamento de Costas, en tanto el mismo ha sido declarado legal por el Tribunal Supremo, y por tanto, deniega la inscripción de una segunda transmisión de una finca respecto a la cual el certificado de la autoridad administrativa correspondiente declara que invade zona de dominio público.

Resolución de 28-10-2011

(BOE 4-1-2012)

Registro de Tacoronte

INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

Para inmatricular una finca es imprescindible aportar certificación descriptiva y gráfica del Catastro en términos coincidentes con el título, sin que pueda sustituirse tal certificación por un borrador de certificado que no reúne los requisitos formales previstos en la legislación catastral y administrativa.

Resolución de 8-11-2011

(BOE 19-1-2012)

Registro de Alcalá de Guadaira, número 2

PROYECTO DE REPARCELACIÓN: CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR.

El Registrador puede calificar, respecto de los actos administrativos, la omisión ostensible de trámites esenciales del procedimiento. Es por ello que debe confirmarse la nota que deniega la inscripción de un proyecto de reparcelación sobre una unidad de ejecución que había sido fijada por un acuerdo del propio Ayuntamiento —acuerdo en el que también se determinaba el sistema de actuación— rectificando un plan de sectorización anteriormente aprobado por la Consejería de la Comunidad Autónoma. No puede un acto unilateral del Ayuntamiento alterar lo previsto en un plan urbanístico que, además, ha sido aprobado por otra Administración.

Resolución de 10-11-2011
(BOE 19-1-2012)
Registro de Gavá

AUTO DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO: CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR.

Partiendo de la consideración de que el procedimiento de declaración de herederos intestados se encuadra en el ámbito de la llamada jurisdicción voluntaria, que no participa de la naturaleza y protección constitucional de la actividad jurisdiccional en sentido estricto, y considerando que su objeto es la simple identificación y concreción de las personas que son específicamente llamadas por la ley, debe reconocerse que el Registrador puede entrar a calificar como incongruentes aquellos autos que vayan más allá y declaren herederos a personas distintas de las que correspondería conforme a la ley.

Resolución de 10-11-2011
(BOE 4-1-2012)
Registro de Torrelavega, número 3

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD: ARTÍCULO 52 DEL REAL DECRETO 1093/1997.

Si para acreditar la antigüedad de una obra se aporta un certificado de un técnico del que resulta su descripción en los términos recogidos en el título, no hay obstáculo para inscribir si al mismo tiempo se aporta una certificación catastral que no coincide plenamente con dicha descripción. Se tomarán los datos descriptivos con el certificado técnico.

Resolución de 10-11-2011
(BOE 4-1-2012)
Registro de Villarrobledo

PARTICIÓN DE HERENCIA: SU RELACIÓN CON LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Si la partición de la herencia se limita a una finca privativa del causante y consienten todos los herederos y el cónyuge viudo, no hay obstáculo para la inscripción porque en nada le influye la eventual liquidación de la sociedad de gananciales cuando se lleve a efecto, sin que pueda exigirse su realización con carácter previo.

Resolución de 11-11-2011
(BOE 4-1-2012)
Registro de Almagro.

EXTINCIÓN DE CONDOMINIO.

Para que pueda hablarse de extinción de comunidad se debe tratar de un acto que ponga fin al condominio existente sobre una determinada cosa entre

todos los que lo llevan a cabo. Por eso, no puede inscribirse una denominada «extinción parcial de comunidad» que en realidad no es otra cosa que una venta que uno de los comuneros hace de su participación a los demás condueños.

Resolución de 12-11-2011

(BOE 4-1-2012)

Registro de Vélez-Málaga, número 3

NÚMERO DE IDENTIDAD FISCAL (NIF): COMPRA HECHA POR UNO DE LOS CÓNYUGES PARA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

La exigencia de que conste en la escritura de compra del usufructo vitalicio una finca otorgada por uno de los esposos para su sociedad de gananciales el NIF del otro cónyuge carece de apoyo legal suficiente.

Resolución de 15-11-2011

(BOE 19-1-2012)

Registro de El Puerto de Santa María, número 1

OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO EN ANDALUCÍA.

Considerando lo establecido en el artículo 27 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, de Disciplina Urbanística de Andalucía, debe sostenerse que en esta Comunidad Autónoma debe exigirse el depósito del libro del edificio aunque se trate de un caso de autopromoción para uso propio.

Resolución de 16-11-2011

(BOE 19-1-2012)

Registro de Almodóvar del Campo

COMPRAVENTA EN COMUNIDAD HEREDITARIA.

Pueden todos los herederos del causante otorgar escritura de venta de una finca que el causante había, en su momento, vendido en documento privado, sin que sea necesaria la previa liquidación de gananciales y adjudicación de herencia. No es necesario que se incorpore copia de dicho contrato privado. Existiendo un error en el segundo apellido de la esposa del causante según el Registro, puede rectificarse este dato sobre la base de las aseveraciones de los otorgantes y el Notario, y de algunos documentos como el testamento o la certificación de defunción.

Resolución de 16-11-2011

(BOE 19-1-2012)

Registro de Bilbao, número 6

INSTANCIA DE HEREDERO ÚNICO: REQUISITOS.

Para practicar la inscripción de una herencia a favor de una heredera única en virtud de una instancia privada, se necesita acreditar con la escritura

pública correspondiente que el apoderado que firma la citada instancia en su representación ostenta facultades suficientes. También será preciso que la firma esté legitimada ante Notario o ante el propio Registrador; y que se acredite haberse presentado ante la administración tributaria para el cumplimiento de los requisitos fiscales.

Resolución de 17-11-2011
(BOE 19-1-2012)
Registro de Fuengirola, número 1

VIVIENDAS PROTEGIDAS EN ANDALUCÍA: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.

De conformidad con lo establecido en la legislación andaluza, aunque se trate de una vivienda que fue calificada en 1985, y por tanto no sujeta a los derechos de tanteo y retracto, sí que es necesario, en todo caso, que se acredite la realización de la notificación que debe hacer el Notario autorizante de la escritura de venta.

Resolución de 23-11-2011
(BOE 17-1-2012)
Registro de Cangas de Narcea

INMATRICULACIÓN DE PARTICIPACIÓN INDIVISA: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

La inmatriculación de una participación indivisa de una finca respecto a la que ya figuran inscritas otras participaciones anteriores, sin que además se modifique la descripción en cuanto a la cabida y linderos, no requiere la aportación de la certificación catastral descriptiva y gráfica.

Resolución de 2-12-2011
(BOE 17-1-2012)
Registro de Calviá, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: ADJUDICACIÓN DE FINCA INSCRITA A NOMBRE DEL CAUSANTE POR DEUDAS PROPIAS DE LA HEREDERA ÚNICA.

No hay obstáculo alguno para inscribir una adjudicación derivada de un procedimiento de ejecución seguido contra la única heredera del titular registral, por deudas propias de aquella, considerando que con carácter previo figura inscrita la adjudicación parcial de esa herencia respecto de otras fincas.

Resolución de 3-12-2011
(BOE 17-1-2012)
Registro de Daroca

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: SENTENCIA NO FIRME.

Cabe practicar anotación preventiva de una sentencia no firme de un proceso contencioso-administrativo por la que se declara la nulidad de un acuerdo de aprobación de un proyecto de reparcelación. La enumeración del artículo 51 de la Ley del Suelo no es cerrada.

Resolución de 5-12-2011
(BOE 19-1-2012)
Registro de Almería, número 3

GARAJES. TITULAR REGISTRAL.

No es posible la inscripción de una plaza de garaje sin fijación de la cuota indivisa, tratándose de comunidad ordinaria, o sin la descripción perimetral de la plaza dentro del local del que forma parte que permita la apertura de folio independiente para la misma, además de la especificación de la cuota, si lo que se pretende es la inscripción de comunidad especial con asignación de uso. Es imprescindible que el título exprese las circunstancias personales de aquel a cuyo favor ha de practicarse el asiento.

Resolución de 5-12-2011
(BOE 19-1-2012)
Registro de Calatayud

CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO: CARGAS POSTERIORES.

Para que puedan cancelarse las cargas posteriores a una anotación de embargo es necesario que el auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación (o al menos el auto de adjudicación) se presenten en el Registro antes de que dicha anotación caduque. Una vez caducada las cargas posteriores mejoran de rango.

Resolución de 5-12-2011
(BOE 19-1-2012)
Registro de Salamanca, número 5

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: TÍTULO FORMAL PARA LA INSCRIPCIÓN DE SU ENAJENACIÓN.

La venta de un bien patrimonial de un Ayuntamiento se rige, en cuanto a su preparación, por el Derecho Administrativo, pero en lo relativo al contrato de venta en sí, por el Derecho Privado, y por lo tanto se requiere el otorgamiento de escritura notarial para la correspondiente inscripción.

Resolución de 9-12-2011.
(BOE 17-1-2012).
Registro de Talavera de la Reina, número 2.

DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD: CAUSA. ARTÍCULO 153 DEL REGLAMENTO NOTARIAL.

Es inscribible una disolución de condominio en cuya virtud los hasta ahora condueños pasan a ser titulares en usufructo y nuda propiedad. Hay que admitir como causa del negocio la voluntad de extinguir la actual relación de condominio y puede considerarse disolución de comunidad los casos en que varía sustancialmente la posición de los cotitulares. La diligencia de rectificación notarial que prevé el artículo 153 del Reglamento Notarial puede afectar a cualquiera de los elementos de la escritura, pero siempre que se limite a la corrección de errores materiales y no suponga una variación de la voluntad de los otorgantes.

Resolución de 19-12-2011

(BOE 17-1-2012)

Registro de Alicante, número 3

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE EXCESO DE CABIDA: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

En los expedientes de dominio de exceso de cabida, cuando la mayor cabida exceda de la quinta parte de la que aparece inscrita, será preciso aportar certificación catastral descriptiva y gráfica. No hay obstáculo para la inscripción por el hecho de que en la certificación gráfica aparezca una carretera que divide la finca, carretera no mencionada en el expediente de dominio.

Resolución de 20-12-2011

(BOE 19-1-2012)

Registro de Casas Ibáñez

RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL LEGAL SUPLETORIO: FORMA DE ACREDITARLO.

De conformidad con lo establecido en el artículo 159 del Reglamento Notarial y la doctrina del propio Centro Directivo, para acreditar que el régimen económico-matrimonial de los otorgantes es el legal supletorio, basta que así lo manifiesten al Notario, previa la correspondiente información y asesoramiento por parte de este, sin que deba aportarse ninguna aclaración o prueba complementaria al Registrador.

Resolución de 21-12-2011

(BOE 19-1-2012)

Registro de Lepe

RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL LEGAL SUPLETORIO: FORMA DE ACREDITARLO.

En caso de cesión de un usufructo vitalicio, dicho derecho se extinguirá por muerte del usufructuario cedente, lo cual no impide que también pueda extin-

guirse, pero sólo respecto de la esfera jurídica del cesionario, por el fallecimiento de este, o por cualquier otra causa prevista en el título de cesión. Es admisible el usufructo sobre un derecho de usufructo, correspondiendo al nuevo usufructuario el goce y disfrute del derecho de usufructo sobre el que recae. También es posible el usufructo sobre la nuda propiedad, que se considerará como una suerte de usufructo expectante, que se convertirá en usufructo pleno cuando se extinga el inicial. Es posible igualmente la nuda propiedad sobre el derecho de usufructo, que sería la correlativa al usufructo sobre el usufructo. Por la misma razón cabe inscribir la nuda propiedad de la nuda propiedad.

Resolución de 9-1-2012
(BOE 30-1-2012)
Registro de Vinaròs

PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES Y ESTATUTOS.

No hay obstáculo alguno para recoger en los estatutos de la propiedad horizontal normas que regulan el uso y los gastos de determinados elementos comunes que no aparecen en la descripción resultante de la obra nueva, o que ni siquiera están aún construidos. La finalidad de la inscripción de los estatutos es hacerlos oponibles a terceros adquirentes.

Resolución de 10-1-2012
(BOE 30-1-2012)
Registro de Las Palmas de Gran Canaria, número 6

HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR.

La partición verificada unilateralmente por el contador partidor, sin excederse de lo ordenado por el testamento, surte plenos efectos sin necesidad de ratificación o convalidación alguna por los herederos. En caso de que alguno de estos sea menor o incapaz deberá citarse a todos los coherederos o sus representantes legales para la formación del inventario de la herencia. No cabe plantear la existencia de un conflicto de intereses entre una coheredera que actúa a estos efectos además como tutora de otro de los herederos. El interés de ambos será coincidente en que el inventario se forme de una manera correcta.

Resolución de 12-1-2012
(BOE 30-1-2012)
Registro de Madrid, número 2

CALIFICACIÓN REGISTRAL: PRINCIPIO DE ROGACIÓN.

El principio de rogación debe interpretarse de forma que la mera presentación de una escritura implica la solicitud de inscripción de todo su contenido, salvo que el presentante haga alguna manifestación en contrario. En consecuencia, el Registrador debe calificar si es o no inscribible el cambio en la descripción de una finca que resulta del mero hecho de que en la parte expositiva de

la escritura se describe primero la finca con la descripción que aparece en el Registro y, a continuación, se consigna la descripción actualizada que resulta de la certificación catastral y una serie de documentos complementarios que se incorporan.

Resolución de 13-1-2012

(BOE 30-1-2012)

Registro de Santa Cruz de la Palma

CANCELACIÓN DE NOTA DE PROHIBICIÓN DE ENAJENAR EN VIVIENDA PROTEGIDA: EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.

Como ha declarado la sala primera del TS en su sentencia de 3-1-2011, la particularidad de la actividad registral frente a la actuación general de la Administración Pública, impide aplicar el Derecho Administrativo de forma supletoria al ámbito del procedimiento registral, salvo en los casos en que se haga una remisión expresa al respecto. Consecuentemente, no es posible reconocer eficacia automática al silencio administrativo positivo en el ámbito del Registro. Especialmente para proceder a cancelar una nota marginal de prohibición de enajenar de las previstas en el artículo 13 del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. Para dicha cancelación es preciso el consentimiento expreso de la administración competente.

Resolución de 14-1-2012

(BOE 2-2-2012)

Registro de Sevilla, número 8

RECURSO GUBERNATIVO: EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN FIRME.

Como ha declarado la sala primera del TS en su sentencia de 3 de enero de 2011, la particularidad de la actividad registral frente a la actuación general de la Administración Pública, impide aplicar el Derecho Administrativo de forma supletoria al ámbito del procedimiento registral, salvo en los casos en que se haga una remisión expresa al respecto. Desde esta perspectiva debe concluirse que si bien es cierto que con arreglo al artículo 108 del RH, el documento calificado puede presentarse, una vez caducado su asiento de presentación, para realizar una nueva calificación, este criterio no es extensible a los supuestos en que ya ha recaído una resolución por silencio negativo de la DGRN sin que se haya recurrido judicialmente la misma, salvo que al realizarse esta nueva presentación se hayan producido cambios en la situación fáctica o jurídica.

Resolución de 16-1-2012

(BOE 2-2-2012)

Registro de Peñaranda de Bracamonte

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA.

Constando en el Registro que una finca está inscrita a favor de dos personas casadas con carácter ganancial, y presentado un mandamiento de embargo en procedimiento seguido por la esposa frente a su exesposo, dado que están divorciados, no cabe la anotación de un embargo sobre los derechos que el ejecutado tiene sobre la finca, dado que solo sería posible el embargo de la cuota global del demandado en el patrimonio consorcio en liquidación.

Resolución de 17-1-2012
(BOE 9-2-2012)
Registro de Granada, número 3

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20.4 DE LA LEY DEL SUELO.

Considera el Centro Directivo que las reglas establecidas en el artículo 20.4 de la Ley del Suelo por el Real Decreto-ley 8/2011 son aplicables a todas las escrituras que se presenten a inscripción después de su entrada en vigor, aunque se hubieran otorgado con anterioridad. Por otro lado, se considera que el requisito de aportar un acto administrativo que declare la edificación en todo o en parte en situación de fuera de ordenación no es exigible con carácter previo a la práctica de la inscripción.

Resolución de 18-1-2012
(BOE 9-2-2012)
Registro de Baracaldo, número 2

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: SENTENCIA ANULATORIA.

Declarada la nulidad de un acuerdo de aprobación de un proyecto de reparcelación por sentencia firme, y a diferencia de lo que ocurre con los demás casos de inscripción de resoluciones judiciales, de acuerdo con los artículos 51 de la Ley del Suelo y 71 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, el Registrador debe practicar el tipo de asiento que haya determinado expresamente la referida resolución judicial.

Resolución de 19-1-2012
(BOE 9-2-2012)
Registro de Sevilla, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO.

El recurso gubernativo tiene por objeto la impugnación de una calificación denegatoria o suspensiva del Registrador, pero no la revisión de asientos ya practicados ni la solicitud de una calificación determinada.

Resolución de 20-1-2012.
(BOE 9-2-2012).
Registro de Álora.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

El principio de legitimación registral implica que, una vez practicado un asiento, no cabe su cancelación sin el consentimiento de su titular o resolución judicial firme en procedimiento seguido contra el mismo.

Resolución de 21-1-2012
(BOE 20-2-2012)
Registro de Sigüenza

OBRA NUEVA: LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN.

Reitera el Centro Directivo que las normas que deben aplicarse para la inscripción de una obra nueva son las vigentes al tiempo de la presentación de la correspondiente escritura en el Registro. De acuerdo con el actual artículo 20 de la Ley de Suelo, y siempre que así lo exija la respectiva legislación autonómica, es necesario, para la inscripción de la obra nueva terminada, que se aporte la licencia de ocupación.

Resolución de 23-1-2012
(BOE 20-2-2012)
Registro de Cogolludo

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO.

Siguiendo lo que en su día señaló la STS de 31 de enero de 2001, se exige que el título previo al que alude el artículo 205 de la LH sea un documento público, sin que pueda admitirse a tal efecto un documento privado con fecha fehaciente.

Resolución de 23-1-2012
(BOE 20-2-2012)
Registro de Olivenza

HIPOTECA DE MÁXIMO EN GARANTÍA DE CUENTA CORRIENTE: FIJACIÓN DE SALDO.

Se plantea si puede hacerse constar al margen de una inscripción de una hipoteca de máximo el importe del saldo de la cuenta en virtud de un acta notarial en la que prestan su consentimiento acreedor y deudor, existiendo cargas posteriores a dicha hipoteca. Considera el Centro Directivo que no hay obstáculo alguno, porque la fijación del saldo atañe en exclusiva a acreedor y deudor, quedando los terceros solo vinculados por la cifra máxima de garantía hipotecaria, y siendo esta operación un paso previo necesario para la eventual ejecución de la hipoteca.

Resolución de 24-1-2012
(BOE 20-2-2012)
Registro de Lérida, número 1

OBRA NUEVA EN CONSTRUCCIÓN: DIVISIÓN HORIZONTAL.

No hay obstáculo alguno que impida dividir horizontalmente un edificio que consta en el Registro como obra nueva en construcción.

Resolución de 24-1-2012
(BOE 20-2-2012)
Registro de Portugalete

SEGREGACIÓN: LICENCIA OBTENIDA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Teniendo en cuenta la doctrina del TS, no es posible inscribir una escritura de segregación autorizada en 1996 sobre la base de entender concedida por silencio administrativo positivo la pertinente licencia municipal.

Resolución de 27-1-2012
(BOE 20-2-2012)
Registro de Cogolludo

TUTORES: AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

Para enajenar cualquier clase de derechos reales sobre inmuebles de que sea titular el incapaz, necesitará su tutor la pertinente autorización judicial.

Resolución de 27-1-2012
(BOE 20-2-2012)
Registro de Cuenca

SEGREGACIÓN: NORMATIVA APLICABLE.

Basándose en la doctrina del TC y del TS sobre la irretroactividad de las normas, concluye la DGRN que, tratándose de un acto propiamente registral como es la segregación, son aplicables las exigencias previstas en la legislación actual a una escritura otorgada en 1996.

Resolución de 28-1-2012
(BOE 20-2-2012)
Registro de Barcelona, número 3

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No es el recurso gubernativo el cauce adecuado para discurrir si se ha hecho constar correctamente en el Registro una ampliación de anotación de embargo. Los asientos ya practicados se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 1-2-2012
(BOE 20-2-2012)
Registro de Fuente Obejuna

CANCELACIÓN ORDENADA POR SENTENCIA.

Ordenándose en sentencia judicial la nulidad y cancelación de determinadas inscripciones, no cabe cancelar los asientos posteriores relativos a gravámenes sobre la finca, en tanto sus titulares no han sido parte en el proceso, pero no hay obstáculo para cancelar la inscripción inicial cuyo titular era demandado.

Resolución de 2-2-2012
(BOE 20-2-2012)
Registro de Madrid, número 52

SUSTITUCIÓN VULGAR: IDENTIFICACIÓN DE SUSTITUTOS.

Acreditado el fallecimiento de uno de los herederos llamados con anterioridad al causante, e identificados sobre la base de los respectivos certificados de nacimiento en la escritura de partición los que se consideran descendientes de aquel y que tienen la condición de sustitutos vulgares, no puede exigirse ninguna prueba complementaria de que no existan otras personas que tengan la referida condición de sustitutos.

Resolución de 2-2-2012
(BOE 20-2-2012)
Registro de Marbella, número 2

HIPOTECA CAMBIARIA: CANCELACIÓN POR RESOLUCIÓN JUDICIAL.

No puede cancelarse una hipoteca en garantía de letras de cambio en virtud de una resolución judicial dictada en un proceso dirigido exclusivamente contra los iniciales tenedores de las cambiales, si al mismo tiempo no se acredita la inutilización de los títulos cambiales.

Resolución de 2-2-2012
(BOE 20-2-2012)
Registro de Palma, número 5

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NOTIFICACIÓN POR FAX.

En las relaciones profesionales entre Notario y Registrador, el fax es uno de los medios habituales de comunicación y así lo prevé la legislación vigente. Por tanto, la notificación de una calificación negativa realizada por el Registrador al Notario por fax surte plenos efectos y será considerada *dies a quo* para el cómputo del plazo para interponer el recurso.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 27-9-2011
(BOE 17-1-2012)
Registro Mercantil de Málaga, I

SOCIEDAD PROFESIONAL. ESTATUTOS.

En el artículo estatutario referente a las participaciones no es necesario expresar la numeración de las pertenecientes a socios profesionales y a los no profesionales. Pero en este caso se rechaza la redacción por adolecer de imprecisión al utilizar impropriamente la expresión «clase».

La Ley de Sociedades Profesionales supone una excepción a la regla general de no inscripción de la transmisión de las participaciones.

Resolución de 4-11-2011
(BOE 17-1-2012)
Registro Mercantil de Soria

DIVIDENDOS PASIVOS. ACREDITACIÓN DEL DESEMBOLSO.

La realidad de las aportaciones dinerarias que se efectúan para desembolsar dividendos pasivos solo puede acreditarse mediante certificación bancaria de depósito de las cantidades correspondientes a nombre de la sociedad incorporada a la escritura o mediante entrega de las mismas al Notario para que este efectúe el depósito, debiendo quedar la oportuna constancia documental. No cabe hacerlo mediante la comprobación contable efectuada por un auditor.

Resolución de 14-11-2011
(BOE 17-1-2012)
Registro Mercantil de Palma, II

OBJETO. DETERMINACIÓN. DENOMINACIÓN SOCIAL.

La Dirección General aplica la misma doctrina que ya antes ha mantenido respecto al objeto social, tal y como se recoge en los estatutos tipo que establece la O. JUS/ 3185/2010, de 9 de diciembre, para las sociedades del artículo 5.2 del Real Decreto-ley 13/2010, a las sociedades encuadradas en el 5.1 que utilicen dichos estatutos: «En la enumeración de actividades contenida en el artículo 2 de los estatutos tipo aprobados por la OM se ha optado, con finalidad simplificadora, por el puro criterio de la actividad, sin referencia a un tipo de productos o sector económico específico.

Las actividades incluidas en los estatutos tipo acotan suficientemente el sector de la realidad económica en que la sociedad quiere desarrollar su objeto» (Resolución de 4-6-2011).

En este caso el Registrador rechaza el «comercio al por mayor y al por menor, prestación de servicios por indeterminación» por incluir actividades sujetas a legislación especial y «actividades profesionales» por su sometimiento a la LSP.

En cuanto a la denominación social «Clínica Dental, S. L.», no considera que sea una actividad no incluida en el objeto social así expresado en los estatutos.

Resolución de 15-11-2011

(BOE 9-2-2012)

Registro Mercantil de Lleida

CUENTAS ANUALES. INFORME DE AUDITORÍA.

No puede tenerse por efectuado el depósito de cuentas anuales si no se presenta el informe del auditor cuando en las sociedades no obligadas a verificación se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral. Y ello aunque esté pendiente de resolución el recurso de alzada interpuesto ante la Dirección General contra la resolución del Registrador accediendo al nombramiento.

Resolución de 21-11-2011

(BOE 9-2-2012)

Registro Mercantil de A Coruña

CUENTAS ANUALES. INFORME DE GESTIÓN.

La obligación de presentar el informe de gestión surge desde que nace para la sociedad la obligación de auditar sus cuentas, bien por haber alcanzado durante dos años consecutivos dos de los límites señalados por el artículo 257 LSC, bien por haber sido solicitado al Registrador el nombramiento de auditor por los socios minoritarios al amparo del artículo 265.2 LSC. Además, el informe de auditoría debe abarcar la verificación del informe de gestión del último ejercicio.

Resolución de 21-11-2011

(BOE 9-2-2012)

Registro Mercantil de Madrid

CUENTAS ANUALES. TRACTO.

No puede tenerse por efectuado el depósito de cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de cuentas del ejercicio anterior.

Resoluciones de 2-12-2011

(BOE 2-2-2012)

Registro Mercantil de Ávila

CUENTAS ANUALES. HUELLA DIGITAL.

En la certificación de aprobación de cuentas debe indicarse la huella digital, requisito técnico requerido por la OM JUS 206/2009, de 28 de enero, relativo a la identificación de quienes emiten la certificación cuando la obligación impuesta legal y reglamentariamente se efectúe por medios técnicos, para poder relacionar de manera inequívoca las cuentas presentadas con la certificación emitida por el órgano de administración.

Resolución de 7-12-2011
(BOE 17-1-2012)
Registro Mercantil de Cádiz

AUMENTO DE CAPITAL. DERECHO DE ASUNCIÓN PREFERENTE. PARTICIPACIONES PRIVILEGIADAS. MODIFICACIÓN.

El derecho de asunción preferente es uno de los mínimos del socio para mantener su porcentaje en relación con el ejercicio de sus derechos políticos y económicos tras el aumento. El socio puede renunciarlo, expresamente, o de forma tácita, dejando transcurrir el plazo fijado para su ejercicio.

En la junta universal se prescinde exclusivamente de los requisitos de convocatoria y de publicación del orden del día, pero se aplican los requisitos de publicación y comunicación que se imponen legalmente para acuerdos concretos; en este caso, el artículo 305 LSC. En sociedades limitadas, el ejercicio del derecho de asunción preferente debe hacerse en el plazo fijado por la junta al adoptar el acuerdo, independientemente de que la junta sea o no universal. Si no ha quedado fijado el plazo y su forma de cómputo, no puede entenderse que debe computarse desde la fecha de la junta. La observancia de las garantías establecidas para posibilitar el ejercicio del derecho de suscripción preferente condiciona la validez de la ejecución del acuerdo y está sujeta a calificación registral.

La Dirección General declara que la manifestación de que «el aumento ha sido íntegramente desembolsado en los términos previstos», exigida por el artículo 198.4.1 RRM es innecesaria si la concordancia resulta de la propia escritura y que, si no existe esa concordancia —como ocurre en este caso—, también sobra, porque se produciría una incongruencia entre lo manifestado y lo ejecutado.

En un acuerdo que extiende el privilegio de voto plural que tiene un determinado socio en relación con determinadas participaciones a favor de sus herederos legales y posteriores herederos, se requiere el consentimiento de todos los socios, pues todos van a verse afectados en sus derechos mínimos, disminuyendo su posibilidad de influir en la adopción de acuerdos por la junta. Supone la conversión de un privilegio atribuido a un socio concreto de naturaleza temporal —hasta que fallezca o transmita esas participaciones—, en uno de duración indefinida.

Resoluciones de 18 y 19-12-2011
(BOE 17 y 19-1-2012)
Registro Mercantil de Alicante, II

CONSTITUCIÓN. PROCEDIMIENTO TELEMÁTICO. ACREDITACIÓN DE LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO.

En aras de la agilización y reducción de cargas administrativas, se resuelve que para la calificación e inscripción de sociedades de capital no es necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención. Practicada la inscripción, el Registrador remitirá de oficio por vía telemática a la Administración Tributaria correspondiente notificación de que ha realizado la inscripción. De esta forma quedan salvaguardados los intereses de la misma en cuanto al ejercicio de sus competencias de control e inspección. Es competencia en exclusiva del Estado la ordenación del Registro Mercantil y por tanto la determinación de los requisitos de acceso al mismo, por lo que la DA 9.^a de la Ley 13/1997, de la Generalitat Valenciana, no es de aplicación a este Registro que no es competencia de la Generalitat.

Resolución de 18-1-2012

(BOE 9-2-2012)

Registro Mercantil de Málaga

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL.

Los consejeros designados, incluidos los de nacionalidad no española, han de estar dotados del correspondiente NIF para el caso de tener que responder de forma subsidiaria por los actos antijurídicos del Consejo de administración que causen un daño a la Hacienda Pública. No es posible la inscripción de un consejero extranjero si antes no obtiene su correspondiente identificación a efectos fiscales y tributarios (IE en este caso).

Resolución de 19-1-2012

(BOE 9-2-2012)

Registro Mercantil de Madrid, XIII

AUMENTO DE CAPITAL. COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS.

La expresión de que «dichos créditos derivan de varios préstamos contraídos los años... que, a efectos prácticos, se refunden contablemente en uno solo con la fecha de este informe», no es suficiente para tener por cumplido el requisito de la constancia de las fechas en que fueron contraídos los créditos. Las palabras «a efectos prácticos» y «contablemente» impiden que se pueda tener por cumplido el imperativo de declaración terminante de sustitución de obligación que, para la novación real de obligaciones, impone el artículo 1204 del Código Civil. En la escritura debe constar expresamente la voluntad novatoria que no se puede deducir de la mera manifestación recogida en el informe que es, a efectos limitados, contables.

Resolución de 28-1-2012

(BOE 20-2-2012).

Registro Mercantil de Málaga

PARTICIPACIONES. TRANSMISIÓN. VALORACIÓN.

Aunque con base en el principio de autonomía de la voluntad pueden admitirse en los estatutos sistemas objetivos de valoración de las participaciones, no cabe atribuir a una de las partes (sociedad o socio) la determinación de su cuantía, como ocurre cuando se atribuye a una persona designada por la sociedad, sea empleado o auxiliar externo o interno, pues con ello se vulneraría el artículo 1256 del Código Civil.

Resolución de 30-1-2012
(BOE 20-2-2012).
Registro Mercantil de Madrid, IX

ADMINISTRADOR. CESE. ARTÍCULO 111 RRM.

La notificación a que se refiere el artículo 111 RRM debe hacerse en cualquiera de las formas expresadas en el artículo 202 RN. Si el Notario acude a la primera enviando cédula, copia o carta por correo certificado con acuse de recibo, pero la notificación no produce sus efectos por no haber sido recogida la carta por el interesado, debe acudir a la segunda forma de notificación presencial prevista en dicho artículo. Solo así puede quedar cumplido el principio constitucional de tutela efectiva.

Resolución de 2-2-2012
(BOE 20-2-2012)
Registro Mercantil de Cáceres

CONSTITUCIÓN TELEMÁTICA. OBJETO ESTATUTOS TIPO.

En la enumeración de actividades contenida en el artículo 2 de los estatutos tipo, aprobados por la O. JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, se ha optado, con finalidad simplificadora, por el puro criterio de la actividad, sin referencia a un tipo de productos o sector económico específico. Las actividades incluidas en los estatutos tipo acotan suficientemente el sector de la realidad económica en que la sociedad quiere desarrollar su objeto.

La mera inclusión en el objeto social de actividades profesionales faltando los demás requisitos tipológicos imprescindibles de la figura societaria profesional no puede impedir la inscripción.

Registro de Bienes Muebles

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 11-1-2012
(BOE 30-1-2012)
Registro Mercantil de Pontevedra

ANOTACIÓN DE EMBARGO.

No cabe practicar anotación preventiva de embargo cuando el vehículo embargado aparece en la base datos de la DGT asociado a un DNI/NIF distinto del de la persona contra la que se decreta el embargo.

La presunción de titularidad de un bien mueble registrable, en el ámbito jurídico, la determina el Registro de Bienes Muebles, que es un registro de titularidades en el que rigen los principios de tracto sucesivo, legalidad y legitimación, pero la Instrucción de 3-12-2002 faculta a los registradores para utilizar como instrumento auxiliar en su calificación el sistema de interconexión informática entre el Registro de Bienes Muebles y el administrativo de Vehículos de la DGT.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 3080/2011, de 27-12-2011
(*DOGC* 23-1-2012)
Registro de San Vicenç dels Horts, número 1

OBRAS NUEVAS ANTIGUAS: DIVISIÓN HORIZONTAL.

Acreditado por certificación de un arquitecto que la obra se terminó hace más de 25 años, no se puede exigir licencia de obras ni tampoco la correspondiente autorización administrativa para dividir horizontalmente el edificio.

Resolución 20/2012, de 5-1-2012
(*DOGC* 23-1-2012)
Registro de El Vendrell, número 2

CÉDULA DE HABITABILIDAD.

La cédula de habitabilidad debe aportarse para toda transmisión o cesión de uso de una vivienda, con independencia de que el adquirente no sea un usuario final de la misma. De acuerdo con los términos legales, de este requisito no están excluidas las facciones en pago.

Resolución 19/2012, de 16-1-2012
(*DOGC* 23-1-2012)
Registro de Barcelona, número 12

DERECHO DE OPCIÓN: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

La cancelación automática de las cargas inscritas con posterioridad a la inscripción de un derecho de opción, solo podrá verificarse al tiempo del ejercicio de dicho derecho, si se acredita la consignación del precio a favor de los titulares de esas cargas que se van a cancelar, y con independencia del momento en que se haya satisfecho el precio por el optante.

*DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS
Y DEL NOTARIADO SOBRE PARCELACIONES URBANÍSTICAS
EN ANDALUCÍA*

por

FRANCISCO JAVIER RUIZ BURSÓN
*Inspector de Ordenación del Territorio, Urbanismo
y Vivienda de la Junta de Andalucía*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA.
- III. CONCEPTO DE PARCELACIÓN URBANÍSTICA.
- IV. RELACIÓN ENTRE PARCELACIÓN URBANÍSTICA Y DIVISIÓN O SEGREGACIÓN DE FINCAS.
- V. PRESUNCIONES DE PARCELACIÓN URBANÍSTICA.
- VI. LICENCIAS DE PARCELACIÓN Y SILENCIO POSITIVO.
- VII. COMUNICACIONES DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD CON LOS AYUNTAMIENTOS Y LA JUNTA DE ANDALUCÍA (ARTS. 79 Y 80 DEL RHU).
- VIII. SEGURIDAD PREVENTIVA Y COLABORACIÓN.
- IX. CONCLUSIONES.
- X. RELACIÓN DE RESOLUCIONES CONSULTADAS.
- XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que una de las cuestiones más candentes dentro de la disciplina urbanística es la de las parcelaciones ilegales, especialmente en terreno

no urbanizable. En efecto, la actividad infractora en esta clase de suelo comienza por un reparto y división de las fincas, las cuales son sustraídas de los fines que les son propios para ser destinadas a usos urbanísticos mediante la posterior enajenación, reparto y urbanización de las parcelas resultantes, dando lugar así a la creación de nuevos asentamientos de población (1).

Teniendo en cuenta la trascendencia de esta actividad, los artículos 188.1.b), 188.3 y 195.1.b) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (2), reconocen competencias a la Junta de Andalucía respecto a las parcelaciones verificadas en suelo no urbanizable, a los efectos de adoptar las correspondientes medidas cautelares de suspensión o bien iniciar los procedimientos sancionadores o de restablecimiento de la legalidad urbanística que correspondan. Dicha competencia se ejerce siempre de forma subsidiaria, resultando imprescindible que la Administración Local no hubiera adoptado las pertinentes medidas de suspensión o iniciado la tramitación de los expedientes dentro de los plazos legalmente fijados.

El objeto del presente artículo consiste en el análisis de la doctrina que en materia de parcelaciones urbanísticas ha venido elaborando la Dirección General de los Registros y del Notariado (3), habida cuenta de la trascendencia que tiene la intervención de Notarios y Registradores en los supuestos de división y segregación de fincas rústicas mediante los cuales se pretende por los interesados, en bastantes ocasiones, encubrir auténticas parcelaciones ilegales.

Este estudio se encuentra acotado desde una triple perspectiva: espacial, temporal y material.

Desde el punto de vista del espacio, exclusivamente se van a examinar aquellas resoluciones que hagan referencia a las parcelaciones que se hayan verificado dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Temporalmente, nos limitaremos a los pronunciamientos que la DGRN haya realizado tras la entrada en vigor de la LOUA, sin perjuicio de que en algún momento podamos hacer referencia a la evolución histórica de la regulación de las parcelaciones.

Respecto al ámbito material, no se trata de una exposición exhaustiva de todas las resoluciones que se hayan dictado, sino solo de las más importantes que hayan recaído sobre esta figura.

Asimismo, este trabajo se estructura de manera que facilite la exposición de aquellos temas que con más frecuencia han sido tratados por la DGRN, entre los que se encuentran la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad andaluza, las características inherentes al concepto de parcelación, su relación con las divisiones o segregaciones inmobiliarias, las presunciones legales de existencia de parcelación, la actuación del silencio positivo en relación con estas licencias, las comunicaciones entre el Registro y los Ayuntamientos y Administración autonómica en los supuestos de presunta formación de núcleos de población o infracción de las unidades mínimas de cultivo, y la labor de seguridad preventiva y colaboración entre Notarios, Registradores y Comunidad

(1) ROMERO GÓMEZ, F., en AA.VV., GUTIÉRREZ COLOMINA, V., y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 679-680; y AA.VV., GUTIÉRREZ COLOMINA, V. (Dir.), *Manual de Derecho Urbanístico Andaluz*, Ed. Asociación Andaluza de Derecho Urbanístico, Sevilla, 2006, págs. 211-212.

(2) LOUA en adelante.

(3) DGRN en lo sucesivo.

Autónoma para la defensa de la legalidad urbanística. Por último se explicitan las conclusiones y se incorpora una relación de las resoluciones y bibliografía consultadas.

La materia, ya de por sí compleja, encuentra una ulterior dificultad en la concurrencia de normas autonómicas —LOUA— y estatales —Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se regula el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (4)—, cuya coordinación plantea múltiples problemas, como tendremos ocasión de analizar en el desarrollo del presente trabajo.

Hemos de concluir este apartado señalando que el fin común explicitado en las normas estatales y autonómicas, tanto en la labor que se desarrolla por las funciones notarial y registral como por la inspección urbanística, lo constituye la protección y salvaguarda de la legalidad urbanística, principio básico orientador de toda la actividad desarrollada en relación con las parcelaciones.

II. REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

La doctrina de la DGRN sigue en esta cuestión, como no podía ser de otra manera, la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo (5), en la que se procede a realizar una detallada delimitación de las competencias urbanísticas entre el Estado y las Comunidades Autónomas con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por varios ejecutivos autonómicos contra el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se regulaba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

El Tribunal Constitucional parte de la idea de que, según los artículos 148 y 149 de la Constitución, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencia exclusiva en sus Estatutos sobre la materia de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (6). No obstante, ello no impide que el Estado conserve otras competencias exclusivas que tangencialmente pueden influir sobre la materia urbanística, como sucede con la legislación civil *ex* artículo 149.1.8 CE (7).

Este planteamiento influirá decisivamente en la normativa que deberá aplicarse en relación con el reflejo registral de las parcelaciones urbanísticas y las exigencias requeridas para ello. Como dato adicional hemos de añadir que el

(4) En adelante TRLS y RHU, respectivamente.

(5) RTC 1997/61.

(6) Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, FJ 5.

(7) Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, FJ 11: «Finalmente, entre los títulos competenciales susceptibles de afectar al urbanismo, merecen ahora citarse los que consagran el artículo 149.1.8.º y 18.º CE. Por virtud del primero, al Estado incumbe con carácter exclusivo la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles especiales o forales, allí donde existan, competencia cuya incidencia habrá de considerar cuando las normas impugnadas contengan efectivamente legislación civil. No obstante, y habida cuenta del escaso número de impugnaciones deducidas por la pretendida infracción competencial de este título, no es necesario hacer aquí una consideración previa y especial acerca de su significado...».

artículo 259.3 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (8), en el que se imponía la necesidad de acreditar el otorgamiento de licencia o la declaración de innecesariedad para el otorgamiento por los notarios de la escritura de división de terrenos y para su inscripción por los registradores, fue declarado constitucional basándose en la competencia exclusiva que correspondía al Estado de acuerdo con el mencionado 149.1.8 CE (9).

Avanzando en esta línea, la DGRN ha insistido en la necesidad de distinguir dos títulos competenciales distintos que inciden en el reflejo registral de las operaciones de parcelación (10):

- Por un lado, la regulación sobre los actos urbanísticos para los cuales se exige licencia administrativa, así como los requisitos necesarios para ello y las sanciones que deben imponerse en caso de incumplimiento de estas exigencias corresponde a la Comunidad Autónoma, en tanto debe incluirse dentro de la competencia exclusiva que la misma ostenta en materia de disciplina urbanística (11).
- Sin embargo, de otro, el Estado será el competente para fijar en qué supuestos será necesario acreditar el otorgamiento de licencia para que los actos urbanísticos puedan tener acceso al Registro de la Propiedad, así como la forma de testimoniar o acreditar su otorgamiento, subordinándose dicha regulación a que la normativa autonómica exija la concesión de licencia previa para dichos actos con el fin de comprobar su conformidad a derecho.

(8) Este precepto se encuentra reproducido, de forma casi literal, en el artículo 8.a) *in fine* del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

(9) Resoluciones 3/2005, de 25 de mayo, FJ 2: «Esta norma es uno de los pocos preceptos que quedó a salvo de las grandes amputaciones que causó la sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 1997 (RTC 1997/61), que vino a delimitar las competencias normativas en materia de urbanismo»; y 2/2005, de 30 de mayo, FJ 2: «...no obstante, esta misma sentencia [STC 61/1997] dejaba a salvo aquellos preceptos que, por regular materia, que son competencia exclusiva del Estado, eran perfectamente conformes con la Constitución española. Así ocurrió con aquellas normas que se referían al Registro de la Propiedad (cfr. art. 149.1.8 de la Constitución española)...». Este último párrafo aparece repetido en las Resoluciones 1/2005, de 31 de mayo, FJ 2; de 31 de mayo de 2005, FJ 2; y 1/2005, de 23 de julio, FJ 3.

(10) Resoluciones 3/2005, de 25 de mayo, FJ 2; 2/2005 de 30 de mayo, FJ 2; de 31 de mayo de 2005, FJ 2; 1/2005, de 31 de mayo, FJ 2; 1/2005, de 23 de julio, FJ 3; de 14 de noviembre de 2006, FJ 2; de 12 de julio de 2010, FJ 2; y de 12 de septiembre de 2011, FJ 2. En el mismo sentido, cabe citar a ARNAIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 571: «...el sistema de fuentes que organiza la Constitución en sus artículos 148 a 150 no establece un sistema de distribución de competencias de tipo horizontal, sino que sigue un criterio de distribución vertical modalizado y en determinados casos de títulos competenciales concurrentes. Así, en materia de urbanismo, la competencia exclusiva corresponde a las Comunidades Autónomas, la organización de los Registros Públicos al Estado y en materia de Derecho Civil la cuestión no está absolutamente clara, salvo en lo que se refiere a la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las bases de las obligaciones que constituyen materias claramente reservadas al poder central».

(11) Dicha competencia, sustentada en el artículo 148.1.3 de la Constitución, aparece también recogida en el artículo 56.3 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por la que se regula la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, precepto que debe ponerse en conexión con el 92.2.a) del mismo cuerpo legal, según el cual los municipios tienen competencia propia sobre la disciplina urbanística en los términos establecidos por las leyes.

Así pues, nos encontramos ante dos legisladores, el autonómico y el estatal, que inciden sobre una misma realidad jurídica: las parcelaciones urbanísticas. Ello ha dado lugar a que los aspectos sustantivos de la misma aparezcan recogidos en la LOUA y en el Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se regula el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (12) y los de carácter adjetivo o registral en el TRLS y, sobre todo, el RHU (13).

No obstante, el hecho de la distinta procedencia y diversidad de la terminología empleadas en ambas normativas ha planteado diversos problemas a los que ha debido responder la DGRN.

Como ejemplo de ello, se puede mencionar la Resolución 1/2005, de 23 de julio, en su FJ 5, la cual señala que los conceptos desarrollados en el RHU deben ser «*examinados y adaptados a las normas autonómicas sustantivas que resulten de aplicación; de lo contrario se llegaría al absurdo de impedir la aplicación de dicha normativa autonómica por la sola —y nominalista— razón de emplear esta última una terminología («parcelación ilegal», «actos reveladores de una posible parcelación urbanística») más amplia que la tradicionalmente empleada en el ámbito hipotecario (división y segregación)*» (14).

Analizando la doctrina expuesta el párrafo anterior, hemos de concluir que la misma resulta impecable de acuerdo con la distribución constitucional de competencias en materia urbanística y su interpretación por parte de nuestra jurisprudencia. Asimismo, se resuelve de una manera acertada la relación entre la normativa sustantiva autonómica y la adjetiva estatal, de manera que esta debe quedar subordinada a las exigencias y conceptos constatados en aquella (15).

III. CONCEPTO DE PARCELACIÓN URBANÍSTICA

La definición legal de parcelaciones urbanísticas se encuentra recogida en el artículo 66.1 de la LOUA (16). De la simple lectura del texto resulta evidente la

(12) RDUa en adelante.

(13) Resolución de 14 de julio de 2009, en contestación a una consulta del Ilustre Colegio de Notarios de Andalucía, FJ 3: «*Finalmente, como ya ha declarado reiteradamente esta Dirección General, la legislación hipotecaria, de carácter instrumental, debe interpretarse y aplicarse a la luz de la legislación sustantiva a la que aquella sirve y, en el ámbito registral, complementa*».

(14) En términos casi idénticos se expresa la Resolución de 12 de julio de 2010, FJ 3.

(15) En este sentido, podemos citar las Resoluciones 3/2005, de 20 de mayo, FJ 2: «*Y así, como ha señalado este Centro Directivo, la exigencia de licencia para inscribir divisiones contenida en su artículo 53 [del Real Decreto 1093/1997] no puede entenderse de manera absoluta o genérica, pues dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto el acto*», y de 7 y 8 de abril de 2005, FFFJ 4: «*...por lo que se hace necesario que el título que acceda al registro cumpla con aquellos requisitos que imperativamente vengan establecidos por la legislación urbanística para tal finalidad*», y de 12 de septiembre de 2011, FJ 3: «*En efecto, la exigencia de licencia para inscribir las operaciones a que se refiere el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (y lo mismo puede entenderse respecto del art. 78 del mismo) no puede considerarse absoluta o genérica, pues dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto el concreto acto jurídico, por lo que debe estarse a lo dispuesto en la ley*».

(16) Sin embargo, ROMERO GÓMEZ, F., *op. cit.*, págs. 675-676, entiende que el artículo 66.1 no se nos ofrece una definición sino varias presunciones *iuris et de iure* de existencia de parcelaciones urbanísticas.

distinción entre los suelos urbano y urbanizable, de un lado, y el no urbanizable por el otro, mostrando elementos comunes y diferencias según la clase de suelo.

El elemento común es que la parcelación consiste en una división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas. Como ya se señala en la Resolución 3/2005, de 25 de mayo, *«el legislador, tanto en la Ley del Suelo de 1956 como en la de 1976, ha sujetado a licencia a las parcelaciones urbanísticas, aunque dejando impreciso qué hubiera de entenderse por tal»* (FJ 2).

No obstante, como ya hemos adelantado, respecto el suelo no urbanizable se aprecian dos peculiaridades, una de carácter sustancial y otra accidental.

La primera de ellas es que la parcelación debe tener como fin inducir a la formación de nuevos asentamientos (17). Sin embargo, la mencionada Resolución 3/2005 señala de forma acertada que, al regularse dicha exigencia en las leyes urbanísticas preconstitucionales se dispuso que reglamentariamente se definiría el concepto de núcleo de población, mas esta previsión normativa nunca se llevó a cabo al remitirse dicha tarea a los instrumentos de ordenación urbanística (18).

La segunda es que no se incluye el término «solares», lo cual resulta lógico, ya que estos deben encontrarse en suelo urbano, según el artículo 184 de la LOUA.

La capital trascendencia del concepto «formación de nuevos asentamientos», a la hora de determinar la existencia de parcelaciones en suelo no urbanizable ha sido reiteradamente constatada por la DGRN. En las Resoluciones de 15 de septiembre de 2009 (FJ 4) y de 17 de junio de 2010 (FJ 5) se declara: *«Precisamente en este ámbito [el suelo no urbanizable] —en el que, por lo demás, el concepto de parcelación aparece delimitado por la noción de núcleo de población o formación de nuevos asentamientos—...»*. Igualmente clara es la Resolución de 14 de enero de 2010 (FJ 2): *«Por otra parte, no se puede hablar de que en el presente supuesto exista la posibilidad de nuevos asentamientos en suelo urbano, como es el presente, ya que tal concepto es solo aplicable al suelo no urbanizable»*. Por último merece la pena transcribir parte de la Resolución de 14 de julio de 2009, por la que se responde a una consulta del Ilustre Colegio Notarial de Sevilla (FJ 3): *«Ni siquiera excluye esta posibilidad [de parcelación] la manifestación contraria del hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación, pues el elemento decisorio es la posible aparición de tales nuevos asentamientos, como cuestión de hecho»* (19).

Una definición completa de lo que se entiende por parcelación en suelo no urbanizable nos la brinda nuestra jurisprudencia: *«...la parcelación ilegal constituye un proceso en el que se suceden los actos materiales y jurídicos con clara intención fraudulenta de parcelar un terreno no urbanizable, pretendiendo la creación de una situación irreversible, demostrativa de que con los actos realizados no se pretende*

(17) Artículo 52.6.a) LOUA: *«(...) A dichos efectos se considerará que inducen a la formación de nuevos asentamientos los actos de realización de segregaciones, edificaciones, construcciones, obras o instalaciones que por sí mismos o por su situación respecto de asentamientos residenciales o de otro tipo de usos de carácter urbanístico, sean susceptibles de generar demanda de infraestructuras o servicios colectivos, impropios de la naturaleza de esta clase de suelo»*.

(18) ARNAIZ EGUREN, R., *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 99, refiere que los intentos de definición de núcleo de población se encuentran en disposiciones autonómicas de Cataluña, Castilla-La Mancha y Andalucía, sin embargo las mismas contienen una definición meramente instrumental del mismo, como fenómeno generador de necesidades asistenciales o servicios urbanísticos.

(19) Esta última afirmación aparece recogida en el FJ 6 de la Resolución de 6 de julio de 2010.

destinar el terreno a su uso y destino natural y obligado, rústico y agrícola; actuación que lleva a cabo con vocación urbanística que posibilita la formación de un núcleo de población» (20).

Es necesario añadir a lo expuesto que la distinción entre las parcelaciones, según las distintas clases de suelo, no solo afecta al concepto, sino también a los efectos jurídicos que de las mismas se derivan en la normativa andaluza (21). Si bien el artículo 68 LOUA califica de nulas de pleno derecho las realizadas en suelo no urbanizable, por el contrario se limita a exigir la previa entrada en vigor de la ordenación pormenorizada establecida por el instrumento de planeamiento idóneo, según la clasificación del suelo para las que tengan lugar en suelo urbano y urbanizable, de acuerdo con los criterios fijados en el artículo 96 LOUA (22).

Evidentemente, estas diferencias en cuanto al régimen jurídico de la parcelación obedecen a una razón objetiva: mientras que las que ilegalmente tengan lugar en suelos urbanos o urbanizables, solo trascienden por el hecho de suponer un incumplimiento de las superficies mínimas fijadas por el planeamiento, las que se verifiquen en suelo no urbanizable implican un progresivo deterioro de nuestro medio ambiente y una invasión de los espacios rurales basado en un modelo urbano expansivo que contradice el principio de desarrollo sostenible (23).

Relacionado con las clases del suelo, que tanta relevancia tienen en la definición de parcelación urbanística, la DGRN ha tenido ocasión de manifestarse respecto a un problema práctico no del todo infrecuente: la existencia de una finca que figura en el Registro de la Propiedad con el carácter de rústica en su totalidad, mientras que en el Catastro se le considera en una parte como rústica y en otra como urbana, pretendiéndose la segregación de ambas.

La Resolución de 14 de noviembre de 2006, en su Fundamento Jurídico 2, resulta contundente al respecto: *«Lo que ocurre en el presente caso es que no se acredita la obtención de licencia urbanística ni la declaración municipal de su innecesariedad, de modo que debe ahora determinarse si dicho requisito es imprescindible o si, como pretende el recurrente, no es exigible por el hecho de existir una certificación catastral sobre el carácter urbano de la parcela segregada. (...) Al*

(20) Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 27 de mayo de 2010 (*JUR* 2010/329887). En términos similares, la sentencia de la misma Sala, de 18 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/58001).

(21) Sin embargo, la norma estatal no realiza ningún pronunciamiento expreso acerca del tipo de invalidez que corresponde a las parcelaciones en suelo no urbanizable, pues el artículo 13.2 TRLS dispone: *«Están prohibidas las parcelaciones urbanísticas de los terrenos en suelo rural, salvo los que hayan sido incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización en la forma que determine la legislación de ordenación territorial y urbanística».*

(22) Si bien el legislador no declara expresamente cuál sería el tipo de invalidez que correspondería a las parcelaciones realizadas en suelo urbano o urbanizable que no se ajusten a la ley o al planeamiento entendemos, con carácter general, que deberían entenderse anulables, basándonos en la prudencia con la que se utiliza la categoría de la nulidad absoluta o de pleno derecho por la jurisprudencia y la doctrina, en el mayor peligro medioambiental que implican las actuaciones en suelo no urbanizable y en el silencio de LOUA al respecto que, pudiendo señalar expresamente la misma sanción que fijó en el párrafo segundo del artículo 68, no lo hizo.

(23) Exposición de Motivos, II, TRLS: *«En tercer y último lugar, la del urbanismo español contemporáneo es una historia desarrollista, volcada sobre todo en la creación de nueva ciudad. Sin duda, el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente».*

autorizar e inscribir la escritura, el Notario y el Registrador, respectivamente, deben comprobar si la normativa legal aplicable sujeta o no el acto a licencia administrativa y, de ser así, como ocurre en este caso, entra en juego la mencionada norma del artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, sin que la exigencia que esta impone pueda obviarse por el mero hecho de que las fincas resultantes de la segregación tengan determinada calificación catastral, toda vez que esa exigencia de aportación de la licencia o declaración de innecesariedad se encuadra en un específico régimen administrativo de fiscalización municipal previa a la autorización e inscripción de la escritura correspondiente, como resulta de la normativa urbanística aplicable».

Por tanto, la solución que aporta el Centro Directivo resulta coherente, en tanto que los artículos 66.3 LOUA y 78 RHU imponen la obligación de acreditar el otorgamiento de licencia de parcelación o de la declaración de innecesariedad, sin que quepa al efecto alegar la clasificación catastral del suelo como excepción a dicha regla. Y ello es así porque no cabe sustituir el acto de policía administrativa, de competencia local, por una simple certificación del Catastro a la cual no se le puede atribuir la función de control o fiscalización de la legalidad urbanística. Además, no cabe olvidar que los fines que persiguen Catastro y Registro de la Propiedad son diversos. La institución registral descansa sobre la idea de proteger la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario; por el contrario, el Catastro tiene una naturaleza eminentemente tributaria.

Lo expuesto debe completarse con el hecho de que, conforme a las previsiones normativas contenidas en los artículos 8.1 y 10.1 A) a) LOUA, quien tiene competencia para determinar la clasificación urbanística del suelo es el planificador y no el Catastro, como ya ha manifestado la jurisprudencia en varias ocasiones (24). Además, por lo que se desprende del texto de la resolución, no se acredita por el recurrente que la clasificación del suelo, llevada a cabo por el Catastro, coincida con la establecida en el Plan General de Ordenación Urbanística o por las Normas Subsidiarias del municipio en cuestión.

No obstante, hemos de finalizar este apartado dejando constancia de un ejemplo de imprecisión terminológica introducido por una norma reciente.

El artículo 14.c) *in fine* del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, según la redacción dada por la Disposición Final 18.3 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece lo siguiente:

«También constituirá comunicación la información que los registradores de la propiedad deben remitir, referida a los actos de parcelación que consistan en la segregación, división, agregación o agrupación de los bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos expresados en el párrafo anterior y que se solicite su inscripción en el Registro de la Propiedad en el plazo de dos meses desde el hecho, acto o negocio de que se trate».

El concepto de parcelación, que se nos proporciona en este artículo, dista mucho de ser acertado desde el punto de vista técnico-jurídico. Según lo que

(24) Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 7 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/70814): *«Pues bien, vistos los términos en que se regula la clasificación, el hecho de que el actor haya construido y edificado con licencia municipal, aparezca en el Catastro el suelo como urbano o tenga tal consideración a efectos fiscales, resulta del todo punto indiferente a su clasificación urbanística. Con todo, brevemente, para señalar que la clasificación del suelo es cometido propio del planificador...».*

resulta de su lectura, se incluyen en la misma no solo la división y la segregación, sino también la agrupación y la agregación de inmuebles.

Sin embargo, es necesario recordar que, desde el punto de vista estrictamente urbanístico, la parcelación se encuentra exclusivamente ligada al fraccionamiento de terrenos, es decir, a su división y segregación, sin que quepa comprender en ella los actos de agrupación o agregación de fincas, salvo que se desnaturalice su definición. Todo ello sin perjuicio de que se deba valorar muy positivamente las iniciativas legales tendentes a la coordinación e intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad.

IV. RELACIÓN ENTRE PARCELACIÓN URBANÍSTICA Y DIVISIÓN O SEGREGACIÓN DE FINCAS

El tema que estamos analizando también plantea otra interesante controversia: la relación existente entre los términos «parcelación urbanística» y «división o segregación».

Como punto de partida, hemos de reseñar que con frecuencia se identifica precipitadamente parcelación con división de fincas. De hecho, en la definición que aparece recogida en el artículo 66.1 de la LOUA, se emplea la expresión *división simultánea o sucesiva* de terrenos, fincas o parcelas.

No obstante, más bien parece que nos encontramos ante conceptos que, si bien están íntimamente conectados entre sí, han nacido en ámbitos jurídicos distintos. La parcelación nos remite al Derecho Urbanístico y la división o segregación al Derecho Registral Inmobiliario.

La DGRN también se ha pronunciado acerca de esta cuestión, si bien de forma contradictoria. En algunas ocasiones entiende el Centro Directivo que «parcelación» resulta más amplio que «división o segregación» (25), pero la Resolución de 14 de noviembre de 2006 sostiene justamente lo contrario (26).

Según nuestro criterio, consideramos que hay supuestos en los que existe parcelación urbanística sin que se produzca división o segregación de fincas y otros en los que se produce división o segregación registral sin que tenga lugar una parcelación.

Un ejemplo de la primera hipótesis lo tenemos en las presunciones de acto parcelatorio que surgen cuando se transmiten cuotas indivisas de un inmueble a varias personas atribuyendo el uso exclusivo de ciertas zonas de terreno, como establece el artículo 66.2 LOUA. Salvo prueba en contrario, se ha producido una parcelación urbanística aunque no haya tenido lugar la división o segregación de la finca registral, habida cuenta de que la titularidad de la misma corresponde a una comunidad de propietarios que no ha procedido a su fraccionamiento jurídico desde el punto de vista tabular (27).

(25) Así lo afirma la Resolución 1/2005, de 23 de julio, FJ 5.

(26) «...precepto que está referido no solo al concepto de parcelación urbanística, sino a los más genéricos de división o segregación» (FJ 2).

(27) En este sentido, resulta clarificadora la Resolución de 14 de julio de 2009, contestando a una consulta del Ilustre Colegio de Notarios de Andalucía (FJ 3): «el concepto de parcelación urbanística (...) ha trascendido la estricta división material de las fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen

La segunda posibilidad se puede ejemplificar en las divisiones de fincas en suelo no urbanizable que, atendiendo a las circunstancias de emplazamiento, superficie y otras concurrentes, no impliquen la formación de un núcleo de población. En este caso, si bien ha tenido lugar una división o segregación registral no concurren los requisitos exigidos para que alcance la consideración de parcelación urbanística (28).

En conclusión, los conceptos de parcelación urbanística y división o segregación de fincas, si bien resultan coincidentes en la mayoría de los casos, también pueden mostrar divergencias en otros supuestos, por lo que nos encontraríamos, utilizando una terminología geométrica, ante dos círculos secantes y no concéntricos.

V. PRESUNCIONES DE PARCELACIÓN URBANÍSTICA

El artículo 66.2 de la LOUA establece unos supuestos en los que presume la existencia de parcelación urbanística. Dicha lista ha sido incluso incrementada por el artículo 8.a) RDUa.

En primer lugar, cabe preguntarse la naturaleza de dicha presunción. Aunque el precepto no lo revela de forma expresa, la doctrina sostiene que tiene carácter *iuris tantum* con posibilidad de ser destruida mediante la correspondiente prueba en contrario de los interesados (29).

La Resolución 3/2005, de 25 de mayo, declara: «*Contiene [el art. 66.2 LOUA], consecuentemente, una presunción legal de parcelación urbanística, que únicamente podrá ser desvirtuada en el correspondiente procedimiento administrativo o jurisdiccional*» (FJ 3), y la 2/2005, de 30 de mayo, que «*...tiene razón la Registradora de la Propiedad cuando entiende que debe destruirse esa presunción que establece dicho precepto al considerar, como actos reveladores de una posible parcelación urbanística, aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde un uso individualizado de una parte de terreno o equivalente*» (FJ 3).

Según se deduce de lo expuesto, también la DGRN considera que las presunciones que se regulan en el artículo 66.2 LOUA pueden ser destruidas mediante prueba contradictoria.

A continuación, procederemos a examinar algunos de los supuestos de hecho que dan lugar a parcelación urbanística y que han sido objeto de sendas resoluciones.

En primer lugar, analizaremos la enajenación de cuotas indivisas sobre uno o varios inmuebles.

Las Resoluciones de 7, 8 y 18 de abril de 2005 tienen como objeto la compraventa de cuotas indivisas de una finca, adquiridas por un matrimonio para

de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos».

(28) En el caso de fragmentación de fincas rústicas, no resulta infrecuente que los Ayuntamientos otorguen licencias de división o segregación a los interesados. Sin embargo, lo que procedería es extender la correspondiente declaración de innecesariedad, ya que las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable son nulas de pleno derecho (art. 68.2 LOUA). No es baladí que dentro de la enumeración de las clases de licencias contenida en los artículos 169 LOUA y 7 RDUa no se mencione ninguna que responda a dicha terminología.

(29) ROMERO GÓMEZ, F., *op. cit.*, pág. 677.

su sociedad de gananciales, a favor de otros cónyuges que se encontraban bajo dicho régimen económico-matrimonial. En ellas se procede a aplicar la presunción de parcelación urbanística regulada en el artículo 66.2 LOUA y confirmada por la presentación en el Registro, con antelación a la entrada de la escritura de enajenación, de un Certificado del Ayuntamiento donde se pone de manifiesto la existencia de una posible parcelación ilegal que ha motivado la apertura de los correspondientes expedientes sancionadores. A lo anterior debemos añadir que se utiliza por los recurrentes el subterfugio de declarar en el documento notarial que, con dicha enajenación, ninguno de los interesados adquiriría el uso individualizado de una parte de la finca. Precisamente estas manifestaciones darían lugar a que en la reforma de la LOUA, llevada a cabo por el artículo 25 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo, se añadiera al artículo 66.2 la frase: «*sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación*».

De modo paralelo, la Resolución de 30 de enero de 2008 contempla la donación de la octava parte indivisa de una finca rústica que se realiza por parte de una tía a sus cinco sobrinos carnales por parte iguales, resultando de aplicación, *mutatis mutandis*, lo expuesto en el párrafo anterior.

Una cuestión de singular importancia es si la simple compraventa de cuotas indivisas de una finca implica parcelación urbanística.

Sobre este punto, la doctrina de la DGRN establece una serie de conclusiones que procedemos a enumerar (30):

- La enajenación de una cuota indivisa del inmueble, por sí sola y sin otras circunstancias concurrentes, no implica parcelación ilegal.
- Sin embargo, cuando la venta de cuotas viene acompañada de la atribución de uso exclusivo de una fracción del inmueble o de otros elementos de juicio que revelen la concurrencia de dicha infracción urbanística —por ejemplo: escritura de obra nueva de una construcción destinada a vivienda habitual otorgada en la misma fecha de la compraventa, exoneración del seguro decenal efectuado por el comprador al vendedor alegando haberse realizado la construcción en autopromoción para destinarla a vivienda de uso propio y exclusivo, o notas registrales de información continuada con advertencias contra una posible parcelación ilegal— nos encontraremos ante un parcelación prohibida por el ordenamiento.

La postura de la Dirección General trasluce la necesidad de guardar un equilibrio entre la libertad y seguridad jurídica del tráfico inmobiliario privado y la defensa de la disciplina urbanística, de ahí la exigencia de que la calificación registral cuente con ciertos indicios complementarios para incluir la enajenación de cuotas dentro de los casos de parcelación ilegal (31).

(30) Resoluciones de 10 de octubre de 2005 (FJ 2) y 12 de julio de 2010 (FFJJ 5 y 7).

(31) ARNAIZ EGUREN, R., *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 541, mantiene que en la interpretación del derogado artículo 259.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, debe realizarse teniendo en cuenta la confrontación de dos criterios: mantenimiento de la legalidad urbanística frente a la seguridad y protección de preventiva de la titularidad privada. Esta misma tensión es la que se deduce del análisis de las Resoluciones de la DGRN en relación con la enajenación de cuotas *pro indiviso* de inmuebles.

Otro de los supuestos que pueden dar lugar a la presunción de parcelación urbanística es el empleo de la propiedad horizontal. En este sentido podemos mencionar las Resoluciones 2/2005, de 30 de mayo y 1/2005, de 31 de mayo.

En todas ellas se hace referencia a la pretensión de inscribir sendas escrituras de declaración de obra nueva y división «vertical», procediendo a la «parcelación vertical y división por departamentos» de un edificio en dos viviendas mediante la enajenación de una de ellas y la constitución de la correspondiente comunidad en régimen de propiedad horizontal, negándose a ello la Registradora por dos razones: la existencia de una presunción de parcelación en suelo no urbanizable y la carencia de la declaración de innecesariedad que requiere el artículo 66.3 LOUA.

La DGRN resuelve la cuestión ciñéndose a la normativa urbanística autonómica, entendiendo que estos casos entran de lleno en las presunciones de parcelación legalmente establecidas y confirmando la calificación de la Registradora, puesto que no se ha presentado en el Registro la correspondiente declaración, todo ello con el fin de «no sustraer al Ayuntamiento la posibilidad de llevar a término, mediante la expedición del certificado de innecesariedad, su labor de control preventivo de legalidad urbanística» (32).

La misma línea argumental se sigue por la Resolución de 16 de julio de 2005. Los antecedentes de hecho parten de una finca en suelo urbano que pertenece a varios dueños *pro indiviso*, los cuales segregan una parte de la misma para cederla unilateralmente al Ayuntamiento, y el resto lo dividen en ocho parcelas a las que se pretende dar el carácter de «propiedad horizontal tumbada». La respuesta del Centro Directivo señala que para ser una verdadera propiedad horizontal resulta imprescindible que las distintas porciones carezcan de autonomía entre sí, puesto que si nos encontramos ante objetos jurídicos nuevos y totalmente independientes, como resulta en el presente caso, se trata de una auténtica división de terrenos, cualquiera que sea la denominación o «el mecanismo jurídico bajo el que se pretenda encubrir» y, por lo tanto, requiere la correspondiente licencia de parcelación (33).

De acuerdo con la opinión sostenida por CAMY ESCOBAR (34), entendemos que realmente la Dirección General quiso aplicar, sin mencionarlo, el mecanismo del fraude de ley (art. 6.4 del CC), para así evitar que abusando de ciertas instituciones —como la propiedad horizontal,— se pretendiera eludir la normativa urbanística aplicable a las parcelaciones.

En este mismo sentido, cabe añadir que el artículo 66.2 LOUA prevé la interposición de la división horizontal con el fin de eludir el control administrativo establecido para la salvaguarda de la legalidad, mencionando su empleo como un acto revelador de una posible parcelación urbanística.

Sin embargo este criterio aparece contradicho por la reciente Resolución de 14 de enero de 2010, que pasamos a comentar a continuación (35).

(32) Resoluciones 2/2005, de 30 de mayo, FJ 3; 1/2005, de 31 de mayo, FJ 5; y de 31 de mayo de 2005, FJ 3.

(33) Resolución de 16 de julio de 2005, FJ 3.

(34) CAMY ESCOBAR, J., *La calificación registral de los actos de parcelación urbanística en Andalucía* (<http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2011%20JESUS%20CAMY%20LA%20CALIFICACION%20REGISTRAL%20DE%20LOS%20ACTOS%20DE%20PARCELACION%20URBANISTICA%20Ver1.pdf>), págs. 120-123.

(35) Este pronunciamiento ha sido objeto de recurso ante la jurisdicción ordinaria.

En la misma se hace referencia a una vivienda calificada como unifamiliar la cual pertenece *pro indiviso* a dos hermanos y está localizada en suelo urbano. Posteriormente ambos declaran una obra nueva de ampliación de la misma y, ya ampliada, la dividen en dos viviendas en régimen de propiedad horizontal. El Registrador deniega la inscripción al entender que resulta exigible la correspondiente licencia de parcelación.

La Dirección General entiende que la escritura es inscribible sin necesidad de exigir dicha licencia por las razones que pasamos a exponer, contenidas en el Fundamento de Derecho Segundo.

Primeramente, el artículo 66.2 LOUA, en el que se establecen las presunciones de parcelaciones urbanísticas es exclusivamente aplicable a terrenos, fincas o parcelas, pero no a una edificación.

En segundo lugar, no se puede hablar en el presente caso de posibilidad de nuevos asentamientos, ya que no nos encontramos ante una construcción en suelo no urbanizable.

Considero que no resulta posible compartir el razonamiento que se mantiene en la resolución, precisamente por los argumentos que procedo a enumerar:

- a) Respecto a la interpretación literal del artículo 66.2 LOUA, en el mismo se establece como un posible supuesto de parcelación urbanística la interposición de divisiones horizontales de un terreno, fincas o parcelas. Si acudimos al concepto de finca, regulado en el artículo 17.1.a) del TRLS, se define como tal «*la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o a varios en proindiviso*». Por lo tanto, en la referencia a la finca deben entenderse incluidas las edificaciones que sobre la misma se realicen, de acuerdo con la definición que de la misma se nos brinda en la normativa básica estatal.
- b) El requisito de dar lugar a la formación de nuevos asentamientos solo se exige para la parcelación en suelo no urbanizable [art. 66.1.b) LOUA], pero no para la que tenga lugar en suelo urbano [art. 66.1.a) LOUA] como sucede en el presente caso.
- c) La reforma del artículo 66.2 de la LOUA por la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, implicó la aplicabilidad de las presunciones de parcelación urbanística a toda clase de suelo y no solo al clasificado como no urbanizable (36).
- d) Desde el punto de vista teleológico, resulta evidente que el fin pretendido por el legislador autonómico con la enumeración de presunciones contenidas en los artículos 66.2 LOUA y 8.1.a) del RDUa es comprender el mayor número posible de supuestos en los que se proceda a la atribución de partes distintas de un inmueble al disfrute exclusivo de

(36) Ello se deriva de la sustitución de la antigua expresión «*En esta clase de suelo*» [no urbanizable] por la frase «*Se consideran actos reveladores de una posible parcelación*» en la que no se hace referencia alguna a la clasificación del suelo, y por la redacción que se da al párrafo final —«*En tales casos será también de aplicación lo dispuesto en esta ley para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de la que se trate*»—, que modifica al que anteriormente mencionaba solo las parcelaciones que se verificaran «*en esa clase de suelo*» [no urbanizable]. Ambos cambios, introducidos en la nueva redacción del precepto por la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, sirven de fundamento para interpretar que la *voluntas legislatoris* no era la de limitar el ámbito de las presunciones de parcelación al no urbanizable, sino extenderlo a toda clase de suelo. Cfr. ROMERO MUÑOZ, F., *op. cit.*, págs. 676-677, quien considera que dichas presunciones solo resultan aplicables al suelo no urbanizable.

varios propietarios, evitando así el recurso a figuras interpuestas con finalidad fraudulenta.

- e) Por último, en el artículo 66.2 LOUA no se distingue expresamente entre fincas edificadas o sin edificar y, de acuerdo con el famoso aforismo latino, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Asimismo, a mi modesto entender, la postura que se mantiene en esta última resolución puede entenderse como una «involución» respecto a la línea doctrinal contenida en anteriores pronunciamientos de la DGRN —ya examinados— mediante la que se ha interpretado de una manera adecuada el valor y alcance de las presunciones reguladas en el artículo 66.2 LOUA que constituyen, no lo olvidemos, un instrumento decisivo para la defensa de la legalidad urbanística en esta materia.

Finalmente, reseñar que el criterio sostenido en esta última resolución ha sido rectificado por la de 12 de septiembre de 2011, entendiendo el Centro Directivo, sobre la base del artículo 66.2 LOUA, que la división horizontal de una vivienda familiar en dos viviendas constituye un acto sujeto a licencia urbanística.

VI. LICENCIAS DE PARCELACIÓN Y SILENCIO POSITIVO

La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009 (37), dictada a raíz de un recurso de casación para unificación de la doctrina sobre la correcta interpretación del artículo 242.6 del Real Decreto Legislativo 1/1992, ha tenido repercusión directa en la doctrina del DGRN.

En dicha resolución judicial, el Tribunal Supremo establece que, de acuerdo con el mencionado precepto, no cabe la posibilidad de adquirir licencias urbanísticas por silencio administrativo cuando las mismas resulten contrarias a la ordenación territorial o urbanística, casando así la sentencia que, en sentido contrario, había dictado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga.

Esta trascendental decisión judicial ha sido recogida en las Resoluciones de 15 de septiembre de 2009, 17 de junio de 2010 y 27 de octubre de 2010, indicándose expresamente que dicha jurisprudencia no puede ser ignorada ni por dicho Centro Directivo, ni por los Notarios o Registradores.

Además se lleva a cabo una exposición de la postura, mantenida por la DGRN anteriormente, según la cual se entendía que resultaba plenamente admisible la adquisición de licencias por silencio positivo, sin que el Registrador pudiera entrar a valorar la contradicción de la misma con la ordenación urbanística, ya que carecía de elementos de juicio necesarios para apreciar si el derecho adquirido por silencio resultaba o no contrario al planeamiento municipal (38).

No obstante, dicha línea argumental ha de entenderse superada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, y en este sentido se manifiestan las resoluciones más recientes.

Concretamente, la Resolución de 15 de septiembre de 2009 argumenta en su Fundamento Jurídico Cuarto que, frente a la carencia de elementos de juicio a la que hacía referencia la doctrina anterior, cabría la posibilidad de acudir al

(37) RJ 2009/1471.

(38) Vid. Resolución de 17 de junio de 2010, FJ 3.

artículo 19.4 del TRLS, de forma que los Notarios, antes de proceder al otorgamiento de la escritura de enajenación, tienen la facultad de solicitar de la Administración Pública competente información telemática o informe escrito sobre la situación urbanística de las fincas en cuestión y sobre los derechos y obligaciones a los que estén afectas con carácter real (39).

Del mismo modo, manifiesta el Centro Directivo la imposibilidad de que pueda operar el silencio administrativo positivo respecto a la licencia de segregación que el recurrente entiende adquirida a través de dicha ficción legal, máxime con la presentación en el Registro de una certificación del Ayuntamiento por la que se solicita la práctica de anotación preventiva con prohibición de disponer, conforme al artículo 79.5 RHU (40).

Por otro lado, la Resolución de 17 de junio de 2010, además de incorporar los razonamientos incluidos en la previamente citada respecto a la incorporación de la nueva jurisprudencia en materia de silencio positivo (FJ 4), los aplica respecto a una declaración de innecesariedad que se invoca por parte del interesado, apoyándose en un informe de la Asesoría Jurídica municipal por el que se comunica al Registro que la escritura que se pretende inscribir tiene por objeto una finca que se encuentra en suelo no urbanizable de especial protección donde están prohibidas las parcelaciones urbanísticas, constando abierto un expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística y la existencia de indicios de formación de un núcleo de población (FJ 6).

Por último, la Resolución de 27 de octubre de 2010 parte de un caso en el que existe incluso una resolución expresa del Ayuntamiento, dictada dentro del plazo legal, en el que se deniega la declaración de innecesariedad (FFJJ 2 y 4). No obstante, se aprovecha el supuesto planteado para subrayar la doctrina jurisprudencial sobre la imposibilidad de adquirir facultades urbanísticas en contra de la ordenación territorial o urbanística vigente (FJ 3).

De acuerdo con la doctrina mantenida por la DGRN en estos últimos pronunciamientos, resulta claro el cambio de criterio que se ha experimentado a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La valoración acerca de este cambio de criterio por parte del Centro Directivo ha de ser positiva, tanto por seguir un criterio uniforme con los pronunciamientos jurisprudenciales dictados en unificación de doctrina, contribuyendo así a un incremento de la seguridad jurídica, como por el hecho de constituir un claro avance en el intento de que la realidad registral se acompase con la legalidad, disminuyendo así las posibilidades de acudir a tan prestigiosa institución con el fin de burlar las disposiciones de la disciplina urbanística.

En este sentido, cobran singular importancia las certificaciones de las Corporaciones Locales para apreciar la adecuación al ordenamiento urbanístico de las licencias o declaraciones de innecesariedad que se pretenden adquiridas por silencio positivo. Dichos certificados se remiten dentro del marco de cooperación que se establece entre Registro de la Propiedad y Ayuntamientos al amparo del artículo 79 RHU, objeto de estudio en el apartado siguiente.

(39) No debemos olvidar que, de acuerdo con el artículo 19.2 TRLS, también deben constar dichas circunstancias en el título de enajenación sujeto a inscripción, en los supuestos enumerados en dicho precepto: terrenos no susceptibles de uso privado o edificación, sujetos a actuaciones de transformación urbanística, con edificaciones en situación de fuera de ordenación o destinados a la construcción de viviendas sometidas a un régimen de protección pública con precios máximos de venta, alquiler u otras formas de acceso.

(40) Resolución de 15 de septiembre de 2009, FJ 5.

VII. COMUNICACIONES DE LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD CON LOS AYUNTAMIENTOS Y LA JUNTA DE ANDALUCÍA (ARTS. 79 Y 80 DEL RHU) (41)

El RHU incorpora, como novedad importante, un régimen de comunicaciones de los Registradores con los Ayuntamientos (art. 79) y con las Consejerías autonómicas competentes en materia de Agricultura (art. 80) para aquellos casos en los que se proceda a la división o segregación de fincas en suelo no urbanizable que den lugar, bien a parcelas resultantes con una extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, bien a parcelas con una superficie superior pero que pueden inducir a la formación de nuevos núcleos de población, según el criterio del Registrador.

Comenzaremos por los pronunciamientos de la DGRN acerca de las especialidades en la aplicación e interpretación del artículo 79 RHU (42). Resumidamente, sus razonamientos son los siguientes:

- a) En relación con la comunicación por parte del Ayuntamiento sobre la existencia de peligro de formación de un núcleo de población o de posible parcelación ilegal, mediante certificación extendida por el órgano local competente previa audiencia de los interesados (79.3 RHU), se entiende cumplida dicha exigencia cuando la Corporación Local remite certificado de la solicitud de anotación preventiva de prohibición absoluta de disponer, ya que la voluntad municipal manifestada en este documento implica necesariamente la disconformidad del acto de división o segregación con la legalidad vigente (43).
- b) Asimismo se afirma que, para denegar de forma definitiva los asientos solicitados por los interesados al conculcar la disciplina urbanística en materia de parcelaciones, se requiere la presentación de una certificación del Ayuntamiento en la que se acredite el inicio del correspondiente procedimiento sancionador y que se inste la práctica de una anotación preventiva con efectos de prohibición absoluta de disponer (art. 79.5 RHU), ya que la simple presentación de un certificado en el que la autoridad municipal competente se limite a expresar la existencia del peligro de formación de un núcleo de población o de la posible ilegalidad de la parcelación (art. 79.3 RHU) tan solo dará lugar a que se deniegue la práctica del asiento solicitado provisionalmente, durante el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de la nota marginal que se fija para presentar la primera de las certificaciones aludidas en dicho párrafo, transcurrido el cual se procederá a la oportuna inscripción (44). Las ra-

(41) El Anteproyecto del Reglamento de la Ley del Suelo (http://www.urbanismo.com/wp-content/uploads/2010/10/1027_reglamento.pdf) anuncia la derogación expresa de estos preceptos.

(42) Según CAMY ESCOBAR, J., «La calificación registral de los actos de parcelación urbanística en Andalucía», *op. cit.*, pág. 31, de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, se debe entender que el artículo 79 RHU no se encuentra vigente, ya que los artículos 17.2 TRLS y 66 LOUA exigen licencia o declaración de innecesariedad para toda segregación o división.

(43) Resolución de 15 de septiembre de 2009, FJ 5.

(44) Resoluciones de 30 de enero de 2008, FJ 4; y de 7 y 8 de abril de 2005, FJ 4: «En efecto, si la afirmación (en el correspondiente acuerdo municipal) de la existencia de peligro de formación de núcleo urbano, o de posible parcelación ilegal, comporta que el

zonas que fundamentan dicha postura son la interpretación conjunta de los diversos apartados del artículo que estamos analizando y las necesidades que se derivan de la seguridad y celeridad del tráfico jurídico (45).

- c) La doctrina establecida en la letra anterior no resulta de aplicación, lógicamente, cuando el certificado acreditativo de la incoación del expediente con solicitud de la anotación preventiva haya tenido acceso al Registro de la Propiedad con carácter previo a la presentación del título de enajenación revelador de la parcelación (46).

A continuación pasamos a reseñar la doctrina que adopta la DGRN respecto a las comunicaciones que los Registradores remiten a la Consejería de Agricultura cuando se aprecia que las parcelas resultantes de la segregación tienen una superficie inferior a la unidad mínima de cultivo (47) (art. 80 RHU).

En las Resoluciones de 22 de marzo de 2004, 24 de mayo de 2006 y 14 de noviembre de 2006 se analizan segregaciones de fincas rústicas en las que existen construcciones de vivienda unifamiliar, en los dos primeros casos, y naves de uso industrial, en el último. En todos ellos, la DGRN entiende que no resulta aplicable la nulidad de pleno derecho que señala el artículo 24.2 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias, al concurrir la excepción prevista en el artículo 25.b) del mismo cuerpo legal, según el cual se permite la división o segregación si la porción segregada se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente, a edificación o construcción permanente, a fines industriales u otros de carácter no agrario, previa la correspondiente licencia urbanística.

Siguiendo este mismo razonamiento, el Centro Directivo sostiene que, al concurrir dicho supuesto excepcional, lo que corresponde es aplicar la normativa urbanística (48). En consecuencia, si la normativa autonómica prescribe que tales actos requieren la oportuna licencia y la misma ha de ser otorgada por los muni-

Registrador (*que previamente habrá dirigido a la Corporación Municipal la comunicación prevista en el apartado 1.º del citado art. 79*) haya de denegar la inscripción de las operaciones solicitadas de manera provisional (en tanto no se presente en el Registro el documento acreditativo de incoación del expediente a que se refiere el apartado 5.º del precepto, *con efectos de prohibición de disponer*)...».

(45) Resolución de 30 de enero de 2008, FJ 5.

(46) Resoluciones de 7, 8 y 18 de abril de 2005, FFJJ 4.

(47) Artículo 23.1 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias: «A los efectos de esta ley se entiende por unidad mínima de cultivo, la superficie suficiente que debe tener la finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuentas las características socioeconómicas de la agricultura en la zona o comarca». La extensión de dichas unidades mínimas de cultivo en la Comunidad Autónoma de Andalucía se encuentra regulada en la Resolución de 4 de noviembre de 1996 de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales de la Consejería de Agricultura (BOJA 136, de 26 de noviembre de 1996).

(48) En contra del criterio adoptado por el Centro Directivo, se manifiesta CAMY ESCOBAR, J., «La calificación registral de los actos de parcelación urbanística en Andalucía», *op. cit.*, págs. 55-61, entendiendo que los supuestos analizados en dichas resoluciones no deben incluirse propiamente dentro de las excepciones previstas en el artículo 25.b) de la Ley 19/1995 ya que, para alcanzar dichas edificaciones el carácter de viviendas en suelo no urbanizable —con la consiguiente aplicación de la normativa urbanística y exclusión de la agraria— es necesario que se cumplan los requisitos formales que para ello exigen los artículos 42.3 y 52 B) de la LOUA: obtención de licencia y previa aprobación del Proyecto de Actuación o Plan Especial, lo cual no sucedió en dichos casos.

cipios (art. 66 LOUA), debe concluirse que «*obtenida tal licencia, el documento de segregación es perfectamente inscribible, sin perjuicio de que, si la licencia es nula, pueda ser impugnada por el procedimiento y con los efectos legalmente establecidos, sin que baste una simple declaración de nulidad de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía*» (49).

Sin embargo, esta última aseveración entendemos que no se puede mantener en la actualidad con la generalidad con la que aparece reflejada en las comentadas resoluciones. Como ya hemos podido examinar en el apartado VI del presente trabajo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, impide la adquisición de derechos por silencio positivo en contra de la ordenación territorial o urbanística, criterio que ha sido plenamente asumido por la DGRN. Por lo tanto, la doctrina de que, obtenida la licencia de parcelación o declaración de innecesariedad y existiendo construcciones en la finca, procede practicar simple y llanamente la inscripción, debe excluirse en el supuesto de que aquellas hayan sido obtenidas de forma tácita y vulnerasen la ley o el planeamiento, ya que en este caso lo pertinente sería denegar la inscripción.

Así pues, hemos de concluir que la doctrina mantenida por el Centro Directivo sobre la aplicación del artículo 80 del RHU en relación con la excepción del artículo 25.b) de la Ley 19/1995, debe entenderse modificada en el supuesto de licencias o declaraciones de innecesariedad adquiridas por silencio positivo y contrarias a la ordenación territorial o urbanística, de acuerdo con el artículo 8.1.b) del TRLS y la mencionada sentencia dictada por el tribunal casacional (50).

No obstante, parece que soplan nuevos vientos en relación con esta cuestión. La Resolución de 1 de agosto de 2011 señala que, en el caso de que la Consejería competente en materia de Agricultura declare la nulidad de la segregación efectuada por conculcar la unidad mínima de cultivo, procede la denegación de la inscripción, máxime cuando en el título inscribible no se contenía mención expresa a la excepción del artículo 25.b) de la Ley 19/1995, ni existe reflejo de la edificación en el asiento registral o su declaración en debida forma en el propio título, correspondiendo a dicho órgano autonómico apreciar si se da o no la excepción recogida en el citado precepto (FJ 3).

Otro problema que surge tangencialmente, como consecuencia de las comunicaciones que se giran entre Registradores y Ayuntamientos, *ex* artículo 79 RHU, es la relación cronológica entre el momento previo en el que acceden los títulos de los interesados al Registro y el posterior en el que las comunicaciones municipales llegan a dicha oficina, o lo que es lo mismo, la influencia del principio de prioridad a la hora de proceder a la calificación de las escrituras de división o segregación registradas.

En las Resoluciones de 7, 8 y 18 de abril de 2005 (FFJJ 4) se declara que propiamente no existe conflicto en cuanto a la aplicación del principio de prioridad registral y ello porque la certificación del inicio del expediente sancionador, expedida por el Ayuntamiento, accede al Registro con anterioridad a la escritura por la que se pretende enajenar una cuota indivisa de la finca, y por lo tanto «*ha*

(49) Resoluciones de 22 de marzo de 2004, FJ 2; de 24 de mayo de 2005, FJ 3; y de 14 de noviembre de 2006, FJ 2.

(50) ARNAIZ EGUREN, R., «Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad», *op. cit.*, pág. 232, cuestiona la vigencia del artículo 80 RHU, al entender que no es respetuoso con la distribución constitucional de competencias y resulta contradictorio con el artículo 17.2 TRLS.

de ser tenida en cuenta por el Registrador en su calificación en aras del cumplimiento de lo establecido por la legislación urbanística aplicable», habida cuenta de que el artículo 78 RHU exige el otorgamiento de la oportuna licencia o la declaración de innecesariedad para proceder a inscribir la división o segregación de terrenos, y en este caso no se ha acreditado ninguna de ellas.

Supuesto similar, aunque diferente, es el que nos muestra la Resolución de 15 de septiembre de 2009. En ella, la presentación del título en el Registro de la Propiedad tiene lugar dos días antes de la recepción del certificado elaborado por la Corporación Local en el que se solicita la práctica de anotación de prohibición de disponer al haberse iniciado procedimiento sancionador. La DGRN, sin perjuicio de reiterar su tradicional doctrina de que *«la calificación de un documento ha de realizarse en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular existente en el momento de su presentación en el Registro (arts. 24 y 25 de la Ley Hipotecaria), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos incompatibles presentados con posterioridad»*, entiende que la misma es perfectamente compatible con la denegación del asiento solicitado, dando así cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 79 RHU.

Si bien compartimos el razonamiento del Centro Directivo en ambos casos, entendemos que en este último es necesario hacer alguna precisión complementaria a su doctrina.

La calificación registral se funda en el principio general de que la misma se ha de verificar atendiendo a la situación tabular existente en el momento de practicarse el asiento de presentación y, por tanto, ignorando los títulos que accedan con posterioridad a la oficina. Sin embargo dicha regla tiene, entre otras, la siguiente excepción: no se debe consentir que la regla de la prioridad se aplique de forma tan rigurosa que impida al Registrador examinar otros documentos pendientes de despacho que puedan contribuir a una más acertada calificación, tal y como se expone en las Resoluciones de 16 de abril de 1910, 2 de diciembre de 1944, 31 de marzo de 1950, 22 de octubre de 1952, 14 de diciembre de 1955, 2 de marzo de 1962 y 26 de mayo de 1965, entre otras (51).

Por tanto, el caso que estamos analizando vendría a enmarcarse dentro de esta excepción, lo cual se encontraría plenamente justificado no solo por la literalidad del RHU sino por la necesidad de evitar que la calificación resultara defectuosa al no tomar en cuenta la certificación municipal presentada, de forma que ello desembocaría en un incremento posterior de la litigiosidad con el fin demandar la nulidad de lo inscrito, escenario que precisamente se pretende impedir desde la perspectiva de la seguridad jurídica preventiva, máxime cuando el documento municipal goza de la presunción de validez que se predica de los actos administrativos (art. 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

El fundamento último de esta postura, que aconseja evitar una aplicación estricta y rigurosa de la regla de prioridad en estos supuestos, lo expresa la DGRN de manera contundente: *«...por lo que se hace necesario que el título que acceda al registro cumpla con aquellos requisitos que imperativamente vengan establecidos por la legislación urbanística para tal finalidad»* (52).

(51) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, pág. 355. En fecha más reciente, este criterio ha sido ratificado por las Resoluciones de 2 de octubre de 1981 y 1 de junio de 1993.

(52) Resoluciones de 7, 8 y 18 de abril de 2005, FFJJ 4.

VIII. SEGURIDAD PREVENTIVA Y COLABORACIÓN

A nadie se le escapa que, para desarrollar las tareas de disciplina urbanística con eficacia, se requiere la concurrencia de dos elementos imprescindibles: la actuación preventiva frente a las actuaciones ilegales y la colaboración entre las distintas Administraciones y los profesionales implicados en el tráfico inmobiliario.

Como lógica consecuencia de lo anterior, el RDUa se ha hecho eco de ello en varias de sus disposiciones.

El artículo 2 señala, como uno de los principios que deben informar la disciplina urbanística, la intervención preventiva. Los artículos 1 y 4, respectivamente, consideran la intervención preventiva en los actos de edificación, construcción y uso del suelo, vuelo y subsuelo como un instrumento que habilita la intervención administrativa en materia de disciplina, y una potestad administrativa necesaria para el cumplimiento de la legislación y la ordenación urbanística.

Asimismo, el artículo 3 desarrolla el principio de cooperación y colaboración entre las Administraciones autonómica y locales y los distintos Colegios Profesionales en orden a conseguir una mayor eficacia en el cumplimiento de la normativa en materia de urbanismo (53). El artículo 28 declara que las Administraciones competentes procurarán la coordinación de su actuación administrativa con el Registro de la Propiedad, habilitándose al efecto los correspondientes convenios de colaboración y, en relación directa con la materia que estamos estudiando, declara la obligación de los Registradores de comunicar a la Consejería competente en materia de Urbanismo las solicitudes de inscripción de parcelaciones, cuando las mismas pudieran resultar contrarias a la ordenación territorial o urbanística (54).

Singular importancia tienen el artículo 3 respecto a los Notarios y Registradores quienes, en su doble condición de funcionarios y profesionales del derecho, se encuentran vinculados por este deber de colaboración.

De hecho, resulta evidente que en el control preventivo de las parcelaciones ilegales se pueden distinguir tres momentos durante los cuales se encuentran implicados los diferentes actores (55):

- La Administración local, al proceder al otorgamiento de las licencias o declaraciones de innecesariedad y la posterior revisión de las copias simples de las escrituras públicas que se le remitan (art. 66.4 y 5 LOUA).
- Los Notarios, al comprobar que las divisiones o segregaciones de fincas se encuentran acompañadas de las mencionadas licencia o declaración (arts. 17.2 TRLS, 66.4 LOUA y 78 RHU).
- Los Registradores que, además de asegurarse del cumplimiento de dicho requisito, podrán requerir el correspondiente informe al Ayuntamiento correspondiente en el caso de que, en parcelaciones en suelo no urbanizable,

(53) Este precepto no es más que una aplicación concreta de los principios de cooperación y colaboración institucional entre las Administraciones Públicas que se establece en los artículos 3 y 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 4 de la LOUA.

(54) El Colegio de Registradores de la Propiedad de Andalucía Occidental formuló una observación a este apartado, alegando que carecían de la información y los datos necesarios para saber en todo caso si las parcelaciones se ajustaban o no a la legalidad. La misma fue rechazada en aras de fomentar la máxima implicación de todos los intervinientes implicados en el cumplimiento y vigilancia de la disciplina urbanística.

(55) ROMERO GÓMEZ, F., *op. cit.*, págs. 680-687.

no se hubiera aportado licencia y se sospechase de la posible creación de nuevos asentamientos (art. 79 RHU) (56).

Es de justicia mencionar que, con carácter previo a dicha regulación, ya se reconoció de manera decidida por la DGRN el deber de colaboración de Notarios y Registradores en las labores de seguridad preventiva dirigidas a la protección de la legalidad urbanística, como expondremos a continuación.

El primer pronunciamiento acerca de esta cuestión, dentro del ámbito andaluz, aparece en la Resolución 2/2005, de 30 de mayo, en su Fundamento Jurídico Tercero donde, al comentar la importancia de los controles previos consistentes en el otorgamiento de licencias o declaraciones de innecesariedad por las Corporaciones Locales y la posterior remisión a las mismas de las copias simples otorgadas ante los Notarios, se insiste en esta idea: *«Obviamente, si una licencia concedida, o una declaración de innecesariedad, tienen estos fuertes condicionantes, con mayor rigor aún habrá que examinar los títulos que pretenden otorgarse, e inscribirse, sin cumplir estos controles previos; controles que, por lo demás, tienen pleno encaje —reforzándolo— en el cometido que, en pro de la seguridad jurídica preventiva, Notarios y Registradores han de desempeñar»* (57).

Aún más explícita resulta la Resolución 1/2005, de 23 de julio: *«Añádase también a lo anterior que, en materia de urbanismo, la actividad de Notarios y Registradores viene a tener, en cierto modo, un carácter complementario a la actividad de la Administración, reforzando el control de legalidad; legalidad que —no olvidemos— ha de examinarse, esencialmente, en clave de legislación autonómica»* (FJ 5). Igualmente diáfana resulta la Resolución de 14 de noviembre de 2006, al comentar la aplicación del artículo 78 RHU: *«Por lo demás, el control que en este ámbito se encomienda a Notarios y Registradores encaja en el cometido que, en pro de la seguridad jurídica preventiva, deben desempeñar»* (FJ 2). Por último, las Resoluciones de 15 de septiembre de 2009 (FJ 4), 17 de junio de 2010 (FJ 5) y 27 de octubre de 2010 (FJ 4) compendian y unifican las declaraciones que hasta ahora hemos reproducido: *«...rigor que, por lo demás, tiene pleno encaje en el cometido que, en pro de la seguridad jurídica preventiva, y en el marco del deber de colaboración con la Administración competente, deben desempeñar Notarios y Registradores»*.

De forma específica para los Notarios, la Resolución de 14 de julio de 2009, dictada como respuesta a una consulta del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, declara: *«...obliga al Notario, en su condición de funcionario público, a velar por la regularidad, no solo formal sino también material del otorgamiento, con la consiguiente imposición de un deber especial de colaboración con las autoridades administrativas (...) subsiste su deber de colaboración con la Administración que puede plasmarse en comunicación que realice a la autoridad urbanística competente del hecho del otorgamiento de la escritura o en la consulta previa sobre la voluntad de otorgarla»* (FJ 4).

(56) Resolución 3/2005, de 25 de julio, FJ 3: *«...la exigencia de la aportación de la licencia o declaración de innecesariedad se deduce de los artículos 66.3 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, instaurando un régimen administrativo de intensidad superior a la pura sanción urbanística y se adentra en las exigencias de fiscalización municipal previa a la inscripción en aras a que accedan al Registro solo los actos válidos y con plena cobertura normativa»*.

(57) Idéntica referencia se repite en las Resoluciones de 31 de mayo de 2005, FJ 3; 1/2005, de 31 de mayo, FJ 3; y de 12 de julio de 2010, FJ 3.

Otro tema objeto de estudio por la doctrina de la DGRN ha sido el alcance de la actuación del Notario ante la presentación de escrituras de división o segregación de terrenos que carezca de la correspondiente licencia o declaración de innecesariedad.

Centrándose en el estudio del vigente artículo 17 TRLS (58), ARNÁIZ EGUREN sostiene que la carencia de autorización administrativa en estos documentos públicos daría lugar a una denegación de acceso del título al Registro de la Propiedad, pero no implicaría de forma concluyente que el Notario deba abstenerse de formalizar la escritura (59).

No obstante, consideramos que esta opinión no puede mantenerse respecto de los actos de parcelación sin licencia o declaración de innecesariedad que se pretendan formalizar en nuestra Comunidad Autónoma, ya que los mismos, además del mencionado cierre registral, deben provocar la abstención notarial (60). Para ello nos basamos en los mismos argumentos que utiliza el Centro Directivo (61):

- El carácter terminante e imperativo del artículo 66.4 de la LOUA: «*No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de innecesariedad, que los Notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente*».
- Relacionado con lo anterior, el artículo 3.3 del Reglamento Notarial señala que el Notario está obligado a autorizar las escrituras para las que sea requerido, salvo que exista una causa legal que les obligue a excusar su ministerio. Dicha causa la constituye el precepto mencionado en el párrafo precedente.

Como resumen de lo expuesto en el presente apartado, podemos extraer las siguientes ideas básicas:

- a) La seguridad jurídica preventiva en materia de parcelaciones tiene una pluralidad de agentes que intervienen en la misma: Administraciones locales y autonómica, Notarios y Registradores.
- b) Sobre Notarios y Registradores recae el deber de colaborar con la Administración competente.
- c) La intervención notarial y registral en materia de parcelaciones urbanísticas debe realizarse de forma complementaria —y por tanto coordinada— con la Administración, para así garantizar el control de la legalidad.

(58) Artículo 17.2, inciso segundo, TRLS: «*en la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción*».

(59) ARNÁIZ EGUREN, R., «Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad», *op. cit.*, pág. 229. Según este autor, la diferencia de tratamiento legal se debe a la peculiaridad de la función notarial, habida cuenta del régimen de libre elección de fedatario existente en nuestro país, y a la escasa trascendencia práctica de la escritura si no consigue acceder al Registro.

(60) La misma opinión comparte GONZÁLEZ SALINAS, J., en AA.VV., GONZÁLEZ PÉREZ, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley del Suelo*, vol. I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 854, afirmando incluso que dicha abstención del fedatario constituye una exigencia impuesta por las distintas leyes del suelo desde el año 1956.

(61) Resolución de 14 de julio de 2009, FJ 4.

Por último, hemos de añadir que las previsiones contenidas en las Resoluciones de la DGRN tienen pleno encaje en la normativa vigente en materia urbanística.

IX. CONCLUSIONES

- La doctrina de la DGRN, en relación con el ejercicio de la disciplina urbanística en materia de parcelaciones, se encuentra en absoluta sintonía con la jurisprudencia constitucional respecto a la distribución de títulos competenciales entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Los conceptos de parcelación y división o segregación de fincas, si bien se encuentran estrechamente vinculados entre sí, no son absolutamente coincidentes. Hay supuestos de parcelación urbanística que no implican fraccionamiento físico y viceversa.
- El Centro Directivo también reconoce y aplica las presunciones de parcelación urbanística *iuris tantum* a supuestos de atribución de cuotas indivisas y constitución de división horizontal en fincas registrales.
- La DGRN ha revisado su anterior doctrina respecto a la adquisición de licencias urbanísticas por silencio positivo, adaptándose a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones y ratificada definitivamente por la de 28 de enero de 2009, dictada a resultas de un recurso de casación para la unificación de doctrina.
- Las certificaciones remitidas por la Administración local y las peticiones de cierre registral mediante anotación preventiva cobran una singular importancia en el cumplimiento de los deberes de comunicación de los artículos 79 y 80 RHU.
- En las resoluciones comentadas se insiste de una manera clara en el deber de colaboración de los Registradores y Notarios con la actuación administrativa, así como en su labor de control de la legalidad en las actuaciones de parcelación, íntimamente ligada a la seguridad jurídica preventiva y a una adecuada protección de la legalidad urbanística. Esta línea coincide fielmente con los principios consagrados en el reciente RDUA.
- En Andalucía, las divisiones o segregaciones de inmuebles que carezcan de licencia o declaración de innecesariedad generan la abstención del fedatario público en cuanto a su formalización documental, además del consiguiente cierre registral.

X. RELACIÓN DE RESOLUCIONES DE LA DGRN COMENTADAS

- Resolución de 22 de marzo de 2004 (BOE de 24 de abril de 2004).
- Resolución de 7 de abril de 2005 (BOE de 3 de junio de 2005).
- Resolución de 8 de abril de 2005 (BOE de 3 de junio de 2005).
- Resolución de 18 de abril de 2005 (BOE de 3 de junio de 2005).
- Resolución 1/2005, de 23 de julio (BOE de 13 de octubre de 2005).
- Resolución 3/2005, de 25 de mayo (BOE de 9 de agosto de 2005).
- Resolución 2/2005, de 30 de mayo (BOE de 10 de agosto de 2005).
- Resolución 1/2005, de 31 de mayo (BOE de 6 de agosto de 2005).
- Resolución de 24 de mayo de 2005 (BOE de 6 de agosto de 2005).
- Resolución de 31 de mayo de 2005 (BOE de 9 de agosto de 2005).
- Resolución de 16 de julio de 2005 (BOE de 13 de septiembre de 2005).

- Resolución de 10 de octubre de 2005 (BOE de 23 de noviembre de 2005).
- Resolución de 14 de noviembre de 2006 (BOE de 30 de noviembre de 2006).
- Resolución de 30 de enero de 2008 (BOE de 20 de febrero de 2008).
- Resolución de 14 de julio de 2009, en contestación a una consulta del Ilustre Colegio de Notarios de Andalucía.
- Resolución de 15 de septiembre de 2009 (BOE de 7 de octubre de 2009).
- Resolución de 14 de enero de 2010 (BOE de 19 de febrero de 2010).
- Resolución de 17 de junio de 2010 (BOE de 9 de agosto de 2010).
- Resolución de 12 de julio de 2010 (BOE de 18 de septiembre de 2010).
- Resolución de 27 de octubre de 2010 (BOE de 27 de noviembre de 2010).
- Resolución de 1 de agosto de 2011 (BOE de 22 de octubre de 2011).
- Resolución de 12 de septiembre de 2011 (BOE de 20 de octubre de 2011).

XI. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., GONZÁLEZ PÉREZ, J. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Suelo*, vol. I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008.
- AA.VV., GUTIÉRREZ COLOMINA, V. (Dir.): *Manual de Derecho Urbanístico Andaluz*, Ed. Asociación Andaluza de Derecho Urbanístico, Sevilla, 2006.
- AA.VV., GUTIÉRREZ COLOMINA, V., y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A. (Dir.): *Comentarios a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007.
- ARNÁIZ EGUREN, R.: *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.
- *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.
- *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.
- CAMY ESCOBAR, J.: *La calificación registral de los actos de parcelación urbanística en Andalucía* (<http://www.notariosyregistradores.com/.doctrina/ARTICULOS/2011%20JESUS%20CAMY%20LA%20CALIFICACION%20REGISTRAL%20DE%20LOS%20ACTOS%20DE%20PARCELACION%20URBANISTICA%20Ver1.pdf>).
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977.

RESUMEN

PARCELACIÓN, DISCIPLINA
URBANÍSTICA
SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA
COOPERACIÓN Y COLABORACIÓN
INTERADMINISTRATIVA

La existencia y tratamiento jurídico de las parcelaciones urbanísticas es una de las cuestiones siempre candentes en materia de disciplina urbanística, acompañada de importantes connotaciones

ABSTRACT

PLOT DIVISION, DISCIPLINE
IN LAND PLANNING
PREVENTIVE LEGAL CERTAINTY
INTERGOVERNMENTAL
COOPERATION AND
COLLABORATION

The existence of and legal focus on plot division in land planning is one of the perpetually hot topics in the subject of discipline in land planning, and it is

registrales y notariales. En este sentido, y partiendo de la normativa vigente en la Comunidad Autónoma de Andalucía, resulta de singular importancia un análisis pormenorizado de las distintas resoluciones que, sobre esta materia, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado en el ámbito territorial andaluz desde la entrada en vigor de la vigente Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, con una significativa incidencia en temas fundamentales, tales como la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas; la relación entre los conceptos de segregación y parcelación; las presunciones de parcelación en relación con las divisiones horizontales, la interposición de sociedades o las enajenaciones de cuotas pro indiviso; la aplicación del silencio positivo a las licencias de parcelación o declaraciones de innecesariedad; las comunicaciones entre Registros de la Propiedad y Ayuntamientos; y la eficacia de la colaboración institucional entre Notarios, Registradores de la Propiedad, Ayuntamientos y Junta de Andalucía, constituyendo esta última la auténtica «piedra de toque» para una adecuada defensa, en clave de seguridad jurídica preventiva, de la legalidad urbanística en el ámbito del tráfico inmobiliario. El presente trabajo pretende ofrecer una perspectiva lo más amplia posible, acompañada de comentarios críticos, sobre la evolución que la Dirección General ha experimentado durante los últimos años respecto de las parcelaciones urbanísticas en Andalucía, atendiendo a los distintos supuestos concretos que se han dado en la práctica.

accompanied by major connotations for registration and notarial authorities. In this sense, singular importance may be attached to the detailed analysis given in this paper, based on the legislation in force in the Autonomous Community of Andalucía. The paper examines the different decisions the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs has handed down on this issue since the current Andalusian Act on Zoning went into force. Significant emphasis is given to fundamental topics such as the distribution of powers between the national government and the autonomous communities; the relationship between the concepts of subdivision and plot division; presumptions of plot division in connection with horizontal divisions, the interposition of companies or disposals of pro indiviso shares; the application of the rule of consent through non-reply to plot division licenses or declarations stating that plot redivision is unnecessary; communications between property registry authorities and city councils; and the efficacy of institutional cooperation among notaries, property registrars, city councils and the Andalucía Council (the latter being the genuine touchstone for the solid defence—in terms of preventive legal certainty—of lawfulness in land planning within the sphere of the trade in real estate). This paper endeavours to offer the broadest possible overview, accompanied by critical commentaries concerning the directorate-general's evolution over the last few years in terms of plot division in Andalusian land planning. The different actual cases that have arisen are addressed.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

EL INTERÉS PÚBLICO EN LA INFORMACIÓN DE MALOS TRATOS A MENORES: INEXISTENCIA DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO A LA INTIMIDAD

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora.
Derecho Civil. UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INTERÉS PÚBLICO DE LA INFORMACIÓN: TEMA DE ESPECIAL SENSIBILIZACIÓN EN LA OPINIÓN PÚBLICA.—III. LA INTIMIDAD PERSONAL Y EL REQUISITO DE LA VERACIDAD.—IV. INFORMACIÓN PUBLICADA Y DERECHO A LA INTIMIDAD: DETERMINACIÓN DE LOS DATOS PUBLICADOS COMO NECESARIOS PARA CONFIGURAR LA INFORMACIÓN.—V. PONDERACIÓN ENTRE AMBOS DERECHOS.—VI. LA NEUTRALIDAD EN LA DIFUSIÓN DE LA INFORMACIÓN. CLAVE EN LA INEXISTENCIA DE INTROMISIÓN.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de los Derechos Fundamentales, en concreto dentro de los derechos de la esfera privada del individuo, se encuentra el Derecho a la Intimidad personal y familiar, reconocido en el artículo 18 de nuestra Constitución, con la finalidad de preservar la dignidad de la persona, salvaguardando la esfera personal, frente a intromisiones ilegítimas de terceros. Sin olvidar su desarrollo en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Hoy la intimidad se ha convertido en una barrera para el Estado ya que garantizar la intimidad y el control de la información personal supone algo más que la garantía de la esfera íntima frente a las invasiones externas. Se configura como un derecho de control de las informaciones que afectan a la persona, y sobre las que el interesado está legitimado para incidir en la forma y en el contenido de su divulgación.

Control que se agudiza cuando se garantiza la intimidad de menores, puesto que pueden plantearse dudas de cómo debe detallarse una noticia en la que aparece involucrado un niño. En estos casos el periodista y el medio de comunicación deberán, aplicar un grado más de sensibilidad y cuidado, por tratarse de menores. No podemos olvidar que estos requieren una especial protección de su intimidad porque son más vulnerables y pueden sufrir perjuicios como consecuencia de la revelación pública de hechos que pertenecen estrictamente a su vida privada.

Ha sido la jurisprudencia la que se ha preocupado de articular y concretar el alcance del derecho a la intimidad, y sobre todo de la consideración de una conducta como intromisión legítima o ilegítima.

II. INTERÉS PÚBLICO DE LA INFORMACIÓN: TEMA DE ESPECIAL SENSIBILIZACIÓN EN LA OPINIÓN PÚBLICA

En el presente caso *la información versa sobre un presunto delito de maltrato habitual a las dos hijas de la recurrente* con el correspondiente reflejo mediático. Es indudable el interés público, pues se trata de un tema de especial sensibilización en la opinión pública.

El interés público de la información difundida no ha sido cuestionado. Y no cabe duda acerca de ello, en grado muy singular, aun cuando las personas sobre las que se proyecta la noticia no ejerzan cargo público o político alguno ni profesión de notoriedad pública, sino que *es su relación con el suceso noticiable lo que origina su proyección pública*.

El interés público del objeto de las informaciones cuestionadas deriva del interés de la sociedad en *conocer y evitar* hechos como los sucedidos, dados los numerosos casos de malos tratos en el ámbito familiar de los que se hacen eco los medios de comunicación.

Concretamente la STS de 1 de marzo de 2011 (1) señaló que la información que sirve de base al juicio valorativo tiene relevancia social: *los actos de maltrato físico y psicológico son una cuestión socialmente relevante y de interés para la comunidad*, que además al incidir sobre personas que gozan de cierta proyección pública permite que se traduzca en un mayor reproche y rechazo de este tipo de comportamientos, al poseer capacidad suficiente para influir en la sensibilidad del colectivo social.

Por ello, la prevalencia de los derechos de información y la libertad de expresión, en el caso considerado, son de gran relevancia, dada su capacidad por su contenido, de ser susceptible de influir sobre la opinión pública libre.

(1) STS de 1 de marzo de 2011, recurso 924/2009. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 28/2011. Número de recurso: 924/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5489/2011.

En este caso se determinó que no había intromisión ilegítima por las declaraciones efectuadas por el demandado en un programa de televisión, valorando jurídicamente los términos de la sentencia canónica de separación de la demandante, en el sentido de que en la misma no se recogía la existencia de unos malos tratos, no suponen una vulneración del derecho al honor de la demandante, que previamente, en diversos medios informativos y publicaciones había narrado y comentado esos malos tratos.

Desde este punto de vista, el grado de afectación de la libertad de información es muy relevante frente a la protección del derecho a la intimidad (2).

No obstante hay que valorar y no perder de vista la posible estigmatización que puede suponer la revelación de datos sobre la agresión sufrida y que puede provocar consecuencias muy negativas para la estabilidad emocional de los menores.

III. LA INTIMIDAD PERSONAL Y EL REQUISITO DE LA VERACIDAD

En relación con el requisito de veracidad cabe señalar que no ha sido cuestionado, pues las partes implicadas están de acuerdo en que las noticias eran veraces, pues se basaban en el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal.

No obstante, en materia de intimidad, *el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones, no es el de la veracidad, sino el de la relevancia pública del hecho divulgado*, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte necesaria en función de interés público del asunto sobre el que se informa, que ya hemos señalado es muy relevante y así lo ha mantenido reiteradamente la Jurisprudencia del Supremo.

IV. INFORMACIÓN PUBLICADA Y DERECHO A LA INTIMIDAD: DETERMINACIÓN DE LOS DATOS PUBLICADOS COMO NECESARIOS PARA CONFIGURAR LA INFORMACIÓN

Las noticias publicadas afectan a la vida personal y familiar de la recurrente, pues ella y sus hijas se convierten en las víctimas de un suceso con relevancia penal. Los hechos sobre los que se informaba objetivamente formaban parte de su intimidad y, sin embargo, es necesario ponderar si los datos personales revelados por el periodista eran necesarios o no para transmitir la información.

En la noticia además de las iniciales del agresor y de la recurrente se informaba de que la recurrente tenía dos hijas, el tiempo de convivencia con su agresor que era su compañero sentimental y que vivía en la barriada de Alcolea.

La cuestión a determinar es *si estos datos eran o no necesarios para configurar la información*, pues según alega la recurrente provocaron su identificación como una de las protagonistas de esa noticia y, en consecuencia, se produjo una intromisión en su intimidad personal y familiar.

No puede estimarse que la información divulgada incida en el ámbito reservado o privado de su intimidad, ya que los datos que se refieren a la recurrente hacían difícil su identificación fuera de su ámbito más íntimo, pues es difícil

(2) STS de 7 de julio de 2004, recurso 4364/1999. Ponente: Antonio ROMERO LORENZO. Número de sentencia: 717/2004. Número de recurso: 4364/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1601/2004. Distinto es el supuesto donde una menor, objeto de malos tratos, aparece fotografiada (imágenes en las que se observan no solo las lesiones corporales sino también su rostro) pues en ese caso se produce una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y a la intimidad, si falta el consentimiento expreso del interesado o de su representante legal para la captación o difusión de su imagen. Derechos que no debían ser sacrificados aunque se tratase de comunicar una información exenta de ánimo de lucro y hasta socialmente relevante por la finalidad que pretendía. Sin olvidar que existen procedimientos técnicos para evitar la identificación de la interesada.

sostener que una persona ajena al entorno más cercano de la recurrente pudiese identificarla y, además, los datos venían referidos al núcleo de la información divulgada. Es decir, que *los datos suministrados en la noticia eran necesarios para configurar los posibles delitos que se imputaban a quien había sido su compañero sentimental en relación con sus hijas menores de edad lo que sin duda incide en la gravedad de los hechos de los que también la recurrente había sido víctima.*

En resumen no hay intromisión ilegítima del derecho a la intimidad pues debe prevalecer en este caso el derecho de información de la sociedad en la ponderación que se efectúa entre los derechos fundamentales que entran en colisión sobre todo cuando se trata de hechos con relevancia penal y que afectan a menores de edad.

V. PONDERACIÓN ENTRE AMBOS DERECHOS

La Sala Primera del TS ha señalado reiteradamente que la técnica de *ponderación* exige valorar el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva la ponderación debe tener en cuenta, primero, si la información tiene relevancia pública. La relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

En segundo lugar si la prevalencia de la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones.

Por *veracidad* debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada [SSTC 139/2007 (LA LEY 26303/2007) (3), 29/2009 (LA LEY 1738/2009), 26 de enero, FJ 5] (4).

(3) Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 139/2007 de 4 de junio de 2007, recurso 7172/2004. Ponente: Roberto GARCÍA-CALVO Y MONTEIL. Número de sentencia: 139/2007. Número de recurso: 7172/2004. LA LEY 26303/2007. Recoge un supuesto de intromisión ilegítima del derecho al honor ya que se vertieron expresiones no amparadas por la libertad de información. No concurre el requisito de la *veracidad* de la noticia: dichas manifestaciones no se limitaron a narrar hechos de veracidad comprobada, sino que presentaron ante la opinión pública al aludido como autor de un asesinato, pese a conocer las entrevistas que las investigaciones policiales y judiciales practicadas habían sido reiteradamente archivadas. La información no se fundó, por tanto, en datos procedentes de fuentes informativas serias y solventes o en los elementos que pusiera de relieve el proceso penal en curso, sino en sospechas impregnadas de subjetivismo. *Inexistencia de reportaje neutral y presentación sesgada de la información*: los informadores no se limitaron a invitar a aquellas a narrar su versión de los hechos, sino que tomaron partido ofreciendo un determinado perfil de la personalidad del exmarido de la desaparecida, transmitiendo al público la impresión de que está relacionado con la desaparición violenta de su esposa.

(4) Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 29/2009 de 26 de enero de 2009, recurso 10858/2006. Ponente: Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Número de sentencia: 29/2009. Número de recurso: 10858/2006. LA LEY 1738/2009. La *veracidad* ha de ser puesta en rela-

Cabe el denominado *reportaje neutral* [STC 76/2002 de 8 de abril (LA LEY 4164/2002)], el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se ponga en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración (5).

En el caso analizado se reconoce la prevalencia del derecho a la libertad de información sobre la protección que merece el derecho a la intimidad de la demandante, pues el grado de afectación de este último es débil y el grado de afectación del primero es de gran intensidad. Esta apreciación conduce a la conclusión de la imposibilidad de considerar antijurídica la conducta amparada en el ejercicio de un derecho constitucional.

ción con el «específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida, de tal manera que lo que se transmita como hechos o noticias haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos o con fuentes informativas de solvencia» [STC 144/1998 (LA LEY 8579/1998), de 30 de junio, FJ 4]. ...

Tratándose de una información relevante públicamente... la legitimidad del ejercicio de la libertad de información viene determinada por la diligencia mostrada por el periodista en la comprobación, mediante fuentes solventes, de la conducta atribuida al protagonista de la noticia. En este sentido hay que concluir que en esta ocasión «la información publicada se elaboró a partir de los datos procedentes de fuentes informativas serias y solventes y no con la endeble base de simples rumores o más o menos fundadas sospechas impregnadas de subjetivismo» [SSTC 154/1999 (LA LEY 11735/1999), de 14 de septiembre, FJ 7; 61/2004 (LA LEY 1196/2004), de 19 de abril, FJ 6].

(5) El Tribunal Constitucional ha declarado que no cabe hablar de reportaje neutral cuando quien lo difunde no se limita a ser un mero transmisor del mensaje, es decir, a comunicar la información, sino que se utiliza el mensaje, no para transmitir una noticia, sino para darle otra dimensión (SSTC 136/99 y 139/2007). Como recuerda la STC 134/99, que se cita, a su vez, en la STC 139/2007, «estaremos ante un *reportaje neutral* si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio, haya permanecido o no ajeno a la generación de la información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público».

Cuando concurren los anteriores presupuestos, la *veracidad exigible* se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad de su contenido: por lo tanto, solo se exige constatar la verdad del hecho de la declaración, sin extenderse a la veracidad de esta, cuya constatación solo es exigible al autor de la declaración (SSTS de 6 de junio de 2003 y 18 de mayo de 2007, entre otras muchas). Si concurren las circunstancias expuestas, el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad (STC 139/2007). Como se expuso en las SSTC 72/2002, 240/92, 144/98 y 139/2007, en los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido. Consecuentemente, la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones; de este modo, la ausencia o cumplimiento imperfecto de los señalados requisitos determinarán el progresivo alejamiento de su virtualidad exoneratoria.

VI. LA NEUTRALIDAD EN LA DIFUSIÓN DE LA INFORMACIÓN. CLAVE EN LA INEXISTENCIA DE INTROMISIÓN

De acuerdo con la valoración efectuada la noticia es de gran interés y relevancia pública y social; es veraz y fue expuesta con objetividad, de forma no sesgada, ni reelaborada con la mera finalidad de alimentar el morbo o la curiosidad del público, habiéndose expuesto neutralmente las circunstancias detalladas en las actuaciones judiciales con el fin de proporcionar al lector una visión completa de la noticia que constituye el núcleo de la información (STS de 26 de noviembre de 2008) (6).

La jurisprudencia de esta Sala ha recordado cómo desde la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981 (7) se ha destacado que la posibilidad del libre ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información

(6) STS de 26 de noviembre de 2008, recurso 1656/2006. Ponente: Clemente AUGER LIÑÁN. Número de sentencia: 1187/2006. Número de recurso: 1187/2006. LA LEY 184733/2008.

El contenido del derecho constitucionalmente protegido se define por el rasgo de la veracidad de la información transmitida y por la relevancia pública del asunto a que se refiere, lo que supone que es del interés general por las materias sobre las que versa y por las personas que intervienen (STS de 13 de junio de 1998). En definitiva, para que la incidencia del derecho a la libertad de información sobre otros bienes constitucionales se reputa legítima es necesario que lo informado resulte de interés público, en suma, relevante para la comunidad (STS de 6 de noviembre de 2003), pues solo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que la soporten en aras del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad, más allá de la simple satisfacción de la curiosidad ajena, que es lo que justifica la asunción de perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia (SSTC 29/1982, 134/1999, 154/1999 y 52/2002).

El derecho a la libertad de información, por tanto, pese a su carácter prevalente —que no jerárquico o absoluto—, se explica por la finalidad a que está orientado, no es ilimitado, como ningún derecho lo es (SSTC 159/86, 297/2000 y 185/2002), sino que se encuentra condicionado por el contenido de los demás derechos con idéntica protección constitucional.

La ponderación de uno y otro derecho fundamental debe estar presidida, por lo tanto, por la relevancia que en una sociedad democrática posee la libertad de información, con el contenido expuesto, por un lado, y por otro, por la necesidad de evitar cualquier juicio apriorístico, siendo trascendentales las circunstancias de cada caso.

(7) Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 6/1981, de 16 de marzo de 1981, recurso 211/1980. Ponente: FRANCISCO RÚBIO LLORENTE. Número de sentencia: 6/1981. Número de recurso: 211/1980. LA LEY 6220-JF/0000. *La libertad de expresión* que proclama el artículo 20.1.a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto esta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1.d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados.

El *derecho a comunicar*, que en cierto sentido puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada solo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también sin duda todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva sobre todo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica, el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social.

garantiza un interés constitucional relevante, cual es la formación y la existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática [SSTC 159/86 (8) y 185/2002] (9)]. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos ha de ser también informado ampliamente, de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas [SSTC 110/2000 (10) y 185/2002].

Estos derechos son derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos pero no deriva de ello ningún privilegio y desde luego no el de transformar en su favor, lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad, en un derecho de prestación que los legitime para exigir de los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones o comunicar información...

La libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que el artículo 20 CE enuncia entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle. La cláusula del Estado social (art. 1.1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el artículo 9.2 imponen sin duda actuaciones positivas de este género. No cabe derivar, sin embargo, de esta obligación el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público.

(8) Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 159/1986, de 16 de diciembre de 1986, recurso 57/1984. Ponente: Gloria BEGUÉ CANTÓN. Número de sentencia: 159/1986. Número de recurso: 57/1984. LA LEY 713-TC/1987. En ella se afirma que «el artículo 20 CE, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas».

(9) Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 185/2002, de 14 de octubre de 2002, recurso 1585/2000. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 185/2002. Número de recurso: 1585/2000. LA LEY 7870/2002. Analizó un supuesto de colisión entre la libertad de información y el derecho a la intimidad. Se falló a favor al derecho de intimidad ya que uno de los requisitos para que prevalezca la libertad de información se basa en la necesidad de que lo informado resulte de interés público. En este caso se demostró la irrelevancia de la veracidad de la información pues el reportaje periodístico revelaba aspectos relevantes de la vida personal y privada de una joven agredida sexualmente, que permitieron a sus vecinos y conocidos la plena identificación de la víctima; y no puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos tan relevantes sobre su vida privada cuyo conocimiento es trivial e indiferente para el interés público.

(10) Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 110/2000, de 5 de mayo de 2000, recurso 2560/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 110/2000. Número de recurso: 2560/1996. LA LEY 93733/2000. Sentencia que incide en la *exigencia constitucional de veracidad de la noticia. Y en la necesidad de formación de una opinión pública libre.*

«...Dada la conexión existente entre los derechos a la intimidad y el honor, pues en muchas ocasiones se afecta a este último mediante referencias a la vida privada de las personas, el interés público de la opinión expresada o de la información comunicada constituye

De ahí que la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública reciba una especial protección constitucional, por más que no sea ilimitada, pues el derecho a comunicar y emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección (STC 185/2002).

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS (por orden cronológico)

- STS de 5 de julio de 2011, recurso 689/2008. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 521/2011. Número de recurso: 689/2008. Diario La Ley, núm. 7731, Sección Jurisprudencia, 8 de noviembre de 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY.
- STS de 1 de marzo de 2011, recurso 924/2009. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 28/2011. Número de recurso: 924/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5489/2011.
- STS de 26 de noviembre de 2008, recurso 1656/2006. Ponente: Clemente Auger Liñán. Número de sentencia: 1187/2006. Número de recurso: 1187/2006. LA LEY 184733/2008.
- STS de 7 de julio de 2004, recurso 4364/1999. Ponente: Antonio Romero Lorenzo. Número de sentencia: 717/2004. Número de recurso: 4364/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1601/2004.

un importante criterio de delimitación acerca de cual sea la comunicación constitucionalmente protegida.

En efecto, no cabe olvidar la función institucional de garantía de una opinión pública libre que a la libertad de expresión e información hemos reconocido, por ello, insistimos, en su confrontación con las pretensiones de restricción de la libre expresión o información que se dicen amparadas en la tutela del honor en relación con la intimidad de las personas, *goza de protección constitucional aquella comunicación que, siendo veraz y no formalmente vejatoria, se refiera a asuntos con trascendencia pública, es decir, cuyo conocimiento sea necesario para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva* (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11; 104/1986, de 17 de julio; 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5 y 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3).

Dicho de otro modo, con palabras de la STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2, la libre transmisión y recepción de opiniones e informaciones que afecten al honor o a la intimidad de las personas adquiere una especial relevancia constitucional «cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática».

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 6/1981, de 16 de marzo de 1981, recurso 211/1980. Ponente: Francisco RUBIO LLORENTE. Número de sentencia: 6/1981. Número de recurso: 211/1980. LA LEY 6220-JF/0000.
- Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 159/1986, de 16 de diciembre de 1986, recurso 57/1984. Ponente: Gloria BEGUÉ CANTÓN. Número de sentencia: 159/1986. Número de recurso: 57/1984. LA LEY 713-TC/1987.
- Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 110/2000, de 5 de mayo de 2000, recurso 2560/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 110/2000. Número de recurso: 2560/1996. LA LEY 93733/2000.
- Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 185/2002, de 14 de octubre de 2002, recurso 1585/2000. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 185/2002. Número de recurso: 1585/2000. LA LEY 7870/2002.
- Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 29/2009, de 26 de enero de 2009, recurso 10858/2006. Ponente: Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Número de sentencia: 29/2009. Número de recurso: 10858/2006. LA LEY 1738/2009.
- Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 139/2007 de 4 de junio de 2007, recurso 7172/2004. Ponente: Roberto GARCÍA-CALVO Y MONTIEL. Número de sentencia: 139/2007. Número de recurso: 7172/2004. LA LEY 26303/2007.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Artículo 18 de la Constitución.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 4.

RESUMEN

DERECHO A LA INTIMIDAD
DE MENORES.
INEXISTENCIA DE INTROMISIÓN
ILEGÍTIMA

En cuanto a los datos personales revelados por el periodista —las iniciales del agresor y de la demandante, que esta tenía dos hijas, el tiempo de convivencia con el agresor, la barriada en la que vivía—, no permitían la identificación de la demandante fuera de su ámbito más íntimo y, además, venían referidos al núcleo de la información divulgada.

ABSTRACT

MINOR'S RIGHT TO PRIVACY
NON-EXISTENCE OF ILLEGAL
INVASION

The personal data revealed by the journalist (the initials of the attacker and the plaintiff, the fact that the plaintiff had two daughters, the amount of time she lived with the attacker, the district in which she lived) did not enable the plaintiff to be identified outside her immediate personal sphere, and, in addition, they referred to the core information that was released.

1.2. Familia

DERECHO DE VISITA DE LOS ABUELOS. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, DE 20 DE OCTUBRE DE 2011

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. NATURALEZA Y FUNDAMENTO.—III. CONTENIDO DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS.—IV. MODOS DE ESTABLECER EL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS.—V. DENEGACIÓN O NO CONCESIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS: LA EXISTENCIA DE «JUSTA CAUSA».—VI. MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Ley reconoce a quienes son titulares y ejercen la patria potestad un poder general de tuición respecto de los hijos menores no emancipados o incapacitados (arts. 111, 154 y 171 del CC). Aquella representa una potestad o función en cuanto a los derechos o facultades que lo integran, y se atribuyen a sus titulares, no para que los ejerzan en su propio interés, sino para que actúen en interés y beneficio de los hijos sometidos a ella, y en donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad del hijo, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que, su desarrollo personal exige y demanda. Asimismo, constituye un entramado de derechos y deberes que, determina la asunción de la representación legal y administración de los bienes de los hijos. Precisamente, los deberes y facultades que a los padres competen en la esfera personal del menor, se relacionan en el artículo 154.2 del Código Civil.

El deber de velar por los hijos —que engloba realmente a todos los demás— supone cuidar de ellos «solicítamente», y comprende tanto la vida física como la moral o afectiva del menor y reclama de sus titulares el control efectivo de la vida y de las relaciones de aquel, con la consecuencia de poder actuar con cierta discrecionalidad y arbitrio. Lo dicho, por tanto, supone la posibilidad de prohibir o limitar cierto tipo de relaciones en general o las relaciones con determinadas personas, si bien no de un modo absoluto.

Ahora bien, esta facultad de control de la vida de relación del menor o, en su caso, del incapacitado —inspirada siempre en su interés o beneficio— encuentra una doble limitación legal: por un lado, su ejercicio debe efectuarse en la medida de las necesidades del hijo menor o incapacitado, o como dice el artículo 154 del Código Civil «de acuerdo con su personalidad»; lo

que, a partir del reconocimiento de un ámbito de libertad progresivamente creciente en aquel, determinará que alcanzando una cierta edad, solo con su consentimiento podrán existir determinadas relaciones con ciertos parientes o allegados; y por otro, no podrá ejercitarse impeditivamente más que si concurre «justa causa» del artículo 160.2 del Código Civil, legitimadora de la prohibición que veta los contactos entre el menor y sus abuelos y demás parientes o allegados (1).

Precisamente, estas relaciones entre los abuelos y nietos resultan esenciales y han recibido una valoración positiva no solo por la función primordial que desempeñan los abuelos en las relaciones familiares, dando cobertura a necesidades afectivas de los nietos y favoreciendo su desarrollo y educación —a pesar de que se ha pasado en la actualidad de un concepto de familia extensa a un concepto de familia nuclear, en la que, en principio, quedan excluidos los abuelos—, sino también y sobre todo, por la importancia que se ha dado a la figura, precisamente, de los abuelos tras la nueva regulación por Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (2).

(1) LETE DEL RÍO J. M., «Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de septiembre de 1991)», en *Poder Judicial*, núm. 25, marzo de 1992, págs. 147-148.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 21 de mayo de 1997 (AC 1997/1197), precisa en su *Fundamento de Derecho Primero* que: «es contenido del ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC), el velar por los hijos, en el amplísimo y trascendente sentido de cuidar de ellos no solo en su aspecto físico, sino también en el moral y afectivo, por lo que puede quien la ejerce, además de una vida de relación, actuar con arbitrio o discrecionalidad (nunca con arbitrariedad), prohibiendo o limitando ciertas relaciones en general o con determinadas personas en particular, pero cuando, como es el caso, ha sido declarado por sentencia firme que es beneficiosa para el menor una vida de relación, a través de la ejecución de un régimen de visitas periódico con sus parientes de la línea materna, debe compelerse a su cumplimiento y la relación comenzarse a realizar progresivamente y en la forma que sea más conveniente al menor —que temporalmente y durante la sustanciación del proceso, se ha visto privado de la misma—, siempre con la mira puesta en el respeto al principio constitucional que ampara la recta formación física y psíquica del menor y, a la obligación que tienen las partes de cumplir las resoluciones judiciales efectivamente, puesto que lo contrario conculcaría los fundamentos de un Estado de Derecho»; y añade: «debe primar siempre el interés del menor, que es el realmente necesario de salvaguarda y protección, y resaltando que el ejercicio de la patria potestad no es un derecho absoluto (art. 170 CC)... y al menor ha de dotarle progresivamente de un ámbito de libertad, de forma tal que, cuando alcance la madurez, sea él y no los padres quien decida lo más conveniente en orden a sus relaciones de todo orden, y de entre ellas las afectivas, pudiendo entonces relacionarse como y con quien quiera; pero mientras que se encuentre sujeto a la patria potestad, no se puede impedir sin justa causa, sus relaciones con parientes y allegados, entre los que se encuentran los recurridos, que lo son en línea recta. Es, por tanto, necesario que los abuelos maternos mantengan relaciones con su nieta, que no podrán ser impedidas unilateralmente por quien ejerce la patria potestad; y si, con o por abuso de la misma, se aprecia que la menor está siendo psíquicamente maltratada, deberán adoptarse las medidas tendentes a impedir que el capricho, el cariño mal entendido o las posibles enemistades nacidas de situaciones de las que el menor no es responsable, pueda afectar a la formación integral de la tutelada». Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de junio de 1994 (AC 1994/1126).

(2) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 22 de julio de 2003 (JUR 2003/269132), precisa que la relación con la familia extensa es beneficiosa para los hijos, para su normal desarrollo y formación de la personalidad de

Esta nueva Ley tiene presente, por un lado, el interés del menor —lo que antes hemos referido como desarrollo de su personalidad—, principio rector de nuestro Derecho de familia que vertebra un conjunto de normas de protección imprescindibles cuando las estructuras familiares están en crisis, bien sea por abandono de relaciones familiares o por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores (3). No olvidemos que, la protección inicial del interés del menor corresponde a quienes ostentan su representación legal. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos resulta imprescindible, pues tiene que asegurar el mantenimiento de un espacio adecuado, que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato del artículo 39 Constitución Española que, asegura la protección social, económica y jurídica de la familia; y, por otro, el papel fundamental de cohesión y transmisión de valores que los abuelos tienen en la familia.

En Europa, el progresivo envejecimiento de la población unido al aumento en la esperanza de vida y a los profundos cambios demográficos han contribuido a que el sector de la tercera edad sea muy numeroso, hasta el punto de que en el seno de una familia europea del siglo XXI no sea improbable encontrar vivos al menos a los abuelos paternos o maternos (4); y, ha determinado que, esta evolución y transformación de la sociedad europea hacia este sector social numeroso venga acompañada de una mayor protección del mismo en todos los niveles.

Lo cierto es que, los abuelos siguen jugando un papel importante —reforzado incluso el crecimiento de las familias monoparentales—, en el ámbito familiar, no solo procurando una cobertura económica a sus hijos en situaciones de crisis económica como la actual, sino también desarrollando el papel de cuidadores de sus nietos ante las necesidades laborales de los padres, u otras semejantes (5).

forma integral; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 18 de julio de 2003 (*JUR* 2003/24736); y de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1.ª, de 3 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/119153), señala que, es indudable la trascendencia del papel de los abuelos en orden a la cohesión y transmisión de valores en la familia, y la significativa importancia de las relaciones de los nietos con sus abuelos en el desarrollo personal de los menores.

(3) La Convención Europea de Derechos de la Infancia, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su artículo 3.1 recoge el principio general de interés superior del menor como premisa máxima a tener en cuenta por todas las instituciones, autoridades administrativas u órganos legislativos respecto de las medidas concernientes a la infancia.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 18 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/47304), el derecho de visitas de la relación abuelo-nieto se estima beneficioso para la formación y maduración del menor.

(4) En Francia, MALAURIE-AYNÉS, *Droit civil. La famille*, 3.ª ed., París, 1992-1993, pág. 438, ya anticipaba que las encuestas dicen que, a fines del siglo XX, entre los menores de diez años, uno de cada dos tengan, al menos vivos a tres de sus abuelos, cuya función se considera singularmente importante en las situaciones de crisis de pareja, especialmente en caso de divorcio.

(5) En este sentido, DÍAZ-ALABART, S., «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados», en *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio de 2003, pág. 353, quien añade un argumento más a los expuestos para constatar precisamente el mayor peso que hoy tienen estas relaciones y es el relativo al alargamiento de la vida humana, que permite la convivencia de varias generaciones. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, de 27 de febrero de 1993 (AC 1993/299), debido al especial trabajo de la madre y

Si se ha depositado en estas personas la confianza, y han asistido material y moralmente al menor durante el tiempo que ha estado a su cargo, estableciendo con él fuertes vínculos de afectividad, no parece que favorezca el desarrollo de la personalidad del niño, si se permite que en algún momento, tenga lugar la ruptura brusca de tales lazos, lo que puede resultar especialmente traumático y perjudicial para el menor; de ahí que, parezca necesario mantener y proteger esta relación. Constituye una realidad constatable que, los problemas familiares y la ruptura de las relaciones —que conlleva el impedir o dificultar el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos—, pueden comenzar cuando se producen situaciones de crisis matrimonial, bien por separación —tanto judicial como de hecho—, divorcio y nulidad; bien cuando uno de los cónyuges fallece; o incluso, en situaciones de normalidad, cuando no se ha procurado la ayuda económica exigida por los hijos, o por existir malas relaciones con la nuera o yerno o con el propio hijo/a que, con el tiempo impiden o procuran un distanciamiento evidente entre abuelos y nietos. Y este último, es precisamente el supuesto sobre el que se sustenta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 20 de octubre de 2011 (6), en la que doña Andrea, abuela del menor, no mantenía relaciones con su hijo desde hacía largo tiempo. El 5 de julio de 2006, este tuvo un hijo, y los padres negaron la visita a la abuela paterna, hoy recurrente (7).

hasta el fallecimiento de esta tras una penosa enfermedad, Itahisa convivió integralmente en el domicilio de sus abuelos maternos, donde disponía de su propia habitación y pernoctaba con ellos, por lo que reviste interés para el menor la conservación de lazos de afecto y cariño respecto de tales abuelos; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 14 de septiembre de 1995 (AC 1995/1574).

(6) LA LEY 194731/2011.

(7) Doña Andrea demandó a su hijo don Jesús Miguel y a su esposa doña Elsa, pidiendo que se le reconociera su derecho a visitar y a relacionarse con su nieto Alonso. Los demandados contestaron oponiendo el largo historial de desencuentros de don Jesús Miguel con su madre, a raíz de la separación de sus progenitores, con la consecuencia de la repercusión en la salud de don Jesús Miguel, puesto que cualquier contacto con su madre le provocaba estados de ansiedad y otras afecciones. La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, número 5 de Llíria, de 13 de mayo de 2008, desestimó la demanda, porque los informes periciales desaconsejaban las visitas, dada la complejidad de las relaciones entre el padre de los niños y la abuela, que pedía el ejercicio de dicho derecho. Se examinaban los informes de los diferentes peritos, de los que la sentencia concluía que: «(...) parece clara la existencia de un conflicto familiar existente entre las partes», aunque puntualizaba que en el presente procedimiento no se enjuiciaban personalidades ni actitudes, sino el derecho de la actora a relacionarse con sus nietos. Evaluando los peritajes, se concluía que era poco deseable para el desarrollo del menor *«verse envuelto en un clima como el descrito en la presente resolución que está lejos de merecer el calificativo de “normalidad” exigido por la jurisprudencia citada, lo que, sin duda, afectaría de modo directo y negativo a su equilibrio emocional, razón esta que en última instancia, es la que impone la desestimación de la demanda»*. Doña Andrea recurrió en apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 25 de febrero de 2009, desestimó el recurso. Se basó en el informe de la perito judicial, ratificando en el acto de la vista, recomendando que no se estableciera un régimen de visitas que no sería conveniente para el desarrollo psicoafectivo del menor *«hasta que no se produzca una mejora sustancial de los conflictos existentes entre los progenitores del menor y la abuela paterna»*, porque la hostilidad entre ellos es tal *«(...) que el demandado presenta un cuadro de ansiedad, depresión e hipertensión»*, y se descarta la remisión de las partes a un Punto de Encuentro. La conclusión de la sentencia recurrida es la siguiente *«en esta situación, la Sala se inclina por no fijar el*

Hasta ahora, las normas vigentes del Código Civil dispensaban un tratamiento muy exiguo a un elemento de significativa importancia en el desarrollo personal de los menores como eran las relaciones de los nietos con los abuelos. Solo un precepto, el artículo 160 del Código Civil, hacía referencia al derecho de visitas y, por tanto, a las relaciones de parientes o allegados, incluyéndose dentro del concepto de parientes tanto a los abuelos, como a otros parientes —tíos, primos, etc.—. Correspondiendo a la doctrina, de forma unánime, como a la jurisprudencia —siendo de destacar la importante labor de la jurisprudencia menor, pues, la mayoría de los pronunciamientos judiciales existentes hasta la actualidad son mayoritariamente fruto de las Audiencias provinciales, frente al escaso número de asuntos que han llegado hasta el Tribunal Supremo—, a parte de su reconocimiento expreso, la fijación de su contenido específico, como, asimismo, la determinación de las causas que permiten su denegación, y su extensión frente al derecho de visita reconocido al progenitor, que no ejercita la guarda y custodia en los supuestos de crisis matrimonial. Se proscribió en el citado precepto todo intento de impedir u obstaculizar las relaciones personales entre los menores y «otros parientes y allegados» de forma genérica y sin establecer en modo alguno un procedimiento específico para el planteamiento judicial de esta pretensión.

Era necesario reforzar la regulación existente, pues la realidad expuesta, unida a una creciente demanda social, venía exigiendo un tratamiento expreso y amplio en los términos de esta materia, lo que, como veremos, y adelantamos, no se ha logrado en toda la dimensión que sería deseable, ya que con la actual modificación del artículo 160, se sigue sin determinar cuál es el contenido y alcance del derecho de relaciones personales entre abuelos y nietos, ni tampoco se indica en qué supuestos puede denegarse; de tal modo que, de nuevo, el recurso a las posiciones doctrinales alcanzadas antes de la actual reforma, como tras la misma, en torno a estas cuestiones, como, asimismo, la jurisprudencia desarrollada al respecto, continúa siendo de gran valor a la hora de interpretar el actual artículo 160.

Sin variar el hecho de la no mención expresa de los abuelos, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, suprimió el antiguo artículo 160 del Código Civil e introdujo el artículo 161. Posteriormente, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, trasladó al artículo 160 del Código el contenido del 161, suprimiendo de su redacción la frase «*de manera plena*» que se contenía en su párrafo primero y dejando el precepto con el siguiente texto: «*El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias*» (8).

régimen de comunicación interesado, pues, podría repercutir negativamente en la integridad psicológica del menor, lo que constituye la justa causa que impide el reconocimiento del derecho de la demandante». Se interpone por la abuela señora Andrea, recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3 de la LEC. Fue admitido a trámite por el Auto del tribunal Supremo de 4 de mayo de 2010.

(8) Precisa HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del Derecho Civil», en *Actualidad Civil*, 2002-1, pág. 27, que «ello se debe a que la Ley

Por otra parte, hasta la actual reforma la jurisprudencia en alguna ocasión abordó la cuestión. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1935, en la cual se priva a un padre de la patria potestad de sus tres hijas menores, a instancia de la abuela materna, basándose en el entonces vigente artículo 171, debido a los malos tratos de palabra y de obra que infringía a las mismas, y al internarlas en un Colegio, dando la orden terminante de que no se permitiera que fuesen visitadas por su abuela materna y que pudieran tener trato y comunicación con ella, a pesar de haber vivido durante la infancia en casa de esta y existir un cariño entre la abuela y sus nietas; el Tribunal declara que el hecho de la prohibición de comunicarse con su abuela, dadas las circunstancias que en el caso concurrían, constituye un abuso de autoridad por parte de su padre, dañosa para los sentimientos de las niñas (9). Y la que sí directamente se ocupa del derecho de visita, como es la sentencia del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia de 15 de diciembre de 1939 que estima que «ni el padre de la menor ni los abuelos paternos, pueden oponerse a no mediar justo motivo, que en el presente caso no existe, a que la menor sostenga trato y relaciones con los abuelos maternos, sin incurrir en un abuso en el ejercicio de la patria potestad, máxime teniendo en cuenta que la madre de dicha menor ha muerto y que es lógico y natural el cariño que, los abuelos maternos sienten por su nieta...» (10).

Sobre tales bases, con la reforma del Código Civil operada por la Ley 42/2003, se contiene por primera vez una mención expresa del derecho de los abuelos

21/1987 suprimió las dos clases de adopción que existían hasta aquel momento: la plena y la simple, manteniendo una misma clase de adopción que sin denominarla de ninguna forma especial, sin embargo es igual a la antigua plena».

Esta misma autora señala que, «el párrafo primero de este precepto, que mantiene idéntica redacción después de la reforma introducida por la Ley 42/2003, otorga al progenitor que no tenga el cuidado de sus hijos menores el derecho a relacionarse con ellos»; pero va más allá, al señalar de forma expresa que «también tiene este derecho aunque no ejerza la patria potestad, facultad que como regla general es conjunta, por tanto compartida por el padre y la madre a partir de la Ley de 13 de mayo de 1981, quedando reflejado en el artículo 156, párrafo 1.º del Código Civil». Vid., HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «La Ley 42/2003: relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados», *op. cit.*, pág. 1740.

(9) Colección completa publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 220, vol. IV, julio-octubre de 1935, págs. 414 a 435. Ponente: José María CASTÁN TOBENAS.

Con anterioridad a esta sentencia, si bien, referidas al derecho de visita de los progenitores, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 1895 (Colección Legislativa, publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 78, 1896, págs. 392 a 396); la sentencia de este mismo Tribunal, de 9 de junio de 1909 (Colección Legislativa, publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 115, vol. III, mayo-septiembre de 1909, págs. 381 a 386); y, de nuevo del mismo Tribunal de 24 de junio de 1929 (Colección Legislativa, publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 189, vol. III, mayo-junio de 1929, págs. 1048 a 1053) en la que el Juzgador, reconociendo el derecho de patria potestad del padre, estima muy prudente que la niña viva con sus abuelos para una mejor educación, y allí pueda ser visitada y acariciada por el padre y la madre con la frecuencia que permitan los medios económicos de cada uno.

(10) Una más amplia información sobre esta sentencia, VIVES VILLAMAZARES, F., *El derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes*, Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia, 1950, págs. 77 a 82.

a relacionarse con sus nietos en el citado artículo 160; también se logra introducir la posibilidad más específica del derecho de los abuelos de relacionarse con sus nietos dados en adopción o en situación de acogimiento, y, asimismo, con respecto a la posibilidad excepcional de que los abuelos puedan asumir la guarda y custodia del menor en situaciones de crisis matrimoniales de sus progenitores, se ha dispuesto, igualmente, una mención expresa relativa a la misma en el artículo 103.1.º del Código Civil.

Pero, sobre todo, con la actual reforma, se ha tenido muy presente y se ha considerado necesaria la presencia y el contacto con los abuelos, no solo por las razones antes expuestas, sino también por el hecho que en las situaciones de crisis matrimonial, los abuelos, ordinariamente ajenos a las mismas, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor (11). Una de las justificaciones del legislador a la hora de proyectar esta nueva regulación se basa en los datos que tienen respecto a los procesos de separación y divorcio (12).

Esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que también pueden coadyuvar al mismo fin, que es hacer lo menos perturbador para el menor las situaciones de crisis familiares. Pero no solo en estas situaciones, sino también en aquellas que podríamos denominar «normales», donde aún los progenitores del menor no están divorciados, separados ni han solicitado la nulidad de su matrimonio, pero existe una dejación de sus obligaciones por parte de los progenitores; de ahí que, desde la posición que ocupan los abuelos, viene a resultar necesaria la inestimable ayuda que pueden prestar a sus nietos.

De acuerdo con todo lo anterior, la modificación legislativa que se aborda en esta Ley persigue un doble objetivo. En primer lugar, desde un aspecto sustantivo y procesal, de forma más explícita y reforzada, singulariza el régimen de relaciones entre abuelos y nietos, tanto en caso de ruptura de la familia, como en el caso de simple dejación de las obligaciones por parte de los progenitores, arbitrando al efecto un procedimiento verbal como cauce para su consecución; en segundo lugar, atribuye a los abuelos un papel relevante en el desarrollo personal del nieto —relación intergeneracional—, sobre todo en los supuestos de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad, pues, como veremos excepcionalmente, se puede encomendar a los abuelos la

(11) Señala al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/85371) en su *Fundamento de Derecho segundo*: «(...) la importancia de las relaciones de los abuelos con sus nietos, cabiendo entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor; disponiendo en este sentido de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar; favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo, contrarrestando situaciones de hostilidad o enfrentamientos entre los progenitores y dotando al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno, por lo que esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que también pueden coadyuvar al mismo fin». Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 29 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006/2770); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 25 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/289163).

(12) Apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley.

tutela de los nietos con preferencia a cualquier otro pariente (13). Nadie duda y es una realidad existente en la práctica diaria, que muchas veces los abuelos asumen el papel correspondiente a los padres, cuando estos abandonan la familia. Por eso resulta lógico que, a ellos se atribuya la tutela con preferencia a cualquier pariente.

A estos fines, la modificación que se propugna se centra en introducir reformas parciales en preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, conservando sustancialmente el contenido, si bien, unas veces, dando nueva redacción y otras simplemente completando o adicionando el ya existente. Así se introduce un nuevo párrafo B) en el artículo 90 del Código Civil, de acuerdo con el cual el convenio regulador podrá contemplar, en la forma más adecuada al interés del hijo, el régimen de visitas y comunicación de este con sus abuelos. De forma que, los actuales párrafos B), C), D) y E) pasan a ser respectivamente C), D), E) y F). Se da una nueva redacción al antepenúltimo párrafo de este artículo 90. Por su parte, el artículo 94 del Código Civil queda modificado con el fin de recoger la posibilidad de pronunciamiento judicial sobre el régimen de visitas con los abuelos, y se introduce un segundo párrafo en el artículo 94. Del artículo 103 del Código Civil se modifican parcialmente los dos párrafos de la medida primera, y en coherencia con la, asimismo, modificación del artículo 90, se prevé que la decisión jurisdiccional, cuando falte el acuerdo entre los cónyuges, pueda encomendar en primer lugar, a los abuelos la guarda y custodia, y, en su caso, la tutela de los nietos, de forma excepcional, pero antepuesta a la posibilidad de otorgar este cuidado a otros parientes y otras personas o instituciones (14).

Igualmente, es objeto de atención el ya citado artículo 160 del Código Civil, dando una nueva redacción a sus párrafos segundo y tercero, y circunscribiendo su aplicación no solo al caso de rupturas matrimoniales, sino también con la pretensión de articular una salvaguarda frente a otras situaciones como el mero desinterés de los progenitores o la ausencia de uno de ellos que, en tales circunstancias, perjudicase las relaciones de los nietos con sus abuelos. Asimismo, su ámbito de aplicación no se limita a las uniones matrimoniales, y se establecen garantías para que el derecho de los abuelos que se pretende amparar, no sea un vehículo para la infracción de otras resoluciones judiciales que, limitan o suspenden las relaciones del menor con alguno de sus progenitores. En el contexto de las relaciones paterno-filiales y su ubicación sistemática de este precepto en el Libro I, Título VII, Capítulo I del Código Civil supone un límite legal a las potestades paternas, a la vez que un derecho de los hijos (nietos) dentro de esa misma relación (15), y no una

(13) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, de 29 de junio de 2007 (*JUR* 2007/285382).

(14) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 23 de enero de 2001 (*JUR* 2001/121932); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 12 de julio de 2002 (*JUR* 2002/270774); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 31 de marzo de 2011 (*JUR* 2011/18765); y el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 6.ª, de 8 de abril de 2011 (*JUR* 2011/260717).

(15) En este sentido, SALANOVA VILLANUEVA, M., «Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1994», en *Anuario de Derecho Civil*, 1996-1, pág. 948; GAYA SICILIA, R., «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos», en *Anuario de Derecho Civil*, 2002-1, pág. 94; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª., «Comentario al artículo 154 del Código

prolongación, sustitución o suplencia de la patria potestad (16). También, se da una nueva redacción al artículo 161 del Código Civil, haciendo explícito y singular el régimen de visitas y relaciones de los abuelos con los nietos en casos de acogimiento familiar.

Por último, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, de manera que la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil se sustanciará por los trámites y los recursos del juicio verbal, con las peculiaridades dispuestas en el Capítulo I, Título I, Libro IV de la LEC. Esta reforma procesal consiste en añadir al apartado 1 del artículo 250 de la citada LEC, un ordinal más.

Con posterioridad a la reforma por Ley 42/2003, han tenido lugar dos importantes reformas en el ámbito del Derecho de Familia, por un lado, la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la orientación sexual de los abuelos/as, como el hecho actualmente reconocido de haber contraído matrimonio con otra persona del mismo sexo no se puede considerar «justa causa» que impida el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos. Igualmente, los abuelos en sentido sociológico —concepto muy amplio, que se utiliza en la doctrina francesa— pueden incluirse al nuevo cónyuge del abuelo o abuela, que puede haber tenido una relación estrecha y un trato familiar y afectuoso con el menor (nieto). En nuestro ordenamiento, con la actual Ley 13/2005, encajaría la posibilidad de relación de este con estos abuelos en sentido sociológico, aunque sean personas del mismo sexo que, su abuelo/a, pues son cónyuges del mismo; si bien lo harían en su consideración como «allegados». Y, por otro lado, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, regula expresamente la *custodia compartida* de los hijos menores por ambos progenitores acordada en el convenio regulador; y excepcionalmente, cuando el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, determine la guarda y custodia compartida fundamentándola en la protección adecuada del interés del menor. Una custodia compartida que, cualquiera que sea la forma convenida en su adopción, no va a prejuzgar la atribución a los abuelos de un derecho a relacionarse con sus nietos —si el Juez lo considera conveniente en beneficio o interés del menor—, se convenga o no esta medida en convenio, o resulte su atribución de una resolución judicial. Asimismo, el citado precepto determina en su apartado segundo, lo que hemos considerado como esencial en

Civil», en *Comentarios al Ministerio de Justicia*, T. I, Madrid, 1993, pág. 547. Y, en nuestra jurisprudencia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, de 11 de marzo de 2005 (AC 2005/674).

En contra, DE PRADA, para quien la norma —sobre todo al conceder acción judicial a los posibles interesados en relacionarse con el niño— «significa una intromisión más en la autonomía en el ejercicio de la patria potestad al conceder acción, y no solo al propio hijo, sino también a los parientes y allegados, para pedir al juez que intervenga en esta cuestión en detrimento de las facultades de los padres. El juez no parece en este precepto obligado a tener en cuenta exclusivamente el interés del hijo, sino también el de los parientes y allegados, a los que da la impresión de reconocer un derecho que parece sorprendente». Vid., DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, 1982, pág. 389.

(16) Argumento en la doctrina francesa, así, SÉRIAUX, «Tes pere et mere honoreras. Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1986, pág. 267.

los procesos de familia, que «el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos».

No olvidemos la posibilidad expuesta de que sea atribuida la guarda y custodia del menor —si bien no compartida, con cualquiera de los progenitores—, o la tutela del mismo, a los abuelos. Una audiencia de aquel y, por ende, un reconocimiento de su derecho a ser oído que se reitera en el nuevo párrafo que se añade al final de la regla 4.^a del artículo 770 de la LEC, y en el apartado 5 del artículo 777 de la misma Ley adjetiva. Asimismo, en esta norma se contempla por primera vez la posibilidad de que los cónyuges acudan a la mediación familiar como medio alternativo de resolución del conflicto familiar o de pareja (17). Se contempla expresamente la posibilidad de que los interesados, coincidiendo en su voluntad de resolver su crisis de pareja por la vía del acuerdo mutuo, puedan suspender el curso del proceso para iniciar unas negociaciones a través de un sistema de mediación familiar, que ponga fin al procedimiento inicialmente contencioso para sustituirlo por otro que tenga como finalidad la homologación del Convenio Regulador que, plasme los acuerdos alcanzados por los propios interesados.

Sobre el nuevo tratamiento que se ha dado a los citados preceptos, y se sustenta la actual regulación del derecho a relacionarse abuelos y nietos, nos vamos a ocupar en las siguientes líneas, dando preferencia en nuestro estudio al derecho de relaciones personales entre abuelos y nietos del artículo 160 del Código Civil, concretado, esencialmente en el derecho de visitas, entendido en un sentido amplio, pues, constituye el eje principal sobre el que se basan todas las demás modificaciones; y sobre el que esencialmente, recae la resolución que es objeto de análisis en el presente estudio. Para ello, no solo tendremos presente las aportaciones doctrinales existente en relación con la materia, sino también la jurisprudencia que se ha desarrollado en relación a la misma, además, de hacer

(17) La indicada ley, en su Disposición Final 1.^a, apartado 3.º, introduce una nueva regla 7.^a al artículo 770 de la LEC con la siguiente redacción: «las partes, de común acuerdo, podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación». Asimismo, el apartado seis de la misma Disposición Final 1.^a incluye una modificación al apartado 2 del artículo 777 de la LEC, quedando redactado así: «2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberán acompañarse la certificación de la inscripción de matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de Convenio Regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funde su derecho, incluyendo en su caso, *el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar*. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo». Por último, la Disposición Final 3.^a contempla lo que debería ser la consagración de la mediación familiar como fórmula de resolución de conflictos familiares, al establecer que: «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación, basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso, en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados en las Comunidades Autónomas». A falta de un desarrollo estatal de la materia, se han dictado diversas legislaciones autonómicas, Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del Principado de Asturias; la Ley 1/2009, de 27 de febrero, regulador de la Mediación Familiar de Andalucía; Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación familiar de las Illes Balears; y la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.

puntual referencia a cómo se ha sustanciado tal derecho en los ordenamientos autonómicos.

No obstante, antes de proceder al desarrollo de la materia expuesta, hemos de llevar a cabo dos precisiones necesarias. Una primera orientada a resaltar que los supuestos en los que va a descansar la operatividad de este derecho y, por ende, el reconocimiento de un régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos se concretan esencialmente en tres: en situaciones de crisis de pareja, como consecuencia de procesos de separación, nulidad y divorcio, donde la atribución de la guarda y custodia a un progenitor puede impedir a los ascendientes del otro progenitor que se relacionen con el hijo (nieto); cuando tal crisis no existe, pero, pese a la normalidad en la situación de la pareja, cualquiera de los progenitores o ambos restringen o impiden totalmente la relación de cualquiera de sus padres con sus hijos (nietos), por las diferencias personales entre los abuelos y los progenitores de los menores (18); y, finalmente, cuando, como consecuencia del fallecimiento de uno de los progenitores, el cónyuge superviviente impide o pone trabas a la relación de sus hijos con los ascendientes del progenitor fallecido (19), pues mantener la relación con los abuelos, además de perpetuar el duelo por la pérdida de quien fue su pareja, puede representar un obstáculo en el inicio de una nueva relación sentimental; si bien, la relación de los menores con los abuelos pasa a ser para los menores la encarnación de los valores familiares que para ellos representa la persona fallecida, y el vínculo o nexo de unión con toda estirpe o familia extensa del difunto (tíos, primos y demás parientes de la rama familiar del progenitor fallecido) (20). En todo

(18) Señala ACEVEDO BERMEJO A., *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 27-28, que las diferencias entre los padres y los hijos pueden deberse a múltiples y diferentes razones: «matrimonio o pareja de hecho constituida en contra de la opinión de los padres; relaciones problemáticas de los padres con el otro miembro de la pareja; opinión de los hijos de que sus padres intervienen en las cuestiones propias de la pareja o tienen una excesiva presencia en su vida; diferencias económicas o personales entre los padres y los hijos, y, en definitiva, una interminable casuística que puede dar lugar a que lo que fue una mala relación entre los padres y los hijos deriva en una verdadera ruptura entre ambos núcleos familiares, que se prolonga en la pérdida total de la relación entre los abuelos y los nietos, cuando son los propios padres de los menores los que imponen un alejamiento entre ambos e impiden que sus padres se acerquen siquiera a los nietos con quienes hasta entonces habían tenido una estrecha y entrañable relación».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.ª, de 13 de octubre de 2005 (*JUR* 2005/273790), precisa que, «el interés del hijo vertebrará un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones, ya sea por situaciones de crisis matrimonial, ya sea por abandono de relaciones familiares no matrimoniales o por cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores, que se debe favorecer la estabilidad afectiva y personal del menor, que se debe contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno».

(19) COLÁS ESCANDÓN, A., *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Thomson-Aranzadi, Navarra 2005, pág. 81.

(20) ACEVEDO BERMEJO, A., «Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial», *op. cit.*, pág. 26. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 27 de julio de 2009 (*RJ* 2009/45779), señala que, la relación del nieto con los abuelos es siempre enriquecedora, además no cabe desconocer el legítimo derecho

caso, no puede verse perturbada porque el progenitor haya iniciado una nueva relación (21).

Y la segunda, relativa a la denominación de este derecho. La actual reforma favorece el empleo de una terminología más amplia, de ahí la calificación del «derecho a las relaciones personales» que hemos empleado para enunciar este apartado. Favorece la utilización de la misma, el hecho que el artículo 160 del Código Civil se refiera a tal denominación; que el artículo 90 b) párrafo 2.º y párrafo antepenúltimo y 94 párrafo 2.º del citado cuerpo legal distingan entre derecho de visitas y derecho de comunicación; y que, finalmente, el artículo 161 del Código Civil ofrezca un tratamiento diferenciado entre el derecho de los abuelos de visitar al menor acogido y relacionarse con él. Si bien es cierto que la gran mayoría de los autores y de la jurisprudencia de nuestros Tribunales se han decantado por emplear la terminológica «derecho de visitas de los abuelos», sin embargo, algunos lo han hecho pensando en un contenido amplio de tal derecho (22), en el que se comprenderían todas las posibles relaciones personales entre el nieto y los abuelos. Parece que desde el sentir del legislador de la actual reforma, que compartimos, y desde la propia concepción de parte de la doctrina que, en general, coincide en dotar de un alcance amplio a este derecho, resulta más adecuado inclinarse por

de los abuelos de tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto.

Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 17 de octubre de 2008 (*JUR* 2009/51418), el abuelo como depositario de la memoria familiar y fuente de afecto, ni introduce argumentos verdaderamente disuasorios del programa establecido.

(21) En la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1.ª, de 17 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/101409), se indica que, la madre del niño mantiene una relación estable de pareja con una tercera persona con la que ha tenido una hija, conviviendo todos juntos como una familia desde hace tiempo (...). No puede perturbarse la estabilidad de este núcleo familiar y por tanto de un menor, haciéndole pasar la mitad de las Navidades, de la Semana Santa, o de todos los fines de semana del año lejos del mismo, sin la compañía de su hermana, etc. Por ello, se mantiene un régimen de visitas que comprende la comida y subsiguiente tarde de todos los miércoles de 10 a 13 horas de sábado y domingo en fines de semana alternos y diez días de las vacaciones escolares de verano.

(22) Vid., TORRES PEREA, J. M.ª, «El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos», en *La Ley*, 2001-4, pág. 1347, quien precisa que: «en este sentido, el llamado “derecho de visita” sería un género en el que se incardinan diversas especies, entre ellas, el derecho a la correspondencia, visita (en sentido estricto), pero también la posibilidad de desplazamiento del menor al domicilio de su familia, la pernoctación del mismo con su familia, es decir, las diversas relaciones personales que puedan darse entre el menor y sus familiares»; MACÍAS CASTILLO, A., «Derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004», en *Actualidad Civil*, núm. 20, noviembre de 2004, pág. 2488.

Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 14 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5473); y de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 20 de junio de 2001 (*JUR* 2001/238645), precisa en su *Fundamento de Derecho segundo* que: «se trata, efectivamente, de relación y no visita, expresión esta acuñada por la doctrina y jurisprudencia, pero que, sin embargo, no tiene un significado diferente, ya que la palabra «visitar» significa ir a ver a uno a su casa por amistad, afecto, cortesía, o por cualquier otro motivo; mientras que la palabra «relación» expresa un contenido mucho más amplio, en cuanto que la misma comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que cabe entender incluidas las estancias del menor durante cierto tiempo en el domicilio del titular o titulares del derecho de visitas».

la terminología propuesta, lo que, asimismo, evita cualquier posible confusión sobre cómo debe entenderse este derecho (23).

En este contexto, podemos definir este derecho de relaciones personales como «un derecho subjetivo autónomo e independiente, sustentado sobre la base del cariño y afecto que une a los abuelos y los nietos, en el que se da primacía a lo que representa el beneficio o interés del menor, del que depende su concesión, atendidas las circunstancias del caso y en el que se engloban, entre otras facultades, la de comunicarse entre sí, la de mantener correspondencia de toda clase, el derecho de visita en sentido estricto y el de tener a los nietos en su compañía» (24).

II. NATURALEZA Y FUNDAMENTO

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia se expresan en el sentido de considerar que estamos ante un verdadero derecho y no una mera facultad. Un derecho reconocido a quienes son sus titulares, como lo demuestra el hecho de que quien quiera denegarlo o suspenderlo ante los Tribunales, deberá probar que concurre justa causa para ello (25). Hay quienes, de forma mayoritaria, se inclinan por considerar que, nos encontramos ante un derecho cuya naturaleza es de derecho-deber, derecho-función, o derecho de «finalidad altruista», en la medida que no se concede únicamente para satisfacer los intereses de su titular,

(23) En este mismo sentido, COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...», *op. cit.*, pág. 39.

(24) Un concepto, si bien, de derecho de visitas es el establecido por GARCÍA CANTERO: «derecho de naturaleza o, mejor, contenido puramente afectivo que permite a su titular expresar o manifestar sus sentimientos a otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar su fin». Vid., GARCÍA CANTERO, G., «En torno al derecho de visita», en AA.VV., *El Derecho de visita. Teoría y praxis*, Eunsa, Pamplona, 1982, pág. 247; del mismo autor, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos, según la Ley de 21 de noviembre de 2033*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 39.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 4 de junio de 1992 (AC 1992/846) define en su *Fundamento de Derecho segundo*, el derecho de visitas como «un derecho de contenido puramente afectivo que autoriza a su titular a expresar o manifestar sus sentimientos hacia otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin».

Por su parte, SANCHEZ REBULLIDA al tratar dicho derecho, con carácter general, observa que «la facultad en examen no excluye las relaciones o contactos normales que el hijo pueda tener con otras personas, en especial con los abuelos». Vid., SANCHEZ REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, vol. 2.º, DE LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 247.

(25) Vid., COLÁS ESCANDÓN A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...», *op. cit.*, pág. 41.

En contra, SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 160 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinados por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. II, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 450, quien señala que: «la norma (el art. 160.2 del CC) es extraña, ya que es dudoso que realmente exista un derecho subjetivo familiar a relacionarse con los parientes».

En la doctrina francesa actual, por más que algunas veces se hable de prerrogativa, no se duda de la existencia en estas relaciones de un verdadero derecho a las relaciones personales (*droit aux relations personnelles*) con apoyo legal en el artículo 471-4 del Code Civil. Vid., GARÉ, *Le grands parents dans le droit de la famille*, París, 1989, pág. 203.

sino los del menor, respecto de quien sí puede hablarse en puridad de un derecho subjetivo (26). Otros afirman que estamos ante un derecho natural, derivado de la propia naturaleza humana (27).

Y no faltan algunos otros reputados autores, y cierta jurisprudencia menor (28), que sostienen que se trata de un derecho encuadrado en los derechos de la personalidad, siendo su naturaleza extrapatrimonial y, aunque habitualmente «su ejercicio pueda quedar enmarcado o quedar solapado con el derecho

(26) VERDERA IZQUIERDO, B., «Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados», en *La Ley*, 2002-7, pág. 1571; GAYA SICILIA, R., «El derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos», *op. cit.*, pág. 96; LETE DEL RÍO, J. M., «Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991)», *op. cit.*, pág. 148, «constituye confirmación de la existencia de un verdadero derecho subjetivo a favor de los parientes o allegados a relacionarse con el menor»; CARBAJO GONZÁLEZ, J., «El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil», en *La Ley*, 2000-4, pág. 1502; PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, pág. 389, establece que «el juez no parece en este precepto obligado a tener en cuenta exclusivamente el interés del hijo, sino también el de los parientes y allegados, a los que da la impresión de reconocer un derecho de relación que resulta sorprendente»; CARBALLO FIDALGO, M., «El “derecho de visita” de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 30, enero-marzo de 2006, pág. 48, señala que se trata de un derecho propio y autónomo a las relaciones personales entre el hijo y sus parientes y allegados. Un derecho subjetivo vinculado al libre desarrollo de la personalidad, del que uno y otros son titulares y que, por tanto, uno y otros pueden reclamar en justicia; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de familia*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 3.^a ed., Colex, 2011, pág. 180, lo califica como derecho-deber o como función del derecho de familia concedido en beneficio del menor; y FLORIT CANALS, C., «El régimen de visitas en la práctica judicial española», en *La Ley*, 1989-4, pág. 1069.

En esta misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 20 de octubre de 2011 (*RJ* 2011/6843); la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 11 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/109285), al indicar que «no nos encontramos ante un derecho propio y verdadero de los familiares a satisfacer sus propios deseos, sino ante un complejo derecho-deber, que se encuentra encaminado fundamentalmente a satisfacer las necesidades afectivas y educacionales de los menores»; las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.^a, de 1 de diciembre de 1998 (*AC* 1998/2487); de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.^a, de 27 de enero de 1999 (*AC* 1999/387); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, de 2 de junio de 2000 (*JUR* 2001/75033); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.^a, de 7 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/168197); de la Audiencia Provincial de Zamora, de 24 de octubre de 2001 (*JUR* 2002/250119); Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.^a, de 30 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/209154); sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 25 de julio de 2005 (*AC* 2005/1314); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.^a, de 12 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/175735); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.^a, de 25 de abril de 2007 (*JUR* 2007/281032); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, de 4 de julio de 2007 (*JUR* 2007/336897); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 4 de julio de 2008 (*JUR* 2009/32560), señala que, los menores tienen derecho a conocer y tratar personalmente a los ascendientes más próximos en grado.

(27) Así lo manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 1991 (*RJ* 1991/3108), si bien para el derecho de visita de los progenitores.

(28) Las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, de 13 de junio de 1992 (*AC* 1992/877); de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 4 de junio de 1992 (*AC* 1992/846); y de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 30 de marzo de 2000 (*AC* 2000/1371).

a la intimidad, es más amplio que este en extensión y contenido» (29). Tiene cierto «carácter absoluto, tanto en su sentido de derecho *erga omnes*, como en su aspecto de un poder directo de un bien fundamental que se actúa y concreta en la conducta del titular. Es un derecho personalísimo» (30). En esta línea, hay quien como la profesora DÍAZ-ALABART se inclina por considerar que estamos ante un derecho personal incluido en el ámbito de los derechos familiares, «si bien excede de ese marco en sentido estricto, puesto que se reconoce no solamente a parientes, sino a personas que mantienen una relación de especial intensidad con el menor o incapacitado que por sus características puede llegar a tacharse de “pseudofamiliar o cuasi familiar”» (31). Postura esta última con la que coincidimos, pues, estamos ante un derecho-deber o función personalísimo, inalienable, irrenunciable, imprescriptible, que está subordinado al interés del hijo.

Finalmente, para ARIAS DÍAZ estamos más bien ante un límite a la patria potestad (32).

En cuanto al *fundamento*, las relaciones personales entre abuelos y nietos se justificarían en el beneficio, provecho y en el interés prevalente que puede suponer para el nieto y para su desarrollo personal la relación con aquellos (33). Es, pre-

(29) GARCÍA CANTERO, G., «Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...», *op. cit.*, págs. 39 y 103; del mismo autor, «En torno al derecho de visitas», *op. cit.*, pág. 247.

(30) RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria», en AA.VV., *El derecho de visita. Teoría y praxis*, Eunsa, Pamplona, 1982, págs. 236-237; del mismo autor, *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 393, quien afirma, además, para el derecho de visitas a favor de «otros parientes y allegados», que «este derecho no siempre pertenece al ámbito familiar, pues puede ser reclamado y ejercido por no familiares del menor (relaciones personales con la madrina, con la novia; comunicación con el confesor); y afecta más a la esfera de la personalidad del individuo, tanto del derechohabiente como del menor, con lo que, junto a su destacado carácter personalísimo, está emparentado con (si no es que pertenece directamente a) los derechos de la personalidad, en su doble faz y orientación (hacia el titular y hacia el menor)»; y «está en el ámbito de las más importantes necesidades psíquicas o espirituales del menor como persona en un estadio concreto de su vida incluíble entre los derechos principales de la persona menor (en general, entre los derechos de la personalidad), y creo que identificable con lo que en otro orden llamamos derecho al libre desarrollo de la personalidad» (pág. 139).

En esta misma línea, SALANOVA VILLANUEVA, M., «Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1994», *op. cit.*, pág. 966; BOTANA GARCÍA, G., «Derecho de visita de los abuelos», en *Actualidad Civil*, núm. 5, marzo de 2004, pág. 551, quien añade que «su finalidad no es otra que el fomento de las relaciones de afectividad entre abuelos y nietos; por otro lado, trata de paliar, en la medida de lo posible, los efectos negativos que supone para el menor la dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad».

(31) DÍAZ-ALABART, S., «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 del CC)», *op. cit.*, pág. 354.

De la misma opinión, COLÁS ESCADÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...», *op. cit.*, pág. 42; SAN ROMÁN, J. R., «Criterios judiciales sobre la titularidad del derecho de visitas en los diversos supuestos de conflicto matrimonial y familiar», en AA.VV., *El derecho de visita. Teoría y praxis*, Eunsa, Pamplona, 1982, pág. 280.

(32) ARIAS DÍAZ, M.^a D., «Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos», en *La Ley*, 2005-1, pág. 1742. Igualmente, en este sentido, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 17 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/207988).

(33) Partidaria de esta posición, COLÁS ESCADÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...», *op. cit.*, págs. 58 a 64; ROMERO COLOMA, A. M.^a, «Derecho de visitas de

cisamente, ese interés y beneficio que para su desarrollo integral como persona, puede reportarles su relación con sus abuelos, lo que debe primar a la hora de tomar una decisión con respecto a la concesión o no de tales relaciones (art. 94, párrafo 2.º *in fine* del CC). Si es cierto que, en estas relaciones, además, les une el afecto y cariño que indudablemente ambos se profesan —que determina esa presunción *iuris tantum* de conveniencia de las relaciones ya mencionada— (34); y lazos de parentesco, que representan un dato más a tener en cuenta en la fijación de tales relaciones. Resulta indudable que el interés del menor reclama que, tales vínculos se mantengan en tanto supongan un beneficio para el menor (35).

los abuelos. Su conflicto frente al derecho de visitas de los padres», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 46, enero-marzo de 2010, pág. 64.

En el sentido, también, se expresan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3977); de 7 de abril de 1994 (*RJ* 1994/2728); de 11 de junio de 1996 (*RJ* 1996/4756); de 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996/6722); de 11 de junio de 1998 (*RJ* 1998/4681); el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3573). E, igualmente, en la jurisprudencia menor, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, de 2 de julio de 1994 (*AC* 1994/1230); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, de 22 de septiembre de 1995 (*AC* 1995/1575); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 4 de diciembre de 1996 (*AC* 1996/2413); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 21 de octubre de 1998 (*AC* 1998/2036); de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 30 de marzo de 2000 (*AC* 2000/3425); de la Audiencia Provincial de Burgos, de 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000/141670); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 20 de abril de 2001 (*JUR* 2001/172649); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/245126); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 25 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/103428); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 4 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/30189), deseo de la niña de ver a sus abuelos; de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 9 de enero de 2003 (*JUR* 2003/44534); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003/93272); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 18 de marzo de 2003 (*AC* 2003/824); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 18 de julio de 2003 (*JUR* 2004/24736); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 2 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004/29031); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/91617); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, de 8 de junio de 2004 (*AC* 2004/1076); de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 28 de julio de 2005 (*JUR* 2005/206798); de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 21 de abril de 2006 (*JUR* 2006/197047); el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 22 de marzo de 2007 (*AC* 2007/1165); las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 15 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/776793); y de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 27 de octubre de 2008 (*JUR* 2009/49827); de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1.ª, de 14 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/213579); de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.ª, de 14 de enero de 2010 (*JUR* 2010/106713), y de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 12 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/153862), entre otras. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 3.ª, Caso Amanalachioai contra Rumania, de 26 de mayo de 2009 (TEDH 2009/59).

(34) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 16 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/217614), señala que el derecho a relacionarse los abuelos con sus nietos tiene su fundamento en el afecto.

(35) La primera plasmación en el Derecho positivo de los intereses del niño ha tenido lugar con la Declaración de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1959, en su Principio 2.º

Nuestra Constitución de 1978, en esta línea, en su artículo 39 eleva a rango constitucional el principio de *favor filii* y posteriormente la aprobación de la Convención de las

III. CONTENIDO DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS

Se considera de forma mayoritaria que los titulares activos de este derecho de relaciones personales, son tanto los abuelos como el nieto/s, pues, la relación se sustenta sobre un derecho establecido en beneficio de ambos y, cualquiera de ellos puede solicitarlo (36). En cuanto a los nietos hay que entender que, nos estamos refiriendo tanto a menores de edad no emancipados, como a los mayores de edad que, se encuentren incapacitados, pues, aunque no se menciona a tales sujetos en el artículo 160.2.º y 3.º, sí se emplea en su párrafo 2.º el término genérico de «hijo» frente al de «menor» de su párrafo 3.º, por lo que sobre la base de un derecho que se concede a todo «hijo», resultaría exigible, dotar al mismo de una interpretación extensiva, y, en consecuencia, considerarles titulares de dicho derecho, con la posibilidad de ejercitarlo por sí mismos, siempre que lo permita la sentencia de incapacitación (art. 210 del CC); y de no ser así, por sus representantes legales; y ante una negativa de los mismos, podría solicitarse

Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 propugna, además, el deber de los Estados de adoptar medidas para dar cumplimiento efectivo a los derechos de los niños. En sus artículos 5, 8, 9, 18, 20 y 21 expresamente se señala la obligación de defender el interés superior del niño, frente a cualquier otro interés presente, al adoptar cualquier tipo de decisión sobre separación del niño de sus padres, responsabilidad de los padres en la crianza y desarrollo del niño, o en materia de adopción, estableciéndose además el deber de los Estados de respetar el papel de los miembros de la familia ampliada y de tener en cuenta el derecho del niño a las relaciones familiares.

UNICEF, en el año 1992, emitió un informe sobre la situación de los niños en el mundo, donde se efectuaba la propuesta de que el interés superior del niño fuera elevado a la categoría de principio integrado en la ética del nuevo orden mundial.

En este contexto, cualquier decisión, judicial o extrajudicial, que se adopte con relación a menores, debe estar presidida por el principio de protección del interés del menor o incapacitado —tout pour l'enfant—. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996/959); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Orense, Sección única, de 3 de mayo de 1999 (*AC* 1999/1012); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, de 8 de junio de 2004 (*AC* 2004/11076). En nuestra doctrina se señala que el interés del menor se ha convertido en un Principio General del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico, vid. LETE ACHIRICA, J., «La atribución de los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de los cónyuges separados o divorciados (Comentario a la STS de 29 de marzo de 2001)», en *Actualidad Civil*, 2001-3, pág. 1188; Díez PICAZO, L., «El principio de protección integral de los hijos (tout pour l'enfant)», en *La tutela de los Derechos del menor*, dirigido por GONZÁLEZ PORRAS, Córdoba, 1984, pág. 1273; LINACERO DE LAFUENTE, M.ª, «La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», en *Actualidad Civil*, 1999-4, págs. 1573 a 1626; ALONSO PÉREZ, M., «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», en *Actualidad Civil*, 1997-1, págs. 17 a 40, quienes realizan, además, un análisis de la evolución, a lo largo de los tiempos, de este principio de protección del interés superior del niño.

(36) DÍAZ-ALABART, S., «El derecho de relación personal entre el menor», *op. cit.*, págs. 355 y 356; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 15; COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos», *op. cit.*, págs. 68-69; CARBAJO GONZÁLEZ, J., «El derecho de relación con parientes y allegados», *op. cit.*, pág. 1505. En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, de 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000/141670); y de la Audiencia Provincial de Toledo, de 21 de abril de 2004 (*JUR* 2004/147342).

el nombramiento de un defensor judicial (37). Y con relación a los abuelos es posible atribuir este derecho a otras generaciones precedentes (bisabuelos), en atención también a una interpretación extensiva del artículo 160.2.º, siempre que tales relaciones repercutan en un beneficio para el desarrollo personal, afectivo e intelectual del menor, que es el fundamento sobre el que se sustentan estas (38).

Sobre tales bases, el contenido de este derecho de visita de los abuelos, nuevamente, el artículo 160.2 se manifiesta con cierta amplitud, pues habla de «relaciones personales». Es acertada la interpretación de LETE DEL RÍO cuando señala que «seguramente el legislador usó esta fórmula para evitar *a priori* una interpretación restrictiva, en tanto que la palabra visita que significa ir a ver a uno a su casa (domicilio de titular o titulares de la guarda del menor) por cortesía, afecto o amistad, evoca el contenido mínimo del derecho a relacionarse con el menor. En cambio la palabra «relación» expresa un contenido mucho más amplio, en cuanto que la misma comprende la conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que cabe entender incluidas las estancias del menor durante cierto tiempo en la casa (o domicilio) del titular o titulares del derecho de visita» (39).

En la doctrina es, asimismo, opinión común que las «relaciones personales» del artículo 160.2 del Código Civil comprenden los mismos contenidos que el artículo 94 del mismo cuerpo legal, señala para los padres en supuestos de separación, nulidad o divorcio. Incluirán, por tanto, visitas *strictu sensu*, comunicación o correspondencia [por cualquiera de las vías posibles: telefónica, epistolar u otras similares (internet)] y la estancia o alojamiento del menor, incluyendo la pernocta (40). Se opta por un sentido amplio en cuanto que comprende visita, conexión, correspondencia, trato, toda forma de comunicación o relación de los abuelos con sus nietos, frente al estricto de un «derecho de visitas» equivalente a

(37) Adoptando también una interpretación extensiva en los casos de personas sometidas a tutela, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «Relaciones entre los nietos y los abuelos», *op. cit.*, pág. 363; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria», *op. cit.*, pág. 200; COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...», *op. cit.*, pág. 71; RIVERA ÁLVAREZ, J. M.ª., «El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad: artículo 160.2.º y 3.º, párrafos del Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 2000, pág. 650; GARCÍA CANTERO, G., «Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...», *op. cit.*, pág. 139, quien afirma que «en todo caso, si el menor ha sido declarado incapaz, y tanto si ello se realiza antes o después de alcanzar la mayoría, hay razones humanitarias, en ausencia de un texto expreso, para seguir considerándole sujeto activo y pasivo del *ius visitandi*, cualquiera que sea su edad». Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 20 de abril de 2001 (*JUR* 2001/172649), derecho a relacionarse con el hijo declarado incapaz.

(38) En este mismo sentido, COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos...», *op. cit.*, págs. 70-71; TORRES PEREA, J. M., «El artículo 160.2.º y 3.º del Código Civil...», *op. cit.*, pág. 1347; y la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002/1325), en cuyo *Fundamento de Derecho Tercero* se indica que: «(...) hay que poner de manifiesto el carácter enriquecedor de las relaciones abuelos y nietos, que no puede ni debe limitarse a los pertenecientes a una sola línea».

(39) LETE DEL RÍO, J. M., «El derecho de visita de los abuelos», *op. cit.*, pág. 149.

(40) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4321); el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 11 de octubre de 1999 (*AC* 1999/2012), la corta edad del menor no hace aconsejable, de momento, la estancia del mismo en el domicilio de sus abuelos paternos; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 15 de marzo de 2010 (*JUR* 2011/12731), comprende pernoctar en casa o pasar una temporada con los abuelos.

un puntual contacto entre el abuelo y el menor con ocasión del desplazamiento del propio abuelo al domicilio donde reside el menor (nieto) (41).

No obstante, hay que señalar que nos encontramos con un concepto abierto o indeterminado, cuyo contenido habrá de ser precisado en cada caso, igual que el tiempo, modo y lugar de ejercicio, según la condición de las personas implicadas y las circunstancias que concurren, y ha de ponerse en relación con el principio de interés del menor; abarcando un amplio abanico de situaciones (42). En principio, el Juez o, en su caso, los progenitores en el convenio regulador, cuentan con cierto margen de discrecionalidad a la hora de determinar, en cada caso concreto, la extensión de tal derecho a relacionarse los abuelos con sus nietos, que se concretará atendiendo siempre a las circunstancias específicas concurrentes, enjuiciadas de acuerdo con el principio del interés del menor (43).

Con respecto al derecho de visita *strictu sensu* habrá de determinarse si ha de tener lugar en el domicilio del nieto (44) o de los abuelos (45), o llevarse a cabo, cuando las circunstancias del caso concreto así lo aconsejen, en otro lugar diferente al de los domicilios mencionados, por ejemplo, en los Puntos de Encuentro familiar (46); igualmente se fijará el tiempo que durarán las mis-

(41) TORRES PEREA, J. M., «El artículo 160.2 y 3 del Código Civil...», *op. cit.*, págs. 1347, 1352 y 1353. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000/141670); y de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 20 de junio de 2001 (*JUR* 2001/238645).

(42) En este sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de junio de 1994 (*AC* 1994/1126); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 14 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5473); y de la Audiencia Provincial de Burgos, de 10 de abril de 2000 (*JUR* 2000/141670).

(43) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4321).

(44) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, de 31 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/152845), se considera más conveniente la comunicación con los abuelos maternos tenga lugar en la localidad de Plasencia, donde al parecer se encuentra la familia materna, de tal manera que así se verá satisfecha la conveniencia del contacto con el núcleo familiar próximo de la madre y el interés de los menores de estar con sus primos.

(45) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 16 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/120536), preferencia a que la menor sea llevada por su padre al domicilio de la abuela materna a que esta tenga que recogerla; pues, hay una gran distancia entre ambos domicilios, teniendo el padre vehículo propio a diferencia de la abuela que tiene que coger dos autobuses y dedicar casi una hora de trayecto.

(46) En los que habitualmente una serie de profesionales cualificados en el ámbito de la psicología, la pedagogía y el trabajo social, orientan y asesoran a los implicados, y facilitan las entregas de los hijos menores y el cumplimiento de regímenes de comunicación y visitas en determinados casos de especial conflictividad, en colaboración directa con la autoridad judicial. Vid., por todos, MAGRO SERVET, V., «La necesidad de implantar en España los puntos de encuentro familiar», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIII, núm. 565, 13 de febrero de 2003, págs. 1 a 5. Asimismo, el artículo 233-13 del Código Civil catalán, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 7 de marzo de 2000 (*AC* 2000/1031); el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 20 de enero de 2003 (*JUR* 2003/93074); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 30 de septiembre de 2004 (*JUR* 2005/8841); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/238143); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 24 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/222621); la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 16 de abril de 2010 (*JUR* 2010/357712); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 13 de septiembre de 2010 (*JUR* 2010/398221); la sentencia de esta misma Audiencia y Sección,

mas (47); y si en su desarrollo debe estar, necesariamente, presente uno de los progenitores (48), lo que de nuevo exigirá atender al caso concreto, sin perjuicio de resultar obvia tal presencia, cuando se trata de un menor de corta edad, o que padezca algún trastorno psicológico u otra enfermedad que así lo aconseje.

Si tienen lugar tales visitas en el domicilio del menor, los abuelos deberán acudir al mismo para buscarle y a él deberán de nuevo volver, una vez finalice aquella, para entregarlo.

Si donde se encuentra el menor (nieto) es un centro con un régimen especial (internado en una residencia, en un centro sanitario), se habrá de respetar el horario de visitas que, indiquen las normas del mismo. Los gastos derivados del desplazamiento de los abuelos a cualquiera de los lugares fijados para que la visita tenga lugar, dependerán de lo acordado por las partes, aunque lo normal es que los Tribunales atribuyan el coste de tales traslados a los abuelos.

Ahora bien, este derecho de visita puede ir acompañado de una estancia o pernocta del menor con los abuelos en su domicilio, como hemos precisado en líneas precedentes (49). Esta opción deberá ser acordada por las partes implica-

de 6 de octubre de 2010 (*JUR* 2011/43436); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 4 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/742456).

(47) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 17 de enero de 1998 (*AC* 1998/129), derecho de comunicación durante dos horas en sábados alternos; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 19 de enero de 1998 (*AC* 1998/2969), sábados alternos desde las 12 a las 18 horas; de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1.ª, de 3 de noviembre de 2000 (*JUR* 2000/69668), sin perjuicio del derecho de comunicarse con su nieto por los medios habituales (teléfono, carta...), siempre que ello no sea obstáculo para cumplir con sus obligaciones escolares y régimen habitual de vida, tiene derecho a visitarlo y tenerlo en su compañía el primer fin de semana de cada mes, desde las 11 horas del sábado a las 20 horas del domingo; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 13 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/54057), comunicación durante el mes de agosto entre la abuela materna y el nieto; de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 11 de abril de 2003 (*JUR* 2003/203978), limitación a dos horas cada quince días; de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1.ª, de 23 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/101398), al tratarse de menor con siete años, huérfano de padre, y los abuelos residen en otra ciudad, se fija un periodo anual de quince días seguidos; de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 10 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/134273), domingos alternos de 12 horas a 20 horas, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 15 de diciembre de 2006 (*JUR* 2008/140577), la abuela recogerá al menor del colegio las tardes de días alternos, con la obligación de no realizar comentarios al nieto sobre su padre; de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 3 de mayo de 2010 (*JUR* 2010/314769), de dos miércoles de cada mes de 17:30 a 20:30 horas; y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 4 de julio de 2011 (*JUR* 2011/324854), se establece un régimen progresivo de visitas que comenzarán en un fin de semana al mes sin pernocta en el Punto de Encuentro de la localidad de residencia de los niños —Segovia—, y que se ampliará a varios días en periodo vacacional y a la pernocta el fin de semana, en función del contenido de los informes del Punto de Encuentro, del examen pericial, y de la exploración judicial de los menores, transcurridos que sean cuatro meses desde la efectividad de las visitas.

(48) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.ª, de 31 de mayo de 1999 (*AC* 1999/6140); y de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 23 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/177519).

(49) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4321) (Fundamento de Derecho Segundo). Vid., asimismo, el comentario sobre esta sentencia llevado a cabo por EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2004», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, mayo-agosto de 2005, págs. 747 a 764.

das, o por el Juez con la máxima cautela, quien fijará el tiempo de permanencia. Sólo cuando las relaciones de afectividad, de cariño entre los abuelos y su nieto sean profundas y suficientemente arraigadas, y siempre que el interés del menor y su edad lo permitan, podrá establecerse tal facultad (50). No obstante, la práctica judicial demuestra que la negativa inicial a tal pernocta, se puede modificar y, en consecuencia, ampliarse el régimen de visitas donde se incluya la misma, cuando la relación del nieto con los abuelos vaya siendo más afectiva, o cuando el nieto vaya alcanzando más edad.

Con respecto al derecho de comunicación, como hemos apuntado al inicio, podrá implicar tanto la conversación directa y personal por teléfono (51) o video-conferencia, como la correspondencia escrita, bien utilizando la vía postal ordinaria, o el fax, o el e-mail. Tratándose de menores de corta edad, serán los progenitores de los mismos, los responsables directos del desarrollo de dicho derecho, pues, serán los que normalmente redacten las cartas de sus hijos, o les lean las que reciban de sus abuelos, o les pongan al teléfono con ellos, o en fin, los encargados de informar a los abuelos de la evolución del menor; y de hacerles llegar noticias de los mismos por cualquier medio.

Aunque formalmente y desde el punto de vista de las facultades que lo integran, el contenido del derecho de visita de los abuelos no es equiparable al de los padres, no lo es así la extensión y la periodicidad del mismo, que viene a ser más modesta y reducida que la que se otorga habitualmente a los progenitores —por regla general de una tercera parte del tiempo que de ordinario se establece a favor del padre no custodio—, tomando en cuenta en todo caso las circunstancias especiales que, en cada supuesto concurren (52). La razón de este distinto

(50) En la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 7 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/265785), la relación entre la abuela paterna y la menor es inexistente, lo que unido a la personalidad de la menor, que se caracteriza por una emocionalidad estable y reposada, aunque poco expresiva, socialmente integrada, aunque con tendencia a la introversión, determina tal y como se señala en el informe psicosocial emitido por la psicóloga y la Trabajadora Social adscritas a los Juzgados «la conveniencia de que los encuentros se reinicien de forma gradual, sin pernocta en principio, en un contexto supervisado por los profesiones del Punto de Encuentro Familiar de Burgos; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, de 1 de febrero de 2008 (*AC* 2008/1852), no pernocta en el domicilio del abuelo por enfrentamiento entre el padre y cuñada que convive con el abuelo.

(51) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.^a, de 5 de julio de 2005 (*JUR* 2005/238132); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.^a, de 14 de abril de 2011 (*AC* 2011/1084).

(52) Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de mayo de 1992 (*AC* 1992/749); de la Audiencia Provincial de Segovia, de 7 de abril de 1994 (*AC* 1994/615); las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 19 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/160847); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 7 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/198116), de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.^a, de 16 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/64648); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.^a, de 14 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/158356); de la Audiencia Provincial Valencia, Sección 10.^a, de 1 de junio de 2004 (*JUR* 2005/2310); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.^a, de 10 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/134273); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, de 9 de abril de 2008 (*AC* 2008/1358), señala que, no pueden los abuelos introducirse en la vida de ellos con el régimen de visitas que se pretende obtener cuál si se tratara de una madre biológica, pues, recordemos que lo que se pretende, es un amplio abanico de comunicación centrado en fines de semana alternos desde viernes a domingo, dos tardes a la semana, y mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, y de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 10 de septiembre de 2010 (*JUR*

tratamiento es doble: «la intensa vinculación del hijo menor con los padres (más necesitados de estos que de sus abuelos) y el deber del progenitor con derecho de visita y titular de la patria potestad de ejercitar esta, precisamente con ocasión de sus contactos con el menor» (53). En este contexto, no puede descartarse que el juez suprima para los abuelos algunas de las facultades señaladas, si así lo demanda el interés del menor al que, siempre y en última instancia, se supedita este derecho a relacionarse personalmente los abuelos y los nietos; y, por tanto, la modalidad y extensión de su ejercicio.

En el supuesto de fallecimiento de uno de los progenitores, cuyos padres reclaman el derecho a relacionarse con su nieto/s, parece lógico ampliar ese derecho, ante la no evidente colisión con el derecho del padre separado o divorciado, y como, posible eje transmisor de los valores familiares que, en vida hubiera asumido el progenitor fallecido, especialmente cuando del contacto con los abuelos dependa el mantenimiento de la relación entre los menores y otros parientes de esa misma línea familiar, como pueden ser tíos, primos, etc. (54).

IV. MODOS DE ESTABLECER EL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS

Como pusimos de manifiesto en líneas precedentes, son diversos los supuestos que pueden determinar el establecimiento de este derecho de relaciones personales entre abuelos y nietos; e, igualmente, hemos de señalar que, son diversas las vías para hacerlo efectivo. A las mismas nos vamos a referir en este apartado.

Ahora bien, la determinación de las mismas ha venido acompañada de la modificación de otros preceptos del Código Civil, y, como hemos hecho referencia en varias ocasiones, se introduce un nuevo párrafo B) en el artículo 90; se modifica el contenido del antepenúltimo párrafo de este mismo precepto; y se introduce un segundo párrafo en el artículo 94.

2010/343677), precisa que, no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto, pero todo ello debe entenderse sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor, que deberá ser oído al respecto, pues, rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor; y no se olvide que el derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos, es un derecho de menor intensidad que el que tiene los padres, a quienes nunca pueden los abuelos pretender equipararse o sustituir, y si bien, esas relaciones no se pueden impedir sin justa causa».

(53) En este mismo sentido, GAYA SICILIA, R., «El derecho de los abuelos a relacionarse...», *op. cit.*, pág. 98; VERDERA IZQUIERDO, B., «Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados», en *La Ley*, 2002-7, pág. 8; LETE DEL RÍO, J. M., «Derecho de visita de los abuelos...», *op. cit.*, pág. 149; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de junio de 1994 (AC 1994/1126); de la Audiencia Provincial de Lleida, de 28 de febrero de 2000 (AC 2000/767); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 4 de noviembre de 2002 (JUR 2003/30189); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 14 de marzo de 2003 (JUR 2003/158356).

(54) Precisa ACEVEDO BERMEJO, A., «Las relaciones abuelos-nietos», *op. cit.*, pág. 32, que la extensión del derecho debería incluir fines de semanas alternos y mitad de las vacaciones escolares, es decir, la misma extensión que correspondería a un padre o madre separados.

Hechas estas precisiones, comenzaremos por señalar que una de las novedades de la reforma es la posibilidad de establecer como una medida más del contenido de un convenio regulador en situaciones de crisis matrimoniales, «del régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, teniendo en cuenta siempre el interés de aquellos». Se otorga a los cónyuges «si lo consideran necesario» como una simple facultad, cuando procedan a la redacción del convenio regulador (55). Por tanto, debe excluirse que tal medida pueda quedar en manos de la autoridad judicial o de cualquier otra persona; la necesidad de la misma solo puede ser apreciada por los cónyuges, quienes tendrán únicamente como límite, cuando opten libremente por esta posibilidad, el del interés del menor (56). De forma que el juez en ningún caso podrá rechazar la propuesta global del convenio regulador presentado por el hecho de que no se haya establecido en el mismo ninguna previsión sobre el régimen de visitas de los ascendientes. Ello, a pesar de que el encabezamiento del artículo 90 indica que «el convenio regulador... deberá referirse al menos...». Expresión «al menos» que hay que poner en relación con el régimen de visitas de los abuelos, con la, asimismo, expresión «si se considera necesario», lo que dota a esta mención en el convenio de un carácter facultativo y no obligatorio, como inicialmente se había planteado en el Proyecto de reforma y que, por vía de enmienda, se modificó en su actual configuración.

Por otra parte, prescribe el artículo 90 en su antepenúltimo párrafo que los acuerdos de los cónyuges adoptados en el convenio regulador de su crisis matrimonial, serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (57). Y, añade la necesidad de previa audiencia a los abuelos en la que estos presten su consentimiento, pues, se trata de un derecho a favor de ellos (58). Cabe entender tal consentimiento como la necesidad de que los abuelos presten en el acto de ratificación del convenio su

(55) El artículo 233-12 del Código Civil catalán, en esta línea, señala que: «1. Si los cónyuges proponen un régimen de relaciones personales de sus hijos con los abuelos y con los hermanos mayores de edad que no conviven en el mismo hogar, la autoridad judicial puede aprobarlos, previa audiencia de los interesados y siempre y cuando estos den su consentimiento. 2. Las personas a quien se haya concedido el régimen de relaciones personales están legitimadas para reclamar su ejecución».

Por su parte, el Decreto Legislativo 17/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas hace referencia en su artículo 77 a los pactos de relaciones familiares, estableciendo al respecto que: «1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos. 2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar: b) El régimen de relaciones de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas».

(56) ARIAS DÍAZ, M.^a D., «Reflexiones acerca de la Ley 42/2003...», *op. cit.*, pág. 1739.

(57) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 12 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/31047); y de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.^a, de 11 de junio de 2003 (*JUR* 2003/178222).

El artículo 77.4 del Código del Derecho Foral de Aragón señala, igualmente, con relación al pacto de relaciones familiares que: «El pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior».

(58) Precisa también, al respecto, el artículo 77.6 del Código de Derecho Foral de Aragón que: «cuando el régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros

conformidad con aquellas previsiones efectuadas en el acuerdo de separación o divorcio, y que se refieran al sistema de visitas que en el futuro sus nietos mantendrán con ello. Lo que, asimismo, constituye una garantía del Juez de tener en su presencia a los abuelos, y ahondar en la relación que han mantenido con sus nietos hasta el momento y las que tendrán en el futuro, pudiendo recabar de unos y otros cuantas informaciones considere oportuna para tener un más exacto conocimiento de la situación, y si el régimen de visitas y comunicaciones previsto por los interesados en su convenio responde o no a la sensibilidad y necesidades afectivas y personales de los abuelos y de los propios nietos. En este contexto, podría considerarse perjudicial para el menor y justificar la denegación judicial de la propuesta global del convenio, la negativa de los abuelos a aceptar el régimen de visitas propuesto. De la lectura de la ley en este punto parece no impedirse dicha posibilidad, aunque lo cierto es que la no determinación clara de este supuesto, y lo peligroso de introducir elementos distorsionantes en una materia donde resulta muy difícil culminar en acuerdos, va a exigir a los jueces y aplicadores del derecho dirimir la cuestión, atendiendo a cada supuesto concreto y a las circunstancias concurrentes.

En todo caso, no considerando perjudicial para el menor la no prestación de consentimiento de los abuelos al régimen de visitas propuesto, se plantea si esta negativa tendrá efectos sobre la aprobación final del convenio por el Juez. Lo probable en este supuesto es que dicha aprobación global final no tenga lugar, debiendo los cónyuges presentar una nueva propuesta de convenio, si procede y, para ello, se abrirá un plazo de diez días, en que las partes propondrán uno nuevo sobre el punto o los puntos no aprobados.

Tal denegación del acuerdo habrá de hacerse mediante resolución motivada, y podrá interponerse el correspondiente recurso de apelación ante el órgano jerárquico superior. Esta solución legal, que contiene el antepenúltimo párrafo del artículo 90, resultaría mejorable para las partes interesadas, quizá como propone ARIAS DÍAZ si los abuelos rechazan el régimen contenido en el convenio, y el juez, automáticamente, en lugar de pronunciarse sobre su admisión o denegación, debería proceder a la aprobación general del convenio, si no hay objeción alguna a las restantes estipulaciones y dejar pendiente el régimen de visitas, remitiendo a las partes interesadas al procedimiento judicial *ad hoc* para resolver de forma definitiva las pautas y criterios sobre la relación entre abuelos y nietos (59).

parientes y personas allegadas, se deriven derechos y obligaciones para estos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación».

(59) ARIAS DÍAZ, M.^a D., «Reflexiones acerca de la Ley 42/2003...», *op. cit.*, págs. 1739-1740, añade, además, que «si se sigue esta lectura de la norma, y el juez ante la negativa de los abuelos no aprueba el convenio, se está dejando en manos de los abuelos la resolución del conflicto, lo que es impropio, ya que podrán constituir una vía de fácil chantaje institucionalizado a los padres que se separan o divorcian».

Sin embargo, de forma novedosa, el Código de Derecho Foral de Aragón permite aprobar en parte el pacto de relaciones familiares que propongan las partes, y, limitar la presentación del nuevo pacto a lo no aprobado. Así dispone el artículo 77.5 que: «El juez aprobará el pacto de relaciones personales, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos. Si el pacto de relaciones familiares no fuere aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto o transcurrido el plazo concedidos sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente».

Desde la perspectiva expuesta, es probable que el recurso práctico a esta opción no sea frecuente. De hecho hasta ahora no se ha presentado en los Tribunales ningún convenio donde se fije tal régimen de visitas. Lo cierto es que en los convenios los cónyuges buscan acuerdos sobre mínimos en cuestiones que les afectan conjunta y recíprocamente, y en estos mínimos no suele estar la decisión sobre el régimen de visitas de los abuelos tanto maternos como paternos, en la que, además, estos no participan. La frágil línea sobre la que se sustentan los acuerdos en situaciones de crisis, exige evitar, por pequeño que sea, cualquier motivo que conlleve discrepancia. Si a esto añadimos el riesgo expuesto de que el convenio no se apruebe, bien porque el régimen de visitas propuesto es perjudicial para el menor, o porque igualmente el juez considera perjudicial para el mismo el rechazo de los abuelos, o, en fin, aunque no siendo esta negativa de los abuelos considerada perjudicial, no obstante, el juez no apruebe el convenio. Aunque, solo se alude en el citado antepenúltimo párrafo del artículo 90 a la audiencia y al consentimiento de los abuelos, ello no prejuzga que también deba darse audiencia a los menores (nietos) en tanto son parte directamente afectadas. Dicha audiencia está expresamente reconocida en el artículo 92 del Código Civil en lo que a los procesos de separación, nulidad o divorcio se refiere, disposición perfectamente trasladable a aquellos en los que se discute únicamente sobre las relaciones personales de los nietos con sus abuelos, como es nuestra materia; y, tras la reforma por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1/1996, de 15 de enero, se ha erigido como una fase necesaria en cualquier procedimiento donde se ventilen cuestiones que afecten al interés de los menores, en concreto en el artículo 9, tratándose de menores mayores de doce años con suficiente juicio (condiciones de madurez), la obligación a las autoridades administrativas y judiciales de dar audiencia a estos menores en todos los procedimientos que les afecten, entre los que se encuentra este que, estamos analizando. No obstante, queda a la apreciación del Juez la posibilidad de dar audiencia a hijos menores de dicha edad, a quienes en todo caso se les exigirá tener suficiente juicio. Lo cierto es que, esta audiencia deberá realizarse ante el Juez, o en su caso, en presencia también del Ministerio Fiscal, de la forma que menos perjuicio psicológico puede producirle, pudiendo, si se estima necesario, solicitar dictamen —no vinculante— de especialistas (asistentes sociales, psicólogos forenses, etc.). De todas formas, sea cual fuere la forma que se adopte para llevar a cabo tal audiencia, precisamente por la mayor autonomía y libertad con que el Ordenamiento viene reconociendo al menor en aras precisamente del desarrollo de su personalidad y de su condición como sujeto de derechos, lo importante es que la voluntad del nieto sea escuchada y tomada en consideración por el Juez, sin que la simple negativa del mismo determine su no concesión (60). Se trata de un derecho de aquel y no de una obligación, que quepa imponerle.

(60) En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4321), en su *Fundamento de Derecho Segundo* señala que: «debe ponderarse la razonabilidad de las opiniones de los menores, lo que no significa que quepa identificar lo expresado por ellos con su interés, pues, en todo caso, debe prevalecer el beneficio de los mismos en orden a su formación integral e integración familiar y social»; con anterioridad, de este mismo Tribunal, la de 11 de junio de 1996 (*RJ* 1996/4756); y en la jurisprudencia menor, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 19 de diciembre de 2001 (*JUR* 2002/68369).

Igualmente, vid., con carácter general, la sentencia del Tribunal Constitucional 178/2003, Sala Primera, de 13 de octubre. Ponente: don Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, en la que se

Una vez que los miembros de la pareja hayan efectuado la ratificación del acuerdo a presencia judicial, si la documentación aportada a su demanda no fuera suficiente (art. 777.4 de la LEC), el órgano judicial dictará providencia otorgando a los interesados el plazo de diez días para que completen la documentación que pudiera faltar. Durante este plazo podrá llevarse a cabo la práctica de la prueba que los interesados hubieran propuesto y las demás que el órgano judicial considere pertinentes para acreditar la existencia de las circunstancias de hecho en que la demanda inicialmente se hubiese fundado, y que puedan llevar al convencimiento del Juez sobre la necesidad o no de aprobar el convenio suscrito por las partes y propuesto para su homologación. De modificarse el convenio y suprimir la mención del derecho de visitas de los abuelos, a estos solo les queda el entablar un proceso específico separado sobre la base sustantiva del artículo 160 del Código Civil y lo dispuesto en el artículo 250.1.12 de la LEC, relativo al juicio verbal.

Aprobado el convenio por el Juez, el régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos podrá hacerse efectivo por vía de apremio (art. 160 antepenúltimo apartado *in fine*); pues, como previene, asimismo, el artículo 90 del Código Civil, desde tal momento los pactos contenidos en el mismo, podrán hacerse efectivos por tal vía. De ahí que, el convenio presentado a la aprobación e, incluso ratificado en presencia judicial no puede ejecutarse por vía de apremio en tanto no haya sido aprobado por la correspondiente sentencia.

En todo caso, como expusimos en líneas precedentes, el Convenio podrá ser aprobado en su integridad, o rechazado en cuestiones concretas que, a juicio del órgano judicial no resulten apropiadas o convenientes, en cuyo caso los interesados serán requeridos para que en el plazo de diez días, sometan a aprobación nuevo Convenio en aquellas concretas cuestiones que no hubieran merecido la aprobación judicial. Aportado el nuevo Convenio, o expirado el aludido término, el Juzgado dictará auto resolviendo lo que proceda (art. 777.7 de la LEC). Aunque la Ley no hace mención concreta sobre este extremo, cualquier nueva propuesta de Convenio Regulador deberá ir seguida de la correspondiente ratificación judicial, previa al pronunciamiento judicial sobre su procedencia o improcedencia, y no solamente de los integrantes de la pareja en trance de ruptura, sino de los abuelos que deberán prestar consentimiento al régimen de visitas que se hubiera estipulado respecto de sus nietos (61). De todas formas, la sentencia que deniegue la separación o el divorcio como el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del Convenio propuesto por los cónyuges podrá ser recurrido en apelación (art. 777.8 LEC) (62).

reitera que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión implica, entre otras cosas, la necesidad de ser oído; y, más específicamente, en relación con la protección de menores, la sentencia del mismo Tribunal 221/2002, Sala Segunda, de 25 de noviembre. Ponente: don Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, ante el caso de una menor de más de doce años que no fue oída por la Audiencia Provincial en un procedimiento de oposición de la madre a la declaración de desamparo.

(61) En esta línea, ACEVEDO BERMEJO, A., «Las relaciones abuelos-nietos», *op. cit.*, pág. 48.

(62) Lo que resulta sorprendente, pues, la propia naturaleza del Convenio Regulador exige la concurrencia de voluntades de las partes que lo suscriben. Quizá esta posibilidad derive del hecho que el Juzgado puede aprobar alguna medida diferente de las que el Convenio contiene, como por ejemplo, en relación con el derecho de visita de los abuelos-nietos. Si bien, este recurso de apelación no suspende la eficacia de las medidas acordadas ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o el divorcio, cuando la apelación al Tribunal Superior se refiera exclusivamente a las medidas complementarias a la separación o divorcio, y no al pronunciamiento principal.

Ahora bien, si los progenitores no han previsto en el convenio regulador el derecho de visita de los abuelos, o previsto no haya sido aprobado, o si el proceso entablado era de nulidad matrimonial o de separación o divorcio sin mutuo acuerdo, y, no se ha presentado convenio regulador, acudiendo al proceso contencioso correspondiente, porque el consenso mutuo haya resultado imposible; en estos supuestos el Juez, tal como dispone el artículo 94 párrafo segundo del Código Civil, «podrá» adoptar como medida, si lo considera beneficioso para los intereses del menor, el régimen de relaciones personales con sus abuelos, determinando las condiciones en que se desarrollará el mismo (63). Al igual que el artículo 90, también en este precepto se exige la preceptiva audiencia y consentimiento de los abuelos a los efectos de conocer la opinión de los mismos. Si bien, a diferencia de aquel, para este supuesto, se va a exigir, asimismo, la audiencia a los progenitores del menor (64). En este supuesto, deberá ser el Juez quien establezca, atendiendo a las circunstancias y especialmente al grado de vinculación que los abuelos hasta entonces hayan mantenido con los nietos, un sistema de visitas que asegure la pervivencia de los lazos afectivos entre ambos grupos familiares. Se deberá dar audiencia a los padres y a los abuelos, quienes deberán, además de prestar su consentimiento (65). Se introduce así un nuevo contenido en la sentencia que, pone fin al procedimiento matrimonial. Tanto si

(63) A diferencia de las relaciones de los progenitores, donde la propia norma viene a ser de obligado cumplimiento para el Juez, en este caso resulta claramente el carácter voluntario o facultativo de la decisión, si se cumplen los requisitos del artículo 90 y lo que dispone expresamente el artículo 160, ambos del Código Civil.

En esta línea, el artículo 79.1 del Código de Derecho Foral de Aragón dispone que: «1. A falta de pacto entre los padres, el juez determinará las medidas que deberán regir las relaciones familiares, tras la ruptura de su convivencia, teniendo en cuenta los criterios que se establecen en los artículos siguientes».

(64) TOMÉ TAMAME, J. C., «El régimen de visita de los abuelos en los procesos de separación, divorcio y nulidad: artículos 90 y 94 del Código Civil», en *Al Día, Información Jurídica*, núm. 47, abril de 2004, pág. 5, muestra su disconformidad con esta audiencia, pues, afirma, no hace sino perturbar aún más los procesos matrimoniales contenciosos. Además, añade que: «la ley no ha previsto cuál es el momento procesal oportuno para realizar la audiencia de los padres y de los abuelos, ni si la misma debe efectuarse individual o conjuntamente, ni tampoco si el hecho de no efectuar esta audiencia llevaría aparejada la sanción de nulidad de las actuaciones *ex* artículo 238.3 LOPJ».

(65) Para CARBALLO FIDALGO, M., «El “derecho de visita” de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos...», *op. cit.*, págs. 54-57, cuando por cualquiera de los progenitores se solicita un derecho de visitas a los abuelos como pretensión accesorio al proceso matrimonial, considera erróneo que se niegue cualquier legitimación a los abuelos en el seno de tal proceso matrimonial, reservado en exclusiva a los cónyuges, pues, «se parte de desconocer el fenómeno de la acumulación de objetos procesales o pretensiones y no comprende una es la pretensión principal, la matrimonial, para la que solo están legitimados los cónyuges (con alguna excepción en la nulidad), y otra cada una de las pretensiones accesorias, que han de regirse por las normas propias de la legitimación». De forma que, de acuerdo con lo dicho hasta ahora, continúa la autora, se abren diversas posibilidades. «En primer término, es posible que la pretensión sea ejercitada conjuntamente por el cónyuge demandante (en representación de sus hijos), y los abuelos, supuesto en que, como accesorio, se acumulará al procedimiento principal. En segundo lugar, podrá ejercer la pretensión el cónyuge demandante, asumiendo la representación de menores y abuelos, la primera legal, la segunda necesariamente voluntaria. El cónyuge demandante puede en tercer término, actuar individualmente, en exclusiva representación del hijo. En tal caso, los abuelos habrán de aparecer junto al otro cónyuge, como demandados».

el sistema de visitas se determina por acuerdo mutuo en el Convenio Regulador, como en caso que sea el Juez quien fije la extensión de este derecho, en los términos apuntados, el mismo será exigible por vía de apremio. En el supuesto que continúe existiendo problemas o dificultades en el ejercicio del derecho reconocido, a través de la oportuna ejecución de títulos judiciales podrá el juez compeler al cumplimiento de lo dispuesto en relación con este derecho, a quién se está impidiendo injustamente su ejercicio.

Lo cierto es que, no faltan autores que, reconocen a los abuelos en los procesos consensuados o contenciosos de separación o divorcio o nulidad de los progenitores, la posibilidad de intervenir al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (intervención adhesiva simple), en apoyo de una de las partes procesales, presumiblemente, su propio hijo, al objeto de evitar los perjuicios que reflejamente, pueden derivarse de la derrota de una de las partes en relación a su pretensión. Como tales intervinientes adhesivos podrán realizar alegaciones, proponer y practicar prueba e interponer recursos, no así realizar actos de disposición material, limitados solo para los propios cónyuges (66).

En todo caso, en el supuesto que la reclamación del derecho a relacionarse los abuelos-nietos, se efectúe en sede de procedimiento de separación o divorcio de los padres, el artículo 103 del Código Civil posibilita la adopción de un sistema de visitas a favor de los abuelos en el auto de medidas provisionales que, el Juzgado deba dictar; aunque el citado precepto, prevé la posibilidad de adoptar como medida provisional y de manera excepcional, la atribución a los abuelos de la custodia ordinaria de los menores con carácter preferente a otros parientes o de una institución al efecto, confiriéndoles así las correspondientes funciones tutelares respecto de sus nietos que, ejercerán siempre bajo la autoridad judicial; parece obvio que pueda también incluirse en la redacción del mencionado artículo 103, también un derecho de menor alcance y dimensión como sería establecer un sistema de visitas a favor de los abuelos.

Ahora bien, en este contexto, si en el convenio regulador no se hace referencia a este derecho de relaciones personales de abuelos y nietos, o, como apuntamos, tras la modificación de aquel, se suprime la referencia a tal derecho, o sin existir crisis matrimoniales, nos encontramos con unas malas relaciones entre los abuelos con los progenitores del menor; o de ruptura de una pareja de hecho, o simplemente, de mera dejadez en el mantenimiento de tales relaciones, es posible que los abuelos o el propio nieto acudan al Juez para que se lleve a efecto el derecho que, les reconoce el artículo 160 del Código Civil.

Para ello, se prevé un nuevo proceso y se introduce un nuevo apartado, el número 12, en el artículo 250.1 de la LEC, donde se relacionan las pretensiones

(66) CARBALLO FIDALGO, M., «El “derecho de visita” de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos...», *op. cit.*, pág. 59, alude a los casos en que el derecho de visitas de los abuelos no es objeto de la *litis*, pero la suerte futura de su relación con los menores se encuentra directamente condicionada por el resultado del pleito. Piénsese, precisa la autora, «en los supuestos en que los abuelos mantienen una relación tensa con uno de los padres, que previsiblemente dificultará los contactos de aquellos con el menor de serle atribuida su guarda. O en aquellos en que existe el riesgo de traslado de los niños al extranjero; u otros, comunes en la práctica, en que los abuelos conviven con el padre o madre que solicita para sí la guarda de los menores, frente a la pretensión opuesta del otro progenitor». En todos estos casos, concluye la autora, «la decisión sobre la guarda no es en absoluto irrelevante para los abuelos, pues, ejerce una innegable eficacia refleja sobre su posición jurídica». En este mismo sentido, ACEVEDO BERMEJO, A., «Las relaciones abuelos-nietos», *op. cit.*, pág. 55.

que deben ser tramitadas a través del juicio verbal (67). Tal juicio se sustanciará con las peculiaridades dispuestas en el Capítulo I, del Título I del Libro IV de la citada norma adjetiva, en concreto, serán de aplicación los artículos 748 a 753, sobre los procesos relativos a la persona y a la familia (68); tendrá carácter no dispositivo, lo que supone que no rige el principio dispositivo o su vigencia está matizada dada la influencia de «un indiscutible interés público inherente al objeto procesal»; y corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia o de Familia, en aquellos lugares en que existan órganos especializados la competencia objetiva (art. 769 LEC) (69); y será competente territorialmente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En caso de residir estos en distintos partidos judiciales, se establecen dos fueros electivos: el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor, a elección del demandante (art. 769.3 LEC) (70).

Tendrán legitimación activa, los abuelos, los nietos menores de edad, el Ministerio Fiscal, y cualquier pariente y allegado que se considere con derecho a que se establezca a su favor un sistema de visitas con los menores. Y, esta demanda en reclamación de visitas a favor de los abuelos habrá de dirigirse contra la persona o personas que, están de hecho impidiendo u obstaculizando sin causa justificada el contacto mutuo entre el menor y sus abuelos, parientes o allegados, que, de ordinario, serán los progenitores de los menores, con quienes estos normalmente conviven; o, asimismo, todos aquellos que ostenten la tutela, guarda o custodia del menor. En caso de que los hijos menores —nietos de los demandantes— residan con uno solo de los progenitores por encontrarse estos separados o divorciados la demanda deberá extenderse también al progenitor que, no conviva habitualmente con los menores, pues, tendrá establecido a su favor un régimen de visitas que se puede ver alterado, si se establece un derecho

(67) Precisa, COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de nietos con los abuelos...», *op. cit.*, pág. 164, que: «la Ley 42/2003 ha cometido aquí un error, ya que el ordinal añadido al apartado 1 del artículo 250 de la LEC debe ser el número 13, puesto que el número 12 fue introducido anteriormente por el artículo 1.7.º de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios». En el mismo sentido, GONZÁLEZ PILLADO, E., «El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre», en *Actualidad Civil*, núm. 4, febrero de 2005, págs. 403-404.

Por su parte, CARBALLO FIDALGO, M., «El “derecho de visitas” de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos», *op. cit.*, pág. 58, señala la posibilidad de acumular este proceso al proceso matrimonial de acuerdo con los artículos 74 y siguientes de la LEC.

(68) Señala CARBALLO FIDALGO, M., «El “derecho de visita” de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos...», *op. cit.*, pág. 49, que «la remisión a tal capítulo, regulador de las disposiciones generales de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, se comprende en la medida en que se ven implicados los derechos de estos últimos. Por tal razón, lo más correcto hubiera sido modificar el artículo 748 de la LEC, para incluir entre los procesos sujetos al Título I del Libro IV lo que versen sobre la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil.

(69) Para un estudio más profundo de este proceso, vid., GONZÁLEZ PILLADO, E., «El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre», *op. cit.*, págs. 403-413.

(70) La competencia territorial en caso de plantear la reivindicación a través de la homologación de un convenio en sede de proceso de separación o divorcio de los padres, el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio conyugal.

de visitas a favor de los abuelos (71). En cuanto a la postulación procesal, la demanda deberá ser redactada por Letrado y presentada con la firma de este y del correspondiente Procurador (art. 750.1 LEC). Resulta preceptiva la intervención en este proceso del Ministerio Fiscal, en cuanto es siempre parte interesada un menor de edad (art. 749.2 LEC). El procedimiento se inicia con la demanda en la que deberán relatarse los hechos en la forma que previene el artículo 437 de la LEC, de forma sucinta, y en la que se identificarán los datos personales del actor o actores y del demandado o demandados, así como el domicilio en que se deberá efectuar el emplazamiento de estos. En el escrito de contestación a la demanda, el demandado deberá exponer las razones por las que se opone a la pretensión de la parte actora, debiendo negar o admitir los hechos que se consignan en la demanda inicial. No podrá formular reconvencción, pues, resulta difícil pensar que puedan tener esos pretensiones deducibles contra los demandantes en el mismo procedimiento (art. 406 LEC). La vista deberá celebrarse en la forma prevista para el juicio verbal, y, dentro del plazo de cinco días desde la contestación de la demanda se dictará auto en el que se «citará a las partes para la celebración de la vista, con indicación del día y la hora, debiendo mediar diez días, al menos desde el siguiente a la citación sin que pueda exceder de veinte» (art. 440.1 de la LEC). En la citación también se indicará a las partes que, deberán acudir a la vista con los medios de prueba que intenten hacer valer; y, además, el órgano jurisdiccional habrá de advertir a las partes de lo dispuesto en el artículo 442 de la LEC para el caso de que no comparecieran a la vista. En el desarrollo de la vista, se practicarán las pruebas aportadas, no admitiéndose aquellas que pudieran ser solicitadas junto con la demanda. Todos los medios de prueba que no puedan practicarse en el acto de vista, se practicarán dentro del plazo que señale el Tribunal, que no podrá exceder de treinta días. Dentro de este plazo se practicará, por ejemplo, la audiencia a los nietos mayores de doce años, o menores de dicha edad que tengan suficiente juicio, en apreciación y estimación del juez. En cuanto a los medios de prueba que pueden utilizarse, será a todos aquellos a los que hace referencia el artículo 299 de la LEC y el orden de práctica que establece el artículo 300 de la LEC. Entre estas pruebas habría que destacar el dictamen de especialistas (prueba pericial), en concreto del equipo psicosocial adscrito al Juzgado, en la que podrán valorar la situación de todo el núcleo familiar; determinar con la mayor garantía la conveniencia o no de tales relaciones, y las medidas más convenientes para el cuidado, desarrollo personal y educación del menor (72). Contra la inadmisión de cualquier medio de prueba

(71) Señala ACEVEDO BERMEJO, A., «Las relaciones abuelos-nietos», *op. cit.*, pág. 59, que ante la existencia de un posible perjuicio, entiende que una demanda de esta naturaleza deberá incluso ampliarse a los abuelos de la otra rama familiar; a quienes igualmente podría afectar en su contacto habitual con los nietos, la fijación de un régimen de visitas a favor de los abuelos de la otra rama familiar. No obstante, el artículo 753 de la LEC prevé que se dará traslado de la demanda a «las demás personas que, conforme a la Ley, deben ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados». Y añade, asimismo, que «si las dificultades en el contacto con los nietos no se limita exclusivamente a los abuelos, sino que la relación se hubiera interrumpido con toda una rama familiar (abuelos, tíos, primos, etc.), nada impediría que la demanda solicitando régimen de visitas se formulara en nombre de cuantas personas se encuentren afectadas por la injusta situación que los progenitores de los menores vengan creando».

(72) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 9 de enero de 2003 (*JUR* 2003/92861); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 8 de julio de 2010 (*JUR* 2010/296780).

podrá formularse oralmente recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y caso de desestimarse, cabrá protesta a los efectos de proponer de nuevo prueba en la segunda instancia (art. 285 LEC). Practicadas las pruebas, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de diez días, denegando o estimando la pretensión planteada por el propio menor o por sus abuelos o allegados. La sentencia que se dicte al amparo del artículo 160 del Código Civil otorgará a las medidas adoptadas fuerza ejecutiva, de manera que, podrá compelerse al cumplimiento de tales medidas (73). De forma que, ante cualquier incumplimiento la parte perjudicada deberá acudir a un procedimiento de ejecución de títulos judiciales, contemplado en los artículos 517 y siguientes de la LEC. En la demanda de ejecución, además de solicitar las medidas ejecutivas concretas que interesen y los medios necesarios para que el Juez pueda llevar a cabo tales medidas, cabe la posibilidad de solicitar el establecimiento de multas coercitivas conforme lo establecido en los artículos 709 y 711 de la LEC, si el ejecutado persiste en su incumplimiento, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar los derechos correspondientes por la vía penal, por presunto delito de desobediencia a la autoridad judicial (74). No obstante, de existir un acuerdo de los llamados de Derecho Privado, nada impide que, por la naturaleza del mismo, se derive la imposición de una sanción en forma de indemnización por los daños y perjuicios causados *ex* artículo 1101 del Código Civil.

Contra la sentencia que se dicte en este proceso procederá recurso de apelación que se tramitará de forma ordinaria (arts. 455 a 467 de la LEC); y, el recurso de casación se limitará a que la resolución dictada presente interés casacional, entendiendo por el mismo cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelvan puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o que la sentencia aplique una norma que no lleve más de cinco en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido, o en fin cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros, o esta se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente también interés casacional (art. 477.2.3.º y 3 de la LEC).

En todo caso, se pueden solicitar la adopción de medidas cautelares que restablezcan de forma inmediata la relación de los abuelos con los nietos, si la interrupción de las mismas puede causar un daño o perjuicios a los menores conforme previene el artículo 158.3 del Código Civil (75). Para ello, la Ley de

(73) Señala, asimismo, el artículo 79.3 y 4 del Código de Derecho Foral de Aragón que: «3. El juez podrá disponer las medidas cautelares necesarias para asegurar el cumplimiento de las medidas adoptadas. 4. El incumplimiento grave o reiterado de las medidas aprobadas judicialmente podrá dar lugar a su modificación o a la exigencia de su cumplimiento de acuerdo con lo previsto en las normas de ejecución judicial».

(74) RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visitas», *op. cit.*, pág. 287. Por su parte, consideran que el incumplimiento del régimen de visitas establecido en un juicio verbal instado por los abuelos no es encuadrable en el artículo 618.2 del Código Penal de 1995, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2.ª, de 18 de febrero y 31 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/402752; *JUR* 2010/406964); y de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 9.ª, de 19 de octubre de 2010 (*JUR* 2011/109738).

(75) Asimismo, dispone el artículo 79.2 del Código de Derecho Foral de Aragón que: «2. El juez de oficio, a instancia de los hijos menores de edad, o de cualquier pariente o persona interesada o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas necesarias, a fin de: a) Garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores

Enjuiciamiento Civil ofrece un cauce procedimental adecuado en su Título IV, Capítulos I y II, artículos 721 y siguientes y 730 y concordantes, debiendo presentarse la demanda de medidas cautelares junto con la demanda en que se ejercite la acción principal de reclamación de las relaciones abuelos-nietos (art. 730.1).

No obstante lo expuesto, siempre resulta conveniente, antes de iniciar el proceso contencioso sobre la base sustantiva del derecho reconocido en el artículo 160, intentar el abuelo/s como el nieto, llegar a un acuerdo con los progenitores de este, que les permita comenzar o reanudar, si ya existían, las relaciones afectivas entre ellos. Estos acuerdos o pactos a los que eventualmente las partes implicadas pueden llegar, serán válidos y no contravendrán el orden público ni precepto imperativo alguno siempre y cuando limitasen su objeto a la modalización de tales relaciones personales; pactos o acuerdos que, en cualquier caso, podrán quedar supeditados a la decisión del juez, siempre que se lleve el caso ante los Tribunales, pudiéndose alterar lo acordado por las partes en función del interés prevalente del menor (76). Pactos que las partes pueden suscribir también en el caso que la pareja no estuviera unida por vínculo matrimonial (77), y, por supuesto, para el caso que, no existiese crisis conyugal o de pareja. La actual LEC, como bien sabemos, contiene en su Libro IV la regulación de los procedimientos a los que otorga la denominación de «Procesos especiales», y viene a incorporar a ellos todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria, en los que se contempla la posibilidad de que dos partes que han alcanzado un acuerdo sobre una cuestión en la que mantienen controversia, puedan someter al conocimiento y aprobación judicial tal acuerdo, adquiriendo aquellos con ello, el valor y la fuerza ejecutiva que, le otorga la homologación judicial.

Este derecho al que se puede llegar, bien sea en virtud de pacto o por sentencia judicial, no puede, tal como dispone el párrafo tercero del citado artículo 160, dejar sin efecto o vaciar de contenido medidas, por ejemplo, de alejamiento que se hayan adoptado ante situaciones de violencia familiar. La contribución por parte de los padres del progenitor violento al incumplimiento de la medida impuesta a este puede integrar una justa causa prevista en el artículo 160, párrafo 2.º, y, así-

con cada uno de los progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas».

(76) Señala VIVES LLAMAZARES, F., «El derecho de los ascendientes al trato...», *op. cit.*, pág. 120, que la eficacia del pacto entre ascendientes y padres tiene nada más que un valor puramente provisional; mientras que, para RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita», *op. cit.*, pág. 241, tal pacto sobre régimen de visitas y relaciones personales «vincula y obliga a las partes si es, y en cuanto sea, válido y eficaz, y debe ser cumplido como tal, lo cual significa que, como cuestión resuelta convencionalmente, su vigencia impide a las partes (que lo suscribieron) el acudir directamente al juzgado para que organice un nuevo régimen de visitas como si aquel no existiera: existe, vincula y debe ser cumplido en sus propios términos. Su eficacia y exigibilidad es, pues, idéntica al de otro convenio de Derecho Privado válido y sobre materia disponible; ante el desconocimiento o incumplimiento de una parte, puede pedirse ante los tribunales que sea respetado y cumplido, mientras esté vigente y no se declare judicialmente su ineficacia o modificación por la razón que fuere».

Por su parte, nuestros Tribunales se muestran igualmente partidarios de estos acuerdos, previos a cualquier reclamación judicial; vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999/8278); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de junio de 1994 (*AC* 1994/1126).

(77) La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 2 de julio de 1994 (*AC* 1994/1230), precisa que este derecho de visita y convivencia entre abuelos y nietos también alcanza a las uniones extramatrimoniales (caso de autos), pues, está establecido a favor y al interés de los hijos, y, le son aplicables por analogía.

mismo, puede ser también causa de suspensión temporal de la visita ya otorgada o de la adopción de medidas cautelares que eviten que nuevos actos violentos se ocasionen por la concesión de un derecho de visitas (78).

Desde las bases expuestas, son dos los supuestos procedimentales sobre los que hacer efectivo el derecho de los abuelos y los nietos a relacionarse: 1. La tramitación a través de juicio verbal de las reclamaciones derivadas del artículo 160 del Código Civil; 2. El reconocimiento del derecho a relacionarse abuelos-nietos en el convenio regulador de una crisis de pareja, o por el juez en la sentencia que resuelva aquella crisis (arts. 90 y 94 del CC), que seguirán el proceso matrimonial que corresponda respecto del cual aquel derecho a relacionarse de abuelos y nietos representa una mera incidencia (79). En este caso, la mayoría de los procesos matrimoniales se tramitan también por el juicio verbal, distinguiéndose en palabras de COLÁS ESCANDÓN tres casos (80):

- a) Si el proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial se solicita de mutuo acuerdo, o por un cónyuge con el consentimiento del otro, se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 777 de la LEC.
- b) Si la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial implican un procedimiento contencioso, al no haber acuerdo entre las partes, se tramitará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 770, 774, y 775 de la LEC.
- c) La adopción de la medida provisional en virtud de la cual se decretan las relaciones personales entre abuelos y nietos *ex* artículo 103 del Código Civil, se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 771 y 772 de la LEC.

En fin, en cualquiera de los dos supuestos procedimentales descritos —el del art. 160 o el de los arts. 90, 94 y 103 del CC—, la resolución judicial que reconozca y configure tal derecho no podrá ser ejecutada provisionalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 525 de la LEC. Y, al igual que todas aquellas resoluciones en las que un menor se ve implicado, las decisiones judiciales en esta materia de relaciones personales de abuelos y nietos, carecen de efecto de cosa juzgada: cualquier hecho o circunstancia nueva que incida de modo relevante sobre la relación autoriza a conocer de nuevo el caso.

V. DENEGACIÓN O NO CONCESIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS: LA EXISTENCIA DE «JUSTA CAUSA»

El artículo 160.2 del Código Civil no define expresamente qué debe entenderse como «justa causa», y cuáles pueden ser las mismas, sino simplemente manifiesta

(78) Este párrafo no figuraba en el Proyecto de Reforma; fue incorporado, como ya expusimos, vía enmienda (núm. 42) del Grupo Popular en el Congreso.

(79) GARCÍA CANTERO, G., «Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...», *op. cit.*, pág. 126, nota 77, 128 y 154, quien añade, además, con respecto al juicio verbal especial del artículo 250.1.12.º LEC, que en este procedimiento se restringe el acceso al recurso de casación contra la resolución del recurso de apelación de la Audiencia Provincial, dado que solo se autoriza aquel cuando presente interés casacional (art. 477.2.3.º de la LEC).

(80) COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con los abuelos...», *op. cit.*, págs. 166 a 169.

que de concurrir la misma, conlleva la denegación del derecho de los abuelos a relacionarse personalmente con sus nietos (81).

Lo cierto es que pueden encuadrarse, en un sentido amplio, en dicho concepto jurídico indeterminado, todas aquellas situaciones que perturben al menor, es decir, aquellas que en definitiva vayan en contra de su interés o beneficio. Allí donde la relación del menor con los abuelos perjudique al niño, porque ponga en peligro su salud, seguridad, moralidad o educación, debe operar aquella y no conceder o simplemente suspender el derecho (82). Habrá, en consecuencia, que considerar y analizar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes para determinar si es o no conveniente la relación del menor con sus abuelos. RIVERO HERNÁNDEZ ha equiparado los «motivos graves» que justifican la suspensión del derecho de visita de los padres en caso de separación nulidad y divorcio (art. 94 del CC) a la justa causa del artículo 160.2. Estos motivos graves deberán ser además de serios, legítimos y actuales, más que potenciales y el juez tendrá que valorarlos «con toda la ponderación y rigor que la trascendencia de sus consecuencias aconsejan» (83). Opina, por su parte, BERCOVITZ (84) que, «en la justa causa debe predominar el interés del hijo, aunque este no debe ser incompatible en principio con la ponderación de los intereses de otros miembros de la familia (los llamados intereses familiares)». Para CARBAJO GONZÁLEZ por justa causa hay que entender una relación no conveniente para el menor y para su formación, por desarrollarse en unas circunstancias y en un entorno poco propicio o por la concurrencia de cualquier otro impedimento (85).

Por ello pueden variar de unos supuestos a otros y hasta puede ocurrir que lo que en unos casos pueda ser perjudicial para el menor; en otros, variadas las circunstancias, no sea así. En todo caso, la carga de la prueba de la existencia de «justa causa» corresponde a los padres que se oponen al ejercicio del derecho, pues, existe una presunción favorable al mantenimiento de las relaciones abuelos-nietos, como adecuadas desde la perspectiva del interés del menor (nieto).

La doctrina establece un elenco de motivos esgrimibles por quienes se oponen al derecho de visita de los abuelos, normalmente alguno de los progenitores. Se trata de una lista con carácter *numerus apertus*. A tales efectos, se considera por justas causas que, pueden determinar la denegación o suspensión del derecho (86):

1. Los malos tratos físicos o psíquicos infligidos al nieto por los abuelos, o a la inversa.

(81) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 31 de octubre de 2001 (*JUR* 2002/18460).

(82) CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «El derecho de los abuelos a relacionarse...», *op. cit.*, pág. 20.

(83) RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita. Ensayo de una construcción...», *op. cit.*, pág. 177.

(84) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 161 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, coordinados por Manuel AMORÓS GUARDIOLA, vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1076.

(85) CARBAJO GONZÁLEZ, J., «El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil», en *La Ley*, 2000-4, pág. 1502.

(86) Siguiendo aquí a COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con los abuelos...», *op. cit.*, págs. 141 a 155; SALANOVA VILLANUEVA, M., «Notas sobre el derecho de los abuelos a...», *op. cit.*, págs. 952 a 958.

2. Las malas relaciones existentes entre nieto y abuelos (87).
3. El deliberado ánimo permanente de los abuelos de influir en aspectos que forman parte del ámbito propio de la patria potestad, como la educación de los hijos menores.
4. El sufrimiento de una enfermedad mental de los abuelos, o de una enfermedad infecciosa padecida por los mismos o personas de su entorno más cercano, siempre que en ambos casos tengan carácter permanente, y puedan afectar al nieto, en cuanto van a impedir un adecuado desarrollo de la relación. De no tener tal carácter, estas enfermedades solo darán lugar a una suspensión temporal de la relación (88).
5. La drogodependencia o alcoholismo de los abuelos o de las personas de su entorno.
6. El peligro de que el contacto con los abuelos impida la recuperación psicológica de los nietos (89).
7. El incumplimiento por los abuelos de lo previsto en el artículo 160, párrafo 3.º, respecto a las medidas de alejamiento adoptadas en relación con su hijo ante supuestos de violencia familiar; y el riesgo de retención definitiva, especialmente cuando este derecho implica que el menor se traslade de un país a otro.
8. El padecimiento por el nieto de una enfermedad o deficiencia que requiera un cuidado especial, que no pueden los abuelos proporcionarle.

(87) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 20 de enero de 2003 (*JUR* 2003/114817), manifiesta el menor su indiferencia a la abuela materna, y una negativa por parte del mismo a relacionarse con esta; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 16 de septiembre de 2009 (*AC* 2009/2093), menor de 18 meses de edad sin relación con los abuelos desde que cumplió tres meses; enfrentamientos y conflictividad entre los padres y abuelos con una distancia considerable; y de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, de 4 de noviembre de 2009 (*JUR* 2010/45292), contactos escasos y ausencia de vínculos afectivos sólidos.

(88) Añadir que el riesgo de infección en la enfermedad contagiosa debe ser tal que no se elimine con unas sencillas medidas de profilaxis, vid., en este sentido, DÍAZ-ALABART, S., «El derecho de relación personal entre el menor...», *op. cit.*, pág. 368, nota 127, afirma que el hecho de que los abuelos sufran el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) no es, por sí solo, causa bastante para denegar el derecho, puesto que con las debidas precauciones profilácticas no existe riesgo de contagio.

(89) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.ª, de 11 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000/299472), posible agresión sexual del tío que convive con la abuela; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 22 de abril de 2002 (*JUR* 2002/221592), atendiendo las especiales circunstancias concurrentes: padre de las menores asesinado por la madre, con un enfrentamiento de las familias y un fuerte rechazo y tensión emocional de las menores ante la presencia de la abuela paterna, hace aconsejable no señalar un régimen de visitas alguno a favor de aquella por el momento, y en tanto en cuanto las circunstancias actuales persistan, dado que resulta evidente que las mencionadas niñas se encuentran en la actualidad y en la convivencia que mantienen con el padre adoptivo, estabilizadas emocionalmente y una alteración de tal convivencia con la introducción de una forzada relación con distintos miembros de la familia paterna, les desestabilizaría profundamente»; de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, de 11 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/193717); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 3 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/180633); y de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 9 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/341418), el hecho de que los abuelos vean a su nieto puede ser perjudicial para este, debido a la tensión existente entre sus abuelos maternos y sus padres.

9. La adopción del nieto, cuando no nos encontremos ante ninguno de los supuestos en que no se produce la ruptura de los vínculos con la familia de origen, *ex* artículo 178 del Código Civil, y en el momento de producirse tal adopción el nieto no tiene edad y, por tanto, capacidad para discernir lo que está sucediendo (se trata de un menor de corta edad).
10. El abuelo/a haya sido condenado por delito contra la persona de su hijo o su nieto, el haberle negado alimentos, o haber sido privado de la patria potestad por incumplimiento grave de los deberes paternos.
11. La intromisión negativa en la vida familiar (90).
12. La utilización como vía para que el hijo pueda seguir amenazando o acosando a sus propios hijos y al otro progenitor (91).

En este contexto, no puede considerarse justas causas para denegar o suspender aquel derecho a las relaciones personales de abuelos y nietos:

1. La sola opinión del guardador respecto de la influencia negativa sobre el menor de las visitas de los abuelos (92).
2. Las malas relaciones o las desavenencias entre el progenitor (guardador) y los abuelos —presupuestas en el mismo hecho del litigio— que solo en el caso extremo, de que llegaran a desestabilizar al menor, serían relevantes (93). En este sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de

(90) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003/93272), peligro que la comunicación menor-abuela paterna afecte a la relación de las menores con sus padres, pues la crisis matrimonial fue consecuencia de la intromisión de la abuela paterna en el matrimonio.

(91) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 28 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/152717).

(92) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 11 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/164944), falta de acreditación que la abuela genere en la menor animadversión contra su madre; obligación de esta de evitar cualquier alusión a la menor contra su madre.

(93) No prosperó esta causa de alegación, ya que primó el beneficio del menor, en las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994 (*RJ* 1994/2728); de 11 de junio de 1996 (*RJ* 1996/4756); de 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996/6722); de 30 de marzo de 1999 (*RJ* 1999/1870); y 20 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002/8462). En la jurisprudencia menor, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 15 de diciembre de 1999 (*AC* 1999/8483) en su *Fundamento de Derecho Primero* indica que: «(...) de existir malas relaciones mencionadas —entre el padre del menor Francisco Javier y la abuela materna—, estas se deben única y exclusivamente a la actuación de los mayores y, por lo tanto, dentro de su esfera personal deben permanecer, y no deben hacer partícipe al menor de las diferencias que entre ellos pudiera existir y ello porque en todo caso han de procurar el interés del menor»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 28 de febrero de 2000 (*AC* 2000/767), en cuyo *Fundamento de Derecho Cuarto* se señala que: «(...) no es posible afirmar que las difíciles y tensas relaciones entre abuela y madre puedan ser motivo suficiente para anular aquel derecho, pues ni resulta proporcionado ni aparece justificado que la privación de aquella relación humana y afectiva entre el menor y sus más directos allegados pueda procurarle una adecuada formación y desarrollo que necesita para conformar su personalidad»; las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1.ª, de 28 de febrero de 2000 (*AC* 2000/767); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 19 de enero de 2001 (*AC* 2001/507); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 4 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/112501), donde se insiste, igualmente, en que «los problemas entre los adultos no puede constreñir los derechos de la menor a relacionarse con su familia biológica, máxime cuando esa relación ya ha existido con anterioridad y ha sido estrecha y beneficiosa para la niña»

octubre de 2011, objeto de examen, se pone de manifiesto precisamente que: «(...) atendiendo a la jurisprudencia más reciente como la sentencia del Tribunal Supremo 576/2009, en la que se señalaba «que las relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visitas; la sentencia de este mismo Tribunal 858/2003, de 20 de septiembre consideró que no constituía justa causa para la denegación de las visitas de los abuelos a los nietos la animadversión del padre hacia la familia de la madre ya fallecida, ni la influencia hipotética que los abuelos pudieran tener sobre sus nietos. *Por todo lo anterior, hay que concluir que en la sentencia recurrida no se ha tenido en cuenta lo que constituye el verdadero núcleo de la cuestión, es decir, el interés del menor, porque la causa alegada solo de manera indirecta e hipotética puede afectar a los menores. Procede, en consecuencia, reconocer el derecho del nieto a relacionarse con su abuela, ahora recurrente*» (94).

3. La supuesta incompatibilidad de la patria potestad del progenitor con el derecho de visita de los abuelos, que *a priori* son perfectamente conciliables.
Únicamente en el caso de que los abuelos pretendieran deliberadamente influir sobre la educación o formación del menor con planteamientos contradictorios a los del progenitor o descalificaciones personales de este, su derecho de visita entraría en conflicto con lo que el artículo 154 Código Civil reconoce única y exclusivamente a los padres.
4. La voluntad del menor contraria —sin otra justificación— a la relación con los abuelos. No siempre los deseos del menor coinciden con su interés. Y tampoco debe descartarse la influencia que sobre este pueda haber ejercido el progenitor reacio al contacto con los abuelos. Desde luego, en esta cuestión es determinante la edad del menor, pues no puede valorarse del mismo modo la negativa de un niño de siete años que la de un adolescente de quince.
5. La falta de relación entre abuelo y nieto.

(Fundamento de Derecho Segundo); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 9 de abril de 2010 (*JUR* 2010/357810); y de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 12 de julio de 2010 (*JUR* 2010/296569).

Por el contrario, en algunas sentencias —ciertamente las menos— se ha considerado que las tensiones entre abuelos y progenitores constituyen una justa causa para negar el derecho a las relaciones personales: así, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003/93272); y de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 24 de junio de 2004 (*JUR* 2004/207884).

(94) En este mismo *Fundamento de Derecho Cuarto* señala que «el artículo 160.2 del Código Civil, *a contrario sensu*, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deben enjuiciar. Y la sentencia recurrida ha considerado justa causa el enfrentamiento entre el padre de los menores cuya visita se demanda, con la abuela, su madre, lo que podría «repercutir en la integridad psicológica del menor»; es decir que, la hostilidad entre los litigantes es tal que el contacto entre el nieto y la abuela recurrente podría hipotéticamente, ser contraria al interés del menor debido al alto grado de enfrentamiento entre los ascendientes y el posible perjuicio que podría producir. Esta Sala no puede entrar a determinar si la prueba ha sido o no bien valorada, ya que solo se ha formulado recurso de casación; sin embargo, si puede valorar si la causa justificadora de la negativa al reconocimiento del derecho de visitas a la abuela es constitutiva o no de justa causa para eliminar este derecho».

6. El ingreso en prisión del abuelo/a (95).
7. La tendencia sexual de los abuelos (96).
8. El divorcio o nuevo matrimonio —unión de hecho— de los abuelos (97).

Finalizar este apartado, apuntando que la carga de la prueba de la existencia de «justa causa» para impedir el ejercicio del derecho de visita de los abuelos recae sobre quien pretenda hacerla valer; normalmente, sobre los progenitores que impiden la relación entre aquellos y el menor.

Una prueba alegable frente a la presunción *iuris tantum*, ya señalada, de la conveniencia para el interés del menor de mantener relaciones con sus abuelos; y, que, por ende, opera sobre la existencia de un auténtico derecho con sustantividad propia y autónomo a favor de este.

VI. MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS

Sobre la base del principio general del interés del menor, así como la dinamicidad de la propia relación afectiva que en cada caso fundamenta la existencia de este derecho y que puede decidir sobre su conveniencia y extensión, el juez o Tribunal debe inspirarse para determinar el contenido y modalizar el ejercicio de aquel. Es por ello que, en este contexto, si las circunstancias en las que inicialmente se basaron la constitución de tal derecho cambian, y, partiendo precisamente del hecho que uno de los caracteres de este derecho es su variabilidad, el órgano judicial puede modificar, en cualquier momento, el alcance de tal derecho, determinando, bien una ampliación, o bien una restricción del mismo, o incluso, su suspensión, siempre que lo aconseje —aun siendo reiterativos—, el interés del menor (98). Las causas por las que se puede solicitar su ampliación puede ser muy diversas, por citar algunas: sería una mejora en las relaciones de los nietos con los abuelos; una mayor edad en el menor que posibilita ahora un aumento, incluso porque el propio nieto lo demanda; porque han mejorado las situaciones conflictivas entre los abuelos y los progenitores del menor; etc. Pero también es posible una modificación restrictiva de tal derecho, que puede derivar de un empeoramiento de las relaciones entre abuelo o nieto, o porque, habiendo el nieto alcanzado una cierta edad, y teniendo suficientes condiciones de madurez, decide no seguir manteniendo unas relaciones asiduas con los abuelos, alegando que su mantenimiento le causa perjuicio. O finalmente, cabe la posibilidad de su suspensión temporal, pues, como hemos puesto de manifiesto en el anterior apartado, la negativa de los abuelos a mantener relaciones; o la existencia de un incumplimiento por parte de estos de sus obligaciones establecidas en el régimen de relaciones personales, así, por ejemplo, porque no cumplan los horarios establecidos; retengan al menor; le telefonen continuamente, etc., pueden aconsejar la adopción de esta medida.

(95) TORRES PEREA, J. M., «El artículo 160.2 y 3 del Código Civil...», *op. cit.*, pág. 7.

(96) COLÁS ESCANDÓN, A., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos», *op. cit.*, pág. 161; RIVERA HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita», *op. cit.*, págs. 250-252.

(97) COLÁS ESCANDÓN, A., *Út. Lug. Cit.*; GARCÍA CANTERO, G., «Las relaciones familiares entre nietos...», *op. cit.*, pág. 152.

(98) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 3 de julio de 2002 (*JUR* 2003/27596); y el artículo 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón.

Una suspensión temporal que, para algunos, puede ser definitiva, si la gravedad de los hechos y el temor a que la situación conflictiva sea irreversible se mantienen; siendo posible, si desaparecen las circunstancias que motivaron su supresión, el volver a reconsiderar la posibilidad de adopción de nuevos acuerdos o de pedir al juez un nuevo pronunciamiento sobre el nuevo ejercicio del derecho, surgiendo entonces un derecho nuevo, totalmente distinto del anterior (99).

En todo caso, si se ha fijado, judicial o convencionalmente, el derecho de aquellos a relacionarse con sus nietos, la negativa a cumplir lo previsto en la resolución o el acuerdo puede, siempre teniendo presente el interés del menor (nieto), aplicarse analógicamente lo previsto en el artículo 776.3.^a de la LEC, de modo que, podrá modificarse el régimen de visitas, e incluso, suspenderlo. Aspecto este último que tiene su razón de ser en la propia base sobre la que se sustentan las relaciones personales entre abuelos y nietos, como es el logro del máximo beneficio para el desarrollo integral del menor. Por otra parte, con objeto de evitar que, este derecho de relación de abuelos y nietos se convierta en un instrumento de fraude de posibles resoluciones judiciales, adoptadas en un proceso civil o penal, limitativas de la relación de los menores con alguno de sus progenitores, el artículo 160.2 prevé la adopción por el Juez de mecanismos de fiscalización de las relaciones entre nietos y abuelos, entre los que figuran la orden dirigida a los abuelos de impedir tales contactos, bajo apercibimiento de la suspensión de las relaciones con sus nietos (100).

Ahora bien, aún tratándose de un derecho de carácter imprescriptible e irrenunciable, tal como hemos destacado en líneas precedentes, que se puede modificar o suspender, según las circunstancias concurrentes, nos encontramos también ante un derecho que no tiene naturaleza perpetua, sino temporal, de ahí que, podamos hablar de causas que pueden originar su extinción, como son:

1. La mayoría de edad, la emancipación o recuperación de la plena capacidad, pues, dándose tales circunstancias corresponde al sujeto mayor de edad, emancipado o capaz de decidir, si quiere o no mantener relaciones con sus abuelos, sobre la base del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la privacidad de cada uno.
2. La declaración de fallecimiento, o de ausencia, o la muerte del nieto y los abuelos. En este último caso, si uno fallece, sigue disfrutando de ese derecho el sobreviviente; y,
3. Haya trascurrido el plazo perentorio de ejercicio fijado por el juez al concederlo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO BERMEJO, A.: *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*, Tecnos, Madrid, 2006.

(99) En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita. Ensayo...», *op. cit.*, págs. 193-196; ROCA TRIAS, E., «Comentario al artículo 94 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 395.

(100) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.^a, de 30 de junio (*JUR* 2000/270707); y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, de 19 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/33377).

- ARIAS DÍAZ, M.^a D.: «Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos», en *La Ley*, 2005-1.
- BOTANA GARCÍA, G. A.: «Derecho de visita de los abuelos», en *Actualidad Civil*, núm. 5, marzo de 2004.
- CARBALLO FIDALGO M.: «El “derecho de visita” de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 30, enero-marzo de 2006.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, Tecnos, Madrid, 2000.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Comentario a los artículos 160 y 161 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. III, vol. 2.º, Edersa, 1982.
- COLAS ESCANDÓN, A. M.^a: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia* (Ley 42/2003, de 21 de noviembre), Thomson-Aranzadi, 2005.
- DÍAZ-ALABART, S.: «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados», en *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio de 2003, pág. 353.
- GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 2005.
- «En torno al derecho de visitas», en *El derecho de visitas. Teoría y praxis*, AA.VV., Eunsa, Pamplona, 1982.
- GAYA SICILIA, R.: «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos», en *Anuario de Derecho Civil*, 2002-I.
- GONZÁLEZ PILLADO, E.: «El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre», en *Actualidad Civil*, núm. 4, febrero de 2005.
- LETE DEL RÍO, J. M.: «Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de septiembre de 1991)», en *Poder Judicial*, núm. 25, marzo de 1992.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, coordinador del volumen: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Colex, Madrid, 2011.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria», en *El derecho de visitas. Teoría y praxis*, AA.VV., Eunsa, Pamplona, 1982.
- SALANOVA VILLANUEVA, M.: «Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1994», en *Anuario de Derecho Civil*, 1996-I.
- VALLÉS AMORES, M.^a L.: «A propósito de la reforma del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos», en *Actualidad Civil*, núm. 15, septiembre de 2005.
- VERDERA IZQUIERDO, B.: «Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados», en *La Ley*, 2002-7.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3977).
- ATS, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3573).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4321).

- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 27 de julio de 2009 (*RJ* 2009/4577).
STS, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de octubre de 2011 (La Ley 194731/2011).
SAP de Álava, de 27 de febrero de 1993 (*AC* 1993/299).
SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 14 de septiembre de 1995 (*AC* 1995/1574).
SAP de Toledo, Sección 2.^a, de 21 de mayo de 1997 (*AC* 1997/1197).
SAP de Sevilla, Sección 6.^a, de 15 de diciembre de 1999 (*AC* 1999/8483).
SAP de Lleida, Sección 1.^a, de 28 de febrero de 2000 (*AC* 2000/767).
SAP de Jaén, Sección 1.^a, de 19 de enero de 2001 (*AC* 2001/507).
SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 9 de enero de 2002 (*JUR* 2002/86092).
SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 4 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/112501).
SAP de Badajoz, Sección 1.^a, de 9 de enero de 2003 (*JUR* 2003/44534).
SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003/93272).
SAP de Alicante, Sección 7.^a, de 28 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/152717).
SAP de León, Sección 2.^a, de 16 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/217614).
SAP de Sevilla, Sección 5.^a, de 3 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/180633).
SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 15 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009/41844).
SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 16 de septiembre de 2009 (*AC* 2009/2093).
SAP de las Islas Baleares, Sección 4.^a, de 11 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/164944).
SAP de Badajoz, Sección 3.^a, de 12 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/153862).
SAP de León, Sección 2.^a, de 12 de julio de 2010 (*JUR* 2010/296569).
SAP de Alicante, Sección 9.^a, de 14 de octubre de 2010 (*JUR* 2011/23195).
SAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 28 de octubre de 2010 (*JUR* 2011/71041).
SAP de Lugo, Sección 1.^a, de 18 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/47304).
SAP de Pontevedra, Sección 3.^a, de 14 de abril de 2011 (*AC* 2011/1084).
SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 4 de julio de 2011 (*JUR* 2011/324854).

RESUMEN

DERECHO DE VISITAS ABUELOS, NIETOS CRISIS FAMILIAR

Con la reforma por Ley 42/2003, de 21 de noviembre se modifica el artículo 160 del Código Civil, estableciendo el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, bien se adopte tal medida en el convenio regulador que se acuerde ante una situación de crisis matrimonial o de pareja, en la sentencia que resuelva un proceso contencioso de separación y divorcio, o se decida en un procedimiento verbal regulado ad hoc para la adopción de tal medida. Con ello se pretende dar respuesta a una creciente demanda social digna de consideración, y sobre todo, plasmar legalmente el pa-

ABSTRACT

RIGHT OF VISITS GRANDPARENTS, GRANDSONS FAMILY CRISIS

With the reform for Law 42/2003, of November 21 there is modified the article 160 of the Civil Code establishing the right of the grandparents to relate to his grandsons, good adopts such a measure in the regulatory agreement that one agrees before a situation of matrimonial crisis or of pair, in the judgment that it solves a contentious process of separation and divorce, or one decides about a verbal regulated ad hoc procedure for the adoption of such a measure. On it response is tried to meet to an increasing social worthy demand of consideration, and especially, to form legally the

pel relevante que ejercen los abuelos en situaciones de crisis familiar, o ante el fallecimiento de un progenitor, para la estabilidad del menor y su propio desarrollo personal. No obstante, tal medida puede no acordarse o suspenderse si concurre justa causa para ello.

relevant paper that the grandparents exercise in situations of familiar crisis, or before the death of a progenitor, for the stability of the minor and his own personal development. Nevertheless, such a measure cannot remember or be suspended if just reason meets for it.

PACTOS CONYUGALES NO CONTENIDOS EN EL CONVENIO REGULADOR

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora.
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE CÓNYUGES CON PREVISIÓN DE POSIBLES RUPTURAS.—III. EFICACIA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE CÓNYUGES CON PREVISIÓN DE POSIBLES RUPTURAS.—IV. REQUISITOS DE VALIDEZ.—V. CUESTIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.—VI. CONTENIDO DEL CONTRATO: LA PENSIÓN Y LA PROMESA DE DONACIÓN.—VII. EFECTOS DEL PACTO.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (por orden cronológico).—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Vamos a centrar nuestra atención en el estudio de la validez del pacto por el que los cónyuges acuerdan que en caso de separación el marido abone a la esposa una renta mensual (1). Estamos en presencia de un pacto conyugal no contenido en el convenio regulador, y en el caso que nos ocupa está referido a la liquidación de las relaciones económicas en caso de separación o divorcio.

(1) Tomamos como referencia la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de marzo de 2011, recurso 807/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 217/2011. Número de recurso: 807/2007. *Diario La Ley*, núm. 7686, Sección Jurisprudencia, 2 de septiembre de 2011, año XXXII, Editorial LA LEY. LA LEY 29142/2011.

El 30 de noviembre de 1989, los cónyuges acordaron disolver la sociedad de gananciales. El mismo día elevaron a escritura pública un documento en el que constan los siguientes pactos: «Doña Angélica procederá a desistir del procedimiento de separación entablado contra su esposo... En el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los comparecientes, don Claudio vendrá obligado a lo siguiente: a) A entregar a su esposa, desde el momento en que se produzca la separación, la cantidad equivalente a 200.000 pesetas mensuales, más el importe de su actualización mediante la aplicación de las variaciones que haya experimentado el índice de precios al consumo...».

Los litigantes pactaron que en el supuesto de separación, el marido vendría obligado a entregar a la esposa una pensión mensual y a donarle el piso que ella eligiese. Dicho pacto, según reiterada doctrina del TS, como seguidamente analizaremos, no vulnera el artículo 1256 del Código Civil, que prohíbe que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes. La obligación del marido en base a lo convenido nacía fuera quien fuera quien iniciara la separación, de modo que no se dejaba a la iniciativa de la esposa la eficacia del pacto.

En cuanto al *contenido* del contrato, debe considerarse válido el pacto referido al pago de una pensión mensual, pero no el pacto de donación de un piso ya que se trata de una promesa futura de donación prohibida en el artículo 635 del Código Civil.

La *ratio decidendi* de las sentencias de instancia y de la de apelación consiste en considerar que el contrato cuyo cumplimiento se pidió era nulo por dejar al arbitrio exclusivo de una de las partes iniciar o no la separación.

II. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE CÓNYUGES CON PREVISIÓN DE POSIBLES RUPTURAS

La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la STS de 22 de abril de 1997 (2), que ponía de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: «en primer lugar, el *convenio*, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el *convenio regulador aprobado judicialmente* queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer

(2) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de abril de 1997, recurso 1822/1993. Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de recurso: 1822/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6125/1997.

La cuestión jurídica esencial que se plantea es la naturaleza jurídica del convenio regulador en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el artículo 90 del Código Civil, que no ha obtenido la aprobación judicial. En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como *conditio iuris*, determinante de su eficacia jurídica.

El convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, *el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil.*

La STS de 25 de junio de 1987 declara expresamente que se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial (STS de 25 de junio de 1987. Ponente: JOSÉ LUIS ALBÁCAR LÓPEZ. LA LEY 12393-JF/0000).

Y la STS de 26 de enero de 1993 (recurso 2186/1990. Ponente: ANTONIO GULLÓN BALLES-TEROS. Número de recurso: 2186/1990. LA LEY 12929/19939), señala que: «la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a este del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes; se limita a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos, pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a las mismas por los cónyuges...».

lugar, el *convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente*, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil» (3).

Continúa diciendo la STS de 22 abril 1997 que «es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes». «No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez», teniendo en cuenta que el hecho de que no hubiera sido homologado por el juez, solo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal «como negocio jurídico».

Posteriormente, la STS de 23 de diciembre de 1998 distinguió entre *convenio regulador* y *acuerdos transaccionales posteriores*, reconociendo que «una vez homologado el convenio..., los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial» (4).

(3) MORENO VELASCO, Víctor («El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad», en *Diario La Ley*, núm. 7609, Sección Doctrina, 12 de abril de 2011, año XXXII, ref. D-160, Editorial LA LEY. LA LEY 3452/2011), realiza un interesante estudio sobre el fundamento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges y los principales límites a los pactos conyugales.

El autor concreta en cuatro los citados límites:

1. Los límites nacidos de los principios constitucionales de igualdad de los cónyuges en el matrimonio (arts. 32.1 y 14 CE: no cabe la anulación de la capacidad de uno de los cónyuges o la colocación de uno de los esposos bajo el dominio permanente del otro sujetándole a su poder de decisión; o si se afectase a la libertad de domicilio y residencia; o si se suprimiese el derecho de un cónyuge a ser informado por el otro), de protección integral de los hijos, con independencia de su filiación (art. 39.2 CE); el de protección de la familia (art. 39.1 CE) y el de seguridad jurídica (el Estado debe garantizar que los negocios jurídicos de familia no perjudiquen a terceros).

2. Los límites derivados de la configuración del matrimonio como institución, abarcando las normas imperativas referentes a los deberes entre cónyuges, las causas de separación, etc.

3. Los límites generales impuestos a la autonomía de la voluntad de las partes por el artículo 1255 del Código Civil: la ley (que determine el carácter imperativo de la norma y la imposibilidad de pacto en contrario, por ejemplo, formalidades para contraer matrimonio, prohibición de someter el matrimonio a término o condición, o lo contrario, el carácter disponible y la posibilidad de pacto en contrario, por ejemplo, elección del régimen económico matrimonial); la moral y el orden público.

4. Los límites recogidos en el artículo 90 del Código Civil: daño para los hijos o perjuicio grave para uno de los cónyuges y los establecidos en el artículo 1328 del Código Civil que sanciona con nulidad cualquier pacto restrictivo de la igualdad que corresponda a cada cónyuge.

(4) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de diciembre de 1998, recurso 1928/1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 1226/1998. Número de recurso: 1928/1994. LA LEY 139585/1998. El referido convenio representa un efectivo negocio, pero de naturaleza mixta, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial, que no desplaza su naturaleza contractual, como parcela de privatización en el Derecho de Familia y no está sujeto a formalidades rigurosas, bastando que contenga los mínimos, que enumera el artículo 90 del Código Civil, siendo predominante la voluntad concorde de los cónyuges, con lo que lo acordado alcanza situación de irrevocabilidad, salvo que se produzca su modificación judicial, cuando legalmente proceda, por lo que, en consecuencia, una vez homologado el Convenio —en otro caso carecería de eficacia procesal—, los

Asimismo, la STS de 15 de febrero de 2002 reconoció la validez de un contrato privado de liquidación de la sociedad de gananciales con la consideración de que «los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial en ejercicio de su autonomía privada pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia» (5).

Por tanto los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 de octubre de 2007) (6).

aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial, lo que aquí concurre, al haber fijado de conformidad el pasivo pendiente de liquidación, y ningún precepto impide reclamarlo al otro excónyuge que resulte deudor del mismo.

(5) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de febrero de 2002, recurso 4428/1997. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 116/2002. Número de recurso: 4428/1997. LA LEY 4526/2002. Esta Sala comparte la apreciación finalista del documento de 15 de diciembre de 1987, efectuada por la sentencia recurrida, en el sentido de que el mismo no se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial. Y asimismo comparte la doctrina que recoge en relación con dichos acuerdos... auténticos negocios jurídicos de derecho de familia tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC)... Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 26 de enero de 1993, 7 de marzo de 1995, 22 de abril y 19 de diciembre de 1997 y 27 de enero y 21 de diciembre de 1998) y la doctrina registral (Resoluciones de la DGRN de 31 de marzo y 10 de noviembre de 1995 y 1 de septiembre de 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante *inter partes* a la aprobación y homologación judicial.

(6) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de octubre de 2007, recurso 3519/2000. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 1053/2007. Número de recurso: 3519/2000. LA LEY 165788/2007. En este caso los cónyuges otorgaron los capítulos matrimoniales y el convenio regulador para resolver las cuestiones relacionadas con su crisis matrimonial. El TS concretó que no puede aplicarse al incumplimiento de los distintos acuerdos la regla contenida en el artículo 1124 del Código Civil. El pacto consistió en la atribución de la vivienda conyugal a la esposa durante un determinado plazo, acordándose el pago de una indemnización por cada día que se retrasase en el desalojo de la misma. Incumplida la obligación de abandonar el domicilio conyugal no puede el juez ejercer la facultad de moderación de la pena al haberse incumplido una obligación que no permite el incumplimiento parcial.

La sentencia recurrida concluye que ambos cónyuges incumplieron las diversas obligaciones asumidas en los distintos pactos otorgados, pero las obligaciones quebrantadas procedían de fuentes distintas: el capítulo matrimonial, el convenio regulador y un pacto privado.

III. EFICACIA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE CÓNYUGES CON PREVISIÓN DE POSIBLES RUPTURAS

Es doctrina reiterada de la Sala Primera del TS en su función interpretadora de la Ley de 7 de julio de 1981, la existencia de un amplio reconocimiento de la *autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de las crisis matrimoniales*. Los convenios tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código Civil un requisito o *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia.

Además y al margen del convenio regulador, los cónyuges pueden establecer los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de *forma simultánea*, pero con referencia al convenio, a la suscripción de este o, *posteriormente*, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente. Sin olvidar la posibilidad de acuerdos *prematrimoniales* (7).

Acuerdos que no podrán hacerse valer frente a terceros pero son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autoregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil.

La STS de 27 de enero de 1998 afirmó que: «salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario en favor de los adquirentes terceros, no se puede estimar que los efectos *inter*

(7) MORENO VELASCO, Víctor («La validez de los acuerdos prematrimoniales», en *Diario La Ley*, núm. 7049, Sección Tribuna, de 5 de noviembre de 2008, año XXIX, ref. D-313, Editorial LA LEY. LA LEY 40251/2008) analizando la realidad diaria estudia la posibilidad de pactar, antes del matrimonio, las consecuencias de su disolución.

Parte del reconocimiento general de la libertad contractual entre los cónyuges en base al artículo 1323 del Código Civil que permite a los cónyuges celebrar válidamente toda clase de contratos, sin más límites que las leyes, la moral o el orden público, teniendo las obligaciones derivadas de los mismos plena fuerza vinculante entre los cónyuges (1091 CC), siempre que concurren los requisitos esenciales para la existencia del negocio (1261 CC), y se cumplan los requisitos de forma *ad substantiam* y las especiales en las materias objeto de pacto (art. 90 párrafo 2.º, 1328 y 1814 CC).

Dentro de las materias de libre disposición existentes en los acuerdos prematrimoniales, la mayoría se centran en la renuncia anticipada a la pensión compensatoria, o a la pensión del artículo 1438 del Código Civil, o a los acuerdos relativos al régimen económico-matrimonial.

Indica que en relación con las *materias de orden público*, y respecto de los cónyuges, no serían válidos aquellos pactos que creen un tipo de matrimonio distinto del previsto legalmente, suprimiendo obligaciones (monogamia, fidelidad) o imponiendo obligaciones no contempladas (no vivir en una determinada localidad, un número determinado de relaciones sexuales, etc...); todos ellos nulos por ser contrarios al orden público matrimonial y a normas imperativas. Y respecto de los hijos: guarda y custodia, atribución del uso de la vivienda familiar habiendo hijos menores, alimentos de los hijos menores. La mayor parte de los Juzgados y Tribunales mantienen la ineficacia de los acuerdos reflejados en convenio regulador no aprobado judicialmente, habida cuenta de que tratándose de materias de *ius cogens*, los pactos deben pasar por el control judicial para tener validez.

partes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si este se desenvuelve dentro de los límites lícitos de la autonomía de la voluntad» (8).

También la STS de 21 de diciembre de 1998 estableció que aparte del convenio regulador, cuyo carácter es contractualista, no se impide que al margen del mismo, «los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado [...] tales acuerdos, que si bien *no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes* siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil» (9).

En idéntico sentido, siguiendo la jurisprudencia, la RDGRN de 5 de febrero de 2003 (LA LEY 1823/2003), indica que la aplicación del tenor literal del artículo 90 del Código Civil llevaría a exigir igualmente la aprobación judicial para la eficacia de la liquidación del régimen económico-matrimonial pactada durante la tramitación de la separación o divorcio, lo cual no resulta congruente con el derecho de los cónyuges para, en cualquier momento (y, por tanto, también durante dicha tramitación), pactar la liquidación del anterior consorcio conyugal (10).

(8) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de enero de 1998, recurso 3298/1993. Ponente: José ALMAGRO NOSETTE. Número de recurso: 3298/1993. LA LEY 2235/1998. Se enjuicia la eficacia jurídica de un convenio regulador de separación de los cónyuges, formalizado por documento privado en el que se pacta, entre otros extremos, el régimen económico de separación de bienes, antecedente a la posterior tramitación de la separación judicial. Se plantea si la adquisición del bien ocurrida durante el período de separación de hecho, después de la suscripción del expresado documento privado y antes de iniciarse el proceso de separación matrimonial, determina, el carácter ganancial del bien o permite considerarlo como privativo del cónyuge que lo adquirió. Esta Sala ha sostenido que, rota la convivencia conyugal, con el consentimiento de la mujer, no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (STS de 26 de noviembre de 1987).

(9) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de diciembre de 1998, recurso 2197/1997. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de recurso: 2197/1997. LA LEY 1607/1999. Efectos del incumplimiento de los acuerdos entre cónyuges posteriores al convenio regulador de la separación matrimonial.

(10) La RDGRN de 5 de febrero de 2003 (LA LEY 1823/2003) dice que: «no obstante establecer el artículo 90 del Código Civil que los acuerdos de los cónyuges deben ser aprobados por el Juez, existen importantes razones que obligan a concluir que dicha aprobación judicial no se ha de predicar de todos los acuerdos incluidos en el Convenio regulador sino, exclusivamente, de los que afecten a los hijos y de aquellos que de modo expreso quedan excluidos de la autonomía de la voluntad, y ello por las siguientes consideraciones: *a)* El amplio margen con que se permite la contratación entre cónyuges (art. 1323 del CC); *b)* la significación exclusivamente patrimonial del presente acuerdo que, sobre ser una simple aclaración del convenio regulador aprobado, está concertado entre personas capaces para gobernarse por sí mismas no existiendo terceros perjudicados al no haber hijos del matrimonio (art. 322 del CC); *c)* que la aplicación a este caso del tenor literal del artículo 90-D llevaría a exigir igualmente la aprobación judicial para la eficacia de la liquidación del régimen económico-matrimonial pactada durante la tramitación de la separación o divorcio, lo cual no resulta congruente con el derecho de los cónyuges para, en cualquier momento (y,

Últimamente, la RDGRN, de 19 de julio de 2011 (11), concreta que el documento adecuado para practicar la liquidación de gananciales si no se hace en convenio regulador es la escritura pública de liquidación.

Toda esta jurisprudencia ya consolidada ha dado lugar a un precepto concreto del Código Civil catalán, al artículo 233-5 (12), que establece que estos pactos vinculan a los cónyuges.

IV. REQUISITOS DE VALIDEZ

El supuesto de hecho de la STS, de 31 de marzo de 2011, y ya sabiendo que aunque las partes lo hayan denominado convenio regulador no lo es, sino que es un pacto atípico en el que los cónyuges, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación.

Las partes no cuestionan la validez del pacto como tal, sino únicamente si su especial contenido produce la nulidad por quedar su efectividad al arbitrio de uno de los cónyuges contratantes. El TS entiende que en este sentido el contrato

por tanto, también durante dicha tramitación), pactar la liquidación del anterior consorcio conyugal; *d*) porque, analizando la regulación del procedimiento establecido para la tramitación de las peticiones de separación o divorcio, contenido en las propias disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, en especial, la Disposición Adicional sexta, se advierte claramente en los números 6 y 7 de dicha disposición que la aprobación judicial no se predica de todos los acuerdos a que se refiere el artículo 90 del Código Civil, sino exclusivamente de los acuerdos relativos a los hijos, y *e*) porque la frase «gravemente perjudicial para uno de los cónyuges», del párrafo segundo del artículo 90 del Código Civil, mantiene pleno sentido aún cuando la aprobación judicial se contraiga a los acuerdos relativos a los hijos, pues no cabe asegurar los intereses de estos con grave detrimento de uno solo de los cónyuges».

(11) RDGRN de 19 de julio de 2011 (La Ley 174170/2011). En el presente supuesto se analizaba la adjudicación a la esposa del activo y del pasivo (constituídos por una vivienda y por la hipoteca que la grava), compensando económicamente la adjudicataria el exceso de adjudicación. A los efectos de inscribir en el Registro la escritura de liquidación de gananciales, se exigía por la Registradora el convenio regulador aprobado judicial, por si existiese en la escritura algo que contradiga lo establecido en el convenio.

El Centro Directivo entiende que debe negarse tal posibilidad de pedir tal convenio para examinar su concordancia con la escritura, pues, en una cuestión puramente patrimonial, los cónyuges no ven limitada su libertad contractual por el contenido de dicho convenio.

(12) Artículo 233-5. Pactos fuera de convenio regulador.

1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges. La acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. También puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede.

2. Los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia sin asistencia letrada, independiente para cada uno de los cónyuges, pueden dejarse sin efecto, a instancia de cualquiera de ellos, durante los tres meses siguientes a la fecha en que son adoptados y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda o, si procede, de la reconciliación en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer.

3. Los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de estos, solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda el cumplimiento.

generó únicamente obligaciones para el marido, lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual (y que analizaremos en el siguiente epígrafe).

Debe tenerse en cuenta la jurisprudencia anteriormente expuesta de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos (art. 1261 CC) y además, todas las reglas reguladoras del contrato.

La STS declara que el pacto es válido porque concurren todos los requisitos exigidos por el Código Civil y señalados anteriormente, a saber:

- a) el consentimiento de ambos cónyuges contratantes;
- b) el objeto del contrato, y
- c) la causa de la obligación establecida.

V. CUESTIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Las partes discuten sobre si se incumplió o no la disposición del artículo 1256 del Código Civil, ya que tanto en primera Instancia como en la Audiencia declaran la nulidad del contrato al entender que se ha dejado «la validez y el cumplimiento» del contrato al arbitrio de una de las partes, la esposa, interpretando y sobreponiendo la naturaleza unilateral de la obligación creada, con la iniciativa en la ruptura del matrimonio.

El Tribunal Supremo determina que el artículo 1256 del Código Civil es una consecuencia lógica del artículo 1254 del Código Civil, que afirma la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse. Por ello la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición *es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato*. En definitiva, se trata de una norma que no tiene carácter absoluto, porque no puede excluirse la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos.

VI. CONTENIDO DEL CONTRATO: LA PENSIÓN Y LA PROMESA DE DONACIÓN

En el primer pacto se acuerda el pago de una cantidad de dinero con sus correspondientes actualizaciones, esto es se atribuye a la esposa el derecho a obtener una renta mensual con cargo a su marido, independientemente de que concurren o no los requisitos para la pensión compensatoria.

Estos pactos no tienen limitado su objeto y se concluyen muchas veces para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios.

El pacto es válido. Al no tratarse de un convenio regulador no debía aportarse a la segunda demanda de separación, porque goza de autonomía propia y no está ligado al procedimiento matrimonial. Por ello no puede atribuirse a este hecho la renuncia tácita que deduce la sentencia recurrida.

En cuanto a la promesa de donación del marido de donar un piso a su esposa en las condiciones y características que se pactan, plantea dificultades en cuanto a la admisión de su validez.

Los dos inconvenientes se centran en que:

- a) se trata de una donación con un objeto indeterminado, un piso a elección de la donataria, que vulnera la prohibición del artículo 635 del Código Civil, que establece que la donación no podrá comprender los bienes futuros, que serán aquellos de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación. Su fundamento se encuentra en que la donación transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados, lo que resulta imposible en relación a los futuros;
- b) la validez de este tipo de donaciones ha sido ya estudiada por esta Sala en sentencias de 24 y de 25 de enero de 2008 (13), que califican la promesa como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de la donación en la que concurren todos los requisitos legales.

Por otro lado, se plantea la cuestión por el cónyuge de que el convenio regulador aprobado por el juzgado de familia en el seno del ulterior procedimiento de separación *habría novado* el contrato de donación.

No obstante, además de mantener el TS que este contrato no es un convenio regulador, aunque se le califique como tal en la escritura, porque las obligaciones que se pactan como contenido hacen concluir que participa de la naturaleza jurídica de las donaciones, no concurrió en ningún caso el *animus novandi*.

VII. EFECTOS DEL PACTO

El contrato celebrado entre doña Angélica y don Claudio con el nombre de «convenio regulador», constituye un contrato entre los cónyuges atípico, válido, de acuerdo con la autonomía de la voluntad. Como ya hemos indicado reúne los requisitos exigidos en el artículo 1261 del Código Civil para la validez de los contratos e impone obligaciones a una de las partes del mismo.

Respecto al contenido de los pactos acordados entre los cónyuges, debe declararse la validez de la pensión acordada por los cónyuges a cargo del marido.

La promesa de donación es nula por tratarse de donación de una cosa futura indeterminada.

(13) La STS de 25 de enero de 2008 dice que: «Respecto de la promesa de donación debe recordarse aquí que desde la sentencia de 6 de junio de 1908, esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación (asimismo SSTS de 27 de junio de 1914, 25 de abril de 1924, 22 de enero de 1930, 21 de noviembre de 1935, que requiere la aceptación por escrito, de 21 de junio de 1945), que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas (22 de junio de 1982, 23 de diciembre de 1995, 6 de febrero de 1996 y 19 de junio de 1999). STS, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de enero de 2008, recurso 5634/2000. Ponente: Encarnación ROCA TRIÁS. Número de sentencia: 15/2008. Número de recurso: 5634/2000. LA LEY 867/2008.

La de 25 de noviembre de 2004 afirma que: «ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles» (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de noviembre de 2004, recurso 3201/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 1144/2004. Número de recurso: 3201/1998. LA LEY 248011/2004).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- MORENO VELASCO, Víctor: «El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad», en *Diario La Ley*, núm. 7609, Sección Doctrina, de 12 de abril de 2011, año XXXII, ref. D-160, Editorial LA LEY. LA LEY 3452/2011.
- «La validez de los acuerdos prematrimoniales», en *Diario La Ley*, núm. 7049, Sección Tribuna, de 5 de noviembre de 2008, año XXIX, ref. D-313, Editorial LA LEY. LA LEY 40251/2008.
 - «Principio dispositivo y la pensión compensatoria: expresiones en la práctica judicial», en *Diario La Ley*, núm. 7467, Sección Tribuna, de 14 de septiembre de 2010, año XXXI, Ref. D-271, Editorial LA LEY. LA LEY 9166/2010.

X. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (por orden cronológico)

- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de marzo de 2011, recurso 807/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 217/2011. Número de recurso: 807/2007. *Diario La Ley*, núm. 7686, Sección Jurisprudencia, 2 de septiembre de 2011, año XXXII, Editorial LA LEY. LA LEY 29142/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de enero de 2008, recurso 5634/2000. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 15/2008. Número de recurso: 5634/2000. LA LEY 867/2008.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de octubre de 2007, recurso 3519/2000. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 1053/2007. Número de recurso: 3519/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165788/2007.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de noviembre de 2004, recurso 3201/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 1144/2004. Número de recurso: 3201/1998. LA LEY 248011/2004.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de febrero de 2002, recurso 4428/1997. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 116/2002. Número de recurso: 4428/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 4526/2002.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de diciembre de 1998, recurso 1928/1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 1226/1998. Número de recurso: 1928/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 139585/1998.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de diciembre de 1998, recurso 2197/1997. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de recurso: 2197/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1607/1999.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de enero de 1998, recurso 3298/1993. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de recurso: 3298/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2235/1998.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de abril de 1997, recurso 1822/1993. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de recurso: 1822/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6125/1997.
- STS, de 26 de enero de 1993, recurso 2186/1990. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. Número de recurso: 2186/1990. LA LEY 12929/1993.
- STS de 25 de junio de 1987. Ponente: José Luis ALBÁCAR LÓPEZ. LA LEY 12393-JF/0000).

- AP de Barcelona, Sección 18.^a, sentencia de 10 de mayo de 2011, recurso 704/2010. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 311/2011. Número de recurso: 704/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 107791/2011.
- RDGRN de 19 de julio de 2011 (LA LEY 174170/2011).
- RDGRN de 5 de febrero de 2003 (LA LEY 1823/2003)

XI. LEGISLACIÓN CITADA

Artículo 233-5 del Código Civil catalán.

RESUMEN

CONVENIO REGULADOR PACTOS ENTRE LOS CÓNYUGES

Los pactos entre los cónyuges, no contenidos en el convenio regulador, referidos a la liquidación de las relaciones económicas en caso de separación o divorcio son válidos. Aunque uno de los esposos fuese el originador de la ruptura matrimonial no vincula ni al pacto ni vulnera el artículo 1256 del Código Civil, que prohíbe que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes.

ABSTRACT

REGULATING AGREEMENT SPOUSAL ACCORDS

In the event of separation or divorce, spousal accords referring to the liquidation of economic relations but not contained in the regulating agreement are nevertheless valid. Even if one of the spouses is at fault in the break-up, the accord cannot be bound by this circumstance, nor can article 1256 of the Civil Code, which forbids allowing contract performance to be left to the discretion of one of the parties, be violated.

1.3. Derechos reales

LA PRESUNCIÓN CAUSAL DEL ARTÍCULO 1277 DEL CÓDIGO CIVIL EN EL DERECHO REGISTRAL

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

SUMARIO: I. PRESUNCIÓN CAUSAL DEL 1277 DEL CÓDIGO CIVIL.—II. POSTURA FAVORABLE A LA APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN CAUSAL EN EL DERECHO REGISTRAL.—III. POSTURA CONTRARIA A LA APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN CAUSAL EN EL DERECHO REGISTRAL.—IV. CAUSA QUE DEBE EXPRESARSE.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PRESUNCIÓN CAUSAL DEL ARTÍCULO 1277 DEL CÓDIGO CIVIL

Nuestro sistema civil es causalista, basado en el negocio causal que se exige tanto al campo de las obligaciones y contratos como al de los derechos reales.

Muestra de ello es que en el Derecho de Obligaciones y Contratos encontramos varios artículos que se refieren a la necesidad de la causa de los contratos. Por ejemplo, el artículo 1261 afirma que la causa es un elemento esencial del contrato, y el artículo 1262 del Código Civil exige que el consentimiento de los contratos recaiga sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato. Además, los artículos 1274-77 recogen los tipos de causa, su validez y licitud. La causa impregna de este modo todo nuestro sistema contractual, sin que la presunción del artículo 1277 del Código Civil, como veremos a continuación, pueda llevarnos a un sistema abstracto.

Por otra parte, la necesidad de causa también se manifiesta en el Derecho de cosas, en los derechos reales. El sistema de adquisición y transmisión de los derechos reales en España de título y modo (609 CC + 1095 CC) (1) pone de relieve la necesidad de causa en los mismos, ya que para el nacimiento y transmisión y extinción del derecho real es necesario que se den ambos elementos —título y modo— unidos, formando un binomio indisoluble. El título que conforma este peculiar binomio no es sino el acto o negocio jurídico capaz de producir esa modificación jurídico-real (causa), y el modo o *traditio*, que es la transferencia de la posesión, en cualquiera de sus formas, real o espiritualizada.

Por lo tanto, nuestro sistema exige un doble elemento para la transmisión de los derechos reales: *a)* un fundamento o causa jurídica (título); *b)* la transmisión de la posesión (modo). Ambas, unidas inexorablemente, pues la falta de título ocasiona un mero traslado posesorio, pero nada más, y la falta de modo, hace nacer la obligación de entrega, pero sin transmisión del derecho real.

El título así concebido es la *iusta causa traditionis*: es un elemento de la propia tradición, distinto de la simple voluntad transmisiva de las partes (lo que daría lugar a un sistema abstracto), que consiste en la relación, negocio o fundamento jurídico que justifica la transmisión.

Para entender bien nuestro sistema civil causalista, hay que recordar qué quiere decir que un negocio sea causal. Un negocio o contrato es causal cuando depende de su causa, es decir, cuando tiene con ella una ligazón o unión tal, que el defecto, o vicio de aquella invalidaría el contrato consecuente.

Por el contrario el contrato o negocio es abstracto cuando, aun existiendo causa (pues es imposible un contrato sin causa, porque siempre existe aunque sea una última razón justificativa) está desconectado de la misma, de forma que su nulidad, defecto o vicio no invalida ni perjudica el contrato consecuente.

En consecuencia, un negocio no es abstracto porque falte la expresión de su causa, sino cuando la causa está desvinculada del contrato, y no tiene relación con ella, de tal forma que el contrato «tiene virtualidad con independencia de la causa que lo produce» (STS de 22 de junio de 1988).

(1) El Tribunal Supremo ha reiterado en varias ocasiones que en los artículos 609 y 1095 CC se basa la aceptación del sistema título y modo.

El artículo 1095, establece que «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarlos (título), pero no adquiere derecho real alguno hasta que le haya sido entregada la cosa».

Es decir, un sistema basado en la causalidad y en la causa se apoya más en la relación subyacente entre la causa y el negocio que en la «visibilidad» (expresión) o apariencia de la propia causa.

Así se entiende, entonces, perfectamente el verdadero sentido de la presunción de casa del artículo 1277 del Código Civil.

El artículo 1277 del Código Civil establece que «aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario».

Este artículo recoge la presunción de existencia y licitud de la causa, en los contratos de nuestro ordenamiento, aunque esta no conste explícitamente en el mismo. Esta presunción causal encaja perfectamente con nuestro sistema causalista, y corrobora lo establecido en el artículo 1261 del Código Civil, en el que la causa aparece como elemento esencial de los contratos (STS de 30 de junio de 1983).

Por lo tanto, todos los contratos en nuestro sistema tienen causa; se rechaza de este modo la abstracción negocial que ha quedado superada incluso en aquellos supuestos que aparentemente parecen más abstractos como son el reconocimiento de deuda (STS de 28 de marzo de 1983, 15 de febrero de 1989, 20 de noviembre de 1992) y la transmisión dominical, así como en el ámbito registral, la cancelación (RRDGRN de 22 de agosto de 1978; 27 de septiembre de 1999, 12 de septiembre de 2000, 20 de febrero de 2003 y 16 de octubre de 2006). No caben en nuestro derecho, y de forma general, negocios abstractos (SSTS de 3 de febrero de 1973, 30 de diciembre de 1978 y 28 de marzo de 1983). En principio, estos siempre tienen una causa, y aunque no la recojan expresamente, hemos de presumir que la tienen, y que es lícita y verdadera.

Esta presunción no puede ser punto de apoyo de un sistema abstracto, como pretendió parte de la doctrina anterior (2), sino todo lo contrario, es el exponente máximo de la causalidad, puesto que nuestro sistema aun cuando no se exprese la causa, no se haga visible, se presume siempre que existe y es lícita. Es decir, siempre existe una causa en los contratos, mientras el deudor no pruebe lo contrario. No puede ser un argumento a favor de la abstracción, porque no se parte en este precepto de la inexistencia de causa sino de su no expresión, como bien dice AMORÓS GUARDIOLA, recogiendo las ideas de ALBALADEJO, «una cosa es que el negocio no dependa de ella (negocio abstracto) y otra que, aun dependiendo, no sea preciso que conste» (3).

La presunción del artículo 1277 del Código Civil puede entenderse en un sentido material: lo que se presume es la verdadera existencia de una causa (luego puede carecer de la misma, dando lugar a las ideas de abstracción), o en un sentido formal: (lo que presume es la existencia, pero falta su expresión), como mera abstracción procesal, y es precisamente esta idea de la presunción como abstracción procesal la que se ha impuesto, y desde aquí defendemos, puesto

(2) En este sentido, defendían que la presunción de causa del artículo 1277 era indicio de un sistema abstracto, puesto que si hay que presumir la causa es porque realmente no existe, los siguientes autores: JERÓNIMO GONZÁLEZ, NÚÑEZ LAGOS, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, DUALDE, OSORIO MORALES, MARTÍN BALLESTERO, ESPÍN. Recoge sus opiniones y las refuta brillantemente, AMORÓS GUARDIOLA, a cuyo estudio nos remitimos desde estas líneas.

Véase, AMORÓS GUARDIOLA, M., «La evolución de la doctrina española sobre la presunción de existencia de causa», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. 8, 1998, págs. 11-62.

(3) Véase AMORÓS GUARDIOLA, M., «La evolución de la doctrina española sobre la presunción de existencia de causa», *ob. cit.*, pág. 22.

que se presume la causa para facilitar la prueba de la misma, desarrollando los artículos 1261 y 1275 del Código Civil, que al exigir la causa siempre, este precepto 1277 del Código Civil ayuda o colabora a su prueba.

En efecto, la no expresión de causa en un contrato, no quiere decir que no la tenga, se presume que existe, y se produce una inversión de la carga de la prueba, librando al acreedor de probar dicha causa (que existe y es necesaria para la validez del contrato), correspondiendo ahora al deudor la carga de probar su falta de existencia o su ilicitud para librarse de la obligación. Si el deudor no consigue probar estos extremos ante la reclamación del acreedor, se presume que la causa existe y es válida, y por tanto, la obligación existe y debe cumplirse. Esta presunción tiene, por tanto, y principalmente, una eficacia procesal o formal, y no sustantiva, y así lo ha manifestado el TS en varias ocasiones, y la ha aplicado, insistentemente, por ejemplo, para entender la causalidad del reconocimiento de deuda, véase, por ejemplo, STS de 21 de julio de 1994 y 28 de septiembre de 1998 (4).

La presunción de causa de los contratos es una presunción *iuris tantum* (SSTS de 22 de febrero de 1973, 20 de diciembre de 1983, 17 de mayo de 1986, 26 de febrero, 19 de mayo de 1987, y 14 de marzo de 1989); y por tanto, admite prueba en contrario, en cuyo caso, el negocio sería nulo por falta de causa o causa ilícita.

II. POSTURA FAVORABLE A LA APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN CAUSAL DEL ARTÍCULO 1277 EN EL DERECHO REGISTRAL

Debemos plantearnos si la presunción causal existente en Derecho Civil es aplicable al Derecho Inmobiliario Registral. Es decir, si caben negocios que no tengan expresada su causa —pero que se presume— y que puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad, sin hacer constar esa causa no expresa.

Es decir, planteamos la cuestión de si es necesario hacer constar expresamente la causa del negocio en el asiento registral, o si por el contrario, puede no hacerse constar, basándonos en la aplicación de la presunción del artículo 1277 del Código Civil, también en el ámbito registral, de forma que se permita la inscripción de los actos o negocios jurídicos de trascendencia real sin expresión de su causa, pues esta se presume.

Ya adelante que siempre debe expresarse la causa del negocio que se inscribe. La práctica registral así lo confirma, ya que en la mayoría de los casos el

(4) En esta sentencia se da carta de naturaleza al reconocimiento de deuda, calificándolo como un negocio causal, al que se le aplica la presunción de causa del 1277 del Código Civil: «el reconocimiento de deuda no crea obligación alguna, es un negocio jurídico unilateral por el que su autor declara o reconoce la existencia de una deuda previamente constituida; contiene pues la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le aplica la presunción de la existencia de causa del artículo 1277 del Código Civil y el autor queda obligado a cumplir la obligación cuya deuda reconocido, a su vez al reconocimiento de deuda se le atribuye una abstracción procesal, que dispensa de probar la obligación cuya deuda se ha reconocido», y concluye, por tanto, que como no se ha conseguido probar por parte del demandado (deudor) la inexistencia o nulidad de esa causa, este se presume, y se acepta tal negocio de reconocimiento. En el mismo sentido, véanse SSTS de 10 de abril de 1986, 22 de mayo de 1989, 11 de marzo de 1993, 30 de septiembre de 1993, 24 de octubre de 1994, 22 de julio de 1996 y 5 de mayo de 1998.

Registrador lo exige al calificar los documentos presentados, como consecuencia del principio de especialidad.

Sin embargo, una vez más, la doctrina se encuentra separada en este punto, y aunque la causalidad del sistema registral hoy en día no se pone en duda, todavía existen autores que mantienen que puede inscribirse un determinado acto o negocio inmobiliario a pesar de que en el mismo no se exprese su causa; pues entienden que la presunción de causa del 1277 del Código Civil puede actuar también en el ámbito registral, y por tanto en esos casos concretos en los que la causa no se haya expresado.

Entre los autores que consideran que no es necesaria la expresión de causa y que por tanto, cabe aplicar la presunción del 1277 del Código Civil al Derecho Registral, destacamos a ÁLVAREZ SUÁREZ y Díez PICAZO. Y en lo concerniente solo a la cancelación registral, siendo este supuesto uno de los más controvertidos en relación a la causa, pues se ha llegado a plantear incluso que la cancelación registral es un supuesto de consentimiento formal, y por tanto, totalmente separado del negocio que lo precede, encontramos los siguientes autores que defienden, solo en este caso, la aplicación de la presunción del 1277 del Código Civil: LACRUZ BERDEJO, ROCA SASTRE y BONILLA ENCINA. Para estos últimos autores, la causalidad del negocio cancelatorio no tiene duda, pero, no obstante, consideran que no es preciso que conste expresamente en el mismo, dicha causa. La ausencia de causa expresa no significa la abstracción de la cancelación, como ya se ha visto, pues, por el 1277 del Código Civil, la causa se presume siempre, aunque no aparezca, y la no-existencia de causa debe probarse.

ÁLVAREZ SUÁREZ (5) considera que no es necesario que en el título que se va a inscribir se exprese la causa, y que su ausencia no debe impedir su inscripción a semejanza de lo que ocurre en el sistema civil, donde, aunque la causa es requisito esencial de los contratos, se permite que no se exprese, gracias a la presunción del 1277 del Código Civil, sin que esa constancia expresa pueda ser considerada como un requisito formal de la escritura: luego, su no expresión en el título inscribible tampoco puede impedir la inscripción.

DÍEZ PICAZO (6) es partidario de la aplicación del 1277 del Código Civil al ámbito registral, y aunque defiende la causalidad tanto de las transmisiones jurídico reales y de la propia inscripción (pues manifiesta y exterioriza y en definitiva publica la causa de la transmisión), concluye, que, a pesar de eso, puede practicarse una inscripción de un título que no exprese la causa de la modificación jurídico real. Cree que un documento semejante podría ocasionar problemas en el ámbito práctico en materia fiscal, pero no en el orden sustantivo civil, donde la presunción del 1277 del Código Civil es perfectamente admisible. Además, reafirma esta tesis, al hablar de la cancelación registral, cuando dice que «el artículo 82 LH no exige que en el consentimiento de cancelación sea expresada la causa por la que se emite», pero aunque no se exprese, «la falta de expresión de causa no hace sin más abstracto a un negocio», y todo ello en virtud del artículo 1277 del Código Civil que establece la presunción de causa para todos los negocios jurídicos.

(5) Véase ÁLVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1945, págs. 124-127, citado por AMORÓS GUARDIOLA, M., «La evolución de la doctrina española sobre la presunción de existencia de la causa», *ob. cit.*, pág. 54.

(6) DÍEZ PICAZO, L., «El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación», en *Estudios de Derecho Privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, pág. 306.

LACRUZ (7), en una primera etapa admitía la aplicación de la presunción del artículo 1277 en el ámbito registral, y por tanto no veía necesaria que se expresara la causa del acto inscribible para la práctica del asiento, aunque después cambió su opinión, rechazando las inscripciones de los títulos que no expresen la causa, cuando estos títulos determinen asientos de contenido positivo que registran negocios materiales, pero no para los que registran «negocios librarios» (posposición de hipoteca). Sin embargo, sigue considerando que en la cancelación, y en el título que recoge el negocio cancelatorio, «cabe no expresar la causa de la cancelación, pero la exigencia de fondo del artículo 79 LH (causas de cancelación) de coincidencia entre el nuevo asiento y la realidad no viene suprimida por el artículo 82, y por lo tanto el negocio de cancelación debe responder sustancialmente, aunque formalmente nada exprese, a uno de los cuatro apartados de aquel».

Del mismo modo, para ROCA SASTRE (8) el artículo 82.1 LH no exige la expresión de la causa, y, por consiguiente, y en el caso del consentimiento cancelatorio, este «carece de expresión causal, pero ello no significa que constituya una declaración abstracta de voluntad, en el sentido de estar desconectado de todo elemento causal». Según este autor, la voluntad cancelatoria siempre está fundada en alguna razón causal, pero no necesita su expresión; luego, aunque no aparezca expresada, hay que presumir que la causa existe siempre por la aplicación analógica del artículo 1277 del Código Civil. Sin embargo, parece que para el resto de actos inscribibles, transmisivos de dominio sí que considera necesario, para su inscripción, que en ellos se exprese la causa, como consecuencia de la teoría del título y modo (609 del CC), pues el título para ser considerado como tal debe incluir el contrato o elemento causal que produzca la modificación real (9).

Igualmente, BONILLA ENCINA, también con relación solo a la cancelación registral, opina que aunque el consentimiento cancelatorio no exprese su causa, esto no basta para considerarlo como abstracto, pues «inexpresión y abstracción son términos bien diferentes» (10).

Para todos estos autores no es necesario que se exprese la causa del negocio o acto inscribible, aunque sea un negocio eminentemente causal, pues entienden implícita la presunción de causa del artículo 1277 del Código Civil.

III. POSTURA CONTRARIA A LA APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN CAUSAL EN EL DERECHO REGISTRAL

Paralelamente, se encuentran las opiniones de otros tratadistas que creen que es esencial que se exprese la causa en el negocio que se pretende inscribir, e incluso en el cancelatorio, pues es este donde más dudas se originan.

Entre ellos se puede citar a DE CASTRO, AMORÓS GUARDIOLA, SANZ FERNÁNDEZ, ZUMALACÁRREGUI, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, CHICO Y ORTIZ, GARCÍA GARCÍA y GÓMEZ

(7) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis. *Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 113.

(8) ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo II, ed. Bosch, Barcelona, 1968, pág. 109.

(9) Véase ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo I, ed. Bosch, Barcelona, 1954, págs. 721-724.

(10) BONILLA ENCINA, J. F., «Nacimiento de los derechos susceptibles de trascendencia registral. El consentimiento como requisito previo al procedimiento de registración», en *RCDI*, 198..., pág. 551.

GÁLLIGO (11). Coincido con la opinión de estos autores ya que, a mi parecer, es necesario que se exprese siempre la causa del título inscribible, como ya adelanté.

Los argumentos que refrendan esta postura son:

1. Recogemos, como resumen de estos argumentos, los expresados por GARCÍA GARCÍA (12) a favor de la necesidad de expresión de la causa a efectos de obtener una inscripción registral.

Entre los señalados por este autor subrayo los siguientes: 1) la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 rechazó la figura del negocio abstracto del sistema alemán; 2) el concepto de título inscribible equivale a contrato traslativo del Código Civil, y por lo tanto, comprensivo del negocio obligacional que le sirve de causa; 3) entre los requisitos necesarios de la inscripción se presupone

(11) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 236; AMORÓS GUARDIOLA, M., *La causa del crédito hipotecario*, CER, Madrid, 1990, págs. 176-179 y 238; SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, págs. 21-23 y 31; ZUMALACÁRREGUI, T., *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1977, págs. 286-287; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, págs. 544-545; CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 238 y 243; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 549; GÓMEZ GALLIGO, F. J., «Cancelación de hipoteca sin expresión de causa», en *BCRPM*, núm. 3 (2.^a época), 1995, pág. 800.

Recogemos a continuación alguna de las ideas mas relevantes de estos autores.

La expresión de la causa de cualquier negocio transmisivo que pretenda inscribirse es fundamental para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS; pues, para él, «sin la expresión de su causa no se sabrá si lo que llega al Registro es ciertamente un título traslativo, pues en nuestro sistema, solo son títulos traslativos ciertos contratos mediante la tradición». Por eso, también para practicar una cancelación es necesario que se exprese su causa, tal y como se desprende de la conjugación del artículo 82 LH con los artículos 2.2, 79 LH y 173, 174 y 193 RH, que establecen la necesidad de que «el título —extintivo—, como para las inscripciones, exprese la causa determinante (de la cancelación)». Y a continuación, en una nota de pie de página explica que es necesario expresar esa causa o razón de la cancelación, para facilitar la calificación registral; pues no se exige la misma capacidad para extinguir una hipoteca por pago, que para extinguir una hipoteca por condonación. De estas palabras, se deduce que es necesario que se exprese la causa por la que se ha extinguido el derecho —el crédito hipotecario en este caso concreto—, y no solo la causa de la cancelación —la extinción del derecho en general—.

Asimismo, ZUMALACÁRREGUI es firme partidario de la necesidad de expresar la causa en los asientos registrales, ya que «esta despliega todos sus efectos en la medida en que consta registrada»; añadiendo como prueba de ello lo establecido en los artículos 2, 3, 9, 26, 27 y 34 LH, y el artículo 51 RH. Aplicando esto mismo al asiento de cancelación, niega que esta sea un acto sin expresión de causa, porque, la causa, la tiene siempre y debe expresarse según se deduce de lo dispuesto en los artículos 103, 79, 80 y 99 LH. Con relación a estos artículos, dice el autor que «de estos preceptos legales se desprende, directa e inmediatamente, que el título formal por cuya virtud se solicita la cancelación habrá de contener siempre, necesariamente, la causa de la extinción, total o parcial, del asiento de que se trate». Y añade, «de lo contrario, el Registrador, por categórico imperativo de los artículos 99 y 103 LH, habrá de proceder a la denegación del asiento cancelatorio, ya que este sería nulo sin la constancia de esa causa (extinción del inmueble o del derecho, nulidad del título o del asiento)». Luego, la necesidad de expresión de la causa en la cancelación es indispensable para ZUMALACÁRREGUI.

(12) GARCÍA GARCÍA, J. M., «Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 549.

la necesidad de la expresión de causa, ya que en el artículo 51.10.^a RH se exige que conste «el título genérico de la adquisición»; 4) el principio de especialidad o determinación exige que se señalen y especifiquen todos los caracteres de los títulos inscribibles, y por lo tanto se deduce que también habrá que especificar la causa; 5) los efectos de la publicidad registral tienen relación, muchas veces, con la naturaleza onerosa o gratuita del negocio, lo que conlleva la necesidad de que conste ese requisito causal (v.gr., art. 34 LH). Si la expresión de causa en la inscripción queda justificada por todas estas alegaciones, lo mismo ocurre en la cancelación, ya que ambas son asientos registrales de igual naturaleza. Del mismo modo se manifiesta DE CASTRO (13), al considerar imprescindible que se exprese la causa del título que pretenda su ingreso en el Registro de la Propiedad, doctrina que, entonces, se puede aplicar de lleno a los títulos cancelatorios.

2. Además, la presunción del artículo 1277 del Código Civil, como ya dijimos, es una abstracción procesal, formal, que lo que hace es liberar al demandante de probar la causa del negocio en cuya virtud reclama, pasando la carga de la prueba al demandado a quien corresponderá probar su ilicitud o su ausencia.

Esta presunción, así concebida, no puede aplicarse en el Derecho Hipotecario, no sirve, por tanto, la presunción establecida en el artículo 1277 del Código Civil en este ámbito. No se puede aplicar esta presunción, porque, como dice el Registrador en defensa de su nota de suspensión del asiento de cancelación por inexpressión de su causa, y que luego es reiterada por la DGRN, en la RDGRN de 2 de noviembre de 1992: «1.º El destinatario de este precepto es el Juez y no el Registrador. 2.º Se trata de un precepto de alcance procesal. 3.º Se trata de una presunción de carácter procesal y mero alcance *iuris tantum*. 4.º Dicho precepto responde a la orientación espiritualista o aformalista que sigue el Código Civil en materia de contratación, que se cumplía si se exigiera la expresión formal de la causa. 5.º Que se crearía confusión al trasladar al ámbito hipotecario la aplicación del artículo 1277 del Código Civil».

De igual modo, AMORÓS GUARDIOLA (14) afirma que la presunción del artículo 1277 del Código Civil, «juega en el ámbito de la validez civil de los contratos, y aun dentro de este con una eficacia principalmente procesal o probatoria, no sustantiva o material, y como tal presunción puede ser destruida por la prueba en contra, pero no alcanza al plano la publicidad registral que se rige por otros principios. El cumplimiento de un requisito imperativo y esencial para la validez del acto debe acreditarse en forma plena para que pueda estimarse realizado y pueda ser inscrito después de probar esa validez; no cabe a estos efectos una prueba presunta o incompleta». Confirma esta idea GARCÍA GARCÍA (15), al considerar inaplicable la presunción del artículo 1277 del Código Civil en Derecho Hipotecario, pues en este «la expresión de causa es fundamental a efectos de obtener una inscripción en el Registro».

La DGRN ha confirmado que la presunción de causa no puede aplicarse en el ámbito registral en las RRDGRN de 26 de mayo de 1999, 28 de enero de 1999, en la que se dice expresamente: «la causa como elemento esencial que es del propio contrato traslativo (arts. 1261.3 y 1275 CC), ha de incluirse entre los extremos sujetos a calificación, de suerte que es necesaria su expresión en los

(13) DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio jurídico», *ob. cit.*, pág. 236.

(14) Véase, AMORÓS GUARDIOLA, M., «La evolución de la doctrina española sobre la presunción de existencia de la causa», *ob. cit.*, pág. 60.

(15) GARCÍA GARCÍA, J. M., «Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 549.

títulos inscribibles sin que pueda jugar en el ámbito registral la presunción que establece el artículo 1277 del mismo Código».

Si cuando no se expresa la causa de un negocio o acto inscribible, esta no se puede presumir —pues no se puede aplicar el art. 1277 CC—, se debería concluir que no existe causa alguna. Esto sería un absurdo, pues ya se ha demostrado que la causa existe siempre, y que no cabe un negocio abstracto. Por lo tanto, debido a las consecuencias que acarrearía la no expresión de causa —como se acaba de ver—, hay que afirmar que siempre debe expresarse la causa de la cancelación.

3. Y el criterio determinante para sostener la necesidad de que se exprese la causa del acto o negocio inscribible es, como ya se ha dicho, que el registrador debe calificar «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas» (arts. 18 LH y 99 RH). Esta calificación debe hacerse sobre todos los requisitos que afecten a la validez del acto, y entre ellos por supuesto está la causa (1261 CC), y además debe calificar, «por lo que resulte de las escrituras públicas», de donde se deduce que debe estar expresada esa causa, pues solo entonces puede calificarse. En este sentido y siguiendo a DE LA CÁMARA (16), si no se expresara la causa, no podría calificarse correctamente, y podrían ocasionarse inscripciones de transmisiones nulas (función controladora de la calificación de la causa). Si las inscripciones recogen transmisiones nulas y las publican se iría en contra de la seguridad jurídica y de la fe pública, pero a la vez de la legitimación registral.

4. No se puede olvidar que existen criterios o normas de carácter formal que exigen la expresión de la causa: por ejemplo, los artículos 9.3 y 6 LH, 51, 10 RH, y sobre todo el 193 RH, aunque referido expresamente para la cancelación abogan por la necesidad de que conste en los asientos.

5. Por último, la práctica registral enseña continuamente que es necesario expresar la causa del negocio inscribible. En general, cualquier documento que se presente sin expresión de causa para ser calificado e inscrito en el Registro, será, probablemente, rechazado por el Registrador.

Las siguientes Resoluciones de la DGRN ponen de manifiesto la posibilidad y conveniencia de calificar la causa del acto o negocio jurídico que da lugar a una inscripción registral y, consecuentemente, se desprende de ellas la necesidad de que se exprese dicha causa para la correcta práctica del asiento registral correspondiente (cualquiera que sea, por consiguiente, también el de cancelación): la RDGRN de 12 de marzo de 1930 rechaza la inscripción del título presentado, por no especificar exactamente la causa jurídica de la transferencia que se ha producido, no siendo suficiente, a tal efecto, el concepto de adjudicación, por ser demasiado amplio. En concreto dice que «ha de reconocerse que el concepto de adjudicación es tan amplio y puede depender de causas jurídicas tan diversas, que la manifestación de haberse adjudicado una finca por partes iguales a los cuatro hijos, sin indicar siquiera la causa jurídica de la transferencia, el tiempo en que se llevó a cabo, y la forma, verbal o escrita, en que se hizo, no se ajusta a los preceptos contenidos en los artículos 254 y siguientes del Reglamento Notarial, ni puede aspirar a los beneficios de la inscripción en un sistema hipotecario que, como el nuestro, exige la determinación específica de la base jurídica de toda

(16) DE LA CÁMARA, «En torno al concepto de causa de los contratos», en *Estudios de Derecho Civil*, págs. 582-583, citado por AMORÓS GUARDIOLA, «La evolución de la doctrina...», *ob. cit.*, pág. 57.

transmisión de bienes». La RDGRN de 18 de mayo de 1955 rechaza, asimismo, la inscripción de la escritura presentada por aparecer descrita, en esta, una causa —donación—, que no era la que efectivamente correspondía —convenio—. La RDGRN de 12 de febrero de 1958 pone de manifiesto la importancia de la causa, al ser uno de los requisitos esenciales del contrato y que, por lo tanto, debe tenerse en cuenta a la hora de calificar la viabilidad o no de un documento presentado. La RDGRN de 3 de septiembre de 1982 insiste en la necesidad de acudir al título constitutivo —que engloba la causa— del derecho que se pretende inscribir, para averiguar su verdadero contenido y alcance conforme a lo que en él aparece expresado. La RDGRN de 30 de junio de 1987 establece la obligación del Registrador de atenerse a lo que resulte de la escritura presentada para la inscripción, donde la causa expresada en ella será lo que debe tener en cuenta a la hora de calificar el documento, y no otra cosa distinta. La RDGRN de 8 de mayo de 2000 confirma la necesidad de que se exprese la causa de la aportación de los bienes a la sociedad de gananciales, y en un tema parecido la RDGRN de 15 de diciembre de 1999 rechaza la inscripción de la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales previa porque falta la expresión de la causa del desplazamiento patrimonial de un determinado bien. La RDGRN de 29 de julio de 1998 exige la expresión de causa —hecho de su levantamiento por el Juez o agotamiento de toda su eficacia por conclusión de la ejecución y adjudicación del bien trabado— en el mandamiento judicial que motiva una anotación de embargo. La RDGRN de 2 de noviembre de 1992 se manifiesta abiertamente a favor de la necesidad de expresar la causa de la cancelación (17) cuando dice que «para que pueda registrarse cualquier acto traslativo se requiere la expresión de la naturaleza del título causal tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser la causa presupuesto lógico necesaria para que el Registrador pueda, en primer lugar, cumplir con la función calificadora en su natural extensión, y después, practicar debidamente los asientos que procedan. Esta misma doctrina ha de regir cuando, por consistir la vicisitud jurídico-real en la extinción o en la reducción de un derecho real inscrito, el asiento que proceda practicar sea un asiento de cancelación, total o parcial (cfr. arts. 79 y 80 LH), no ya solo por exigirlo su naturaleza genérica de inscripción, sino también porque resulta impuesto por las normas específicas sobre cancelaciones: en aplicación del principio de determinación registral, se exige, entre las circunstancias del asiento de cancelación la expresión de la «causa o razón de la cancelación» (cfr. art. 193-2 RH). La expresión de la causa de la cancelación, es presupuesto obligado para la calificación registral, pues obviamente no son los mismos los requisitos que se exigen, por ejemplo, para la extinción de un derecho real limitado por redención, para la extinción por pago si del crédito hipotecario se trata, o para la extinción por donación (o condonación)». Y por último, la RDGRN de 18 de marzo de 1999 afirma con rotundidad «la necesidad de expresar en el asiento cancelatorio la causa o razón determinante de esta actuación —cancelación— (cfr. arts. 103 LH y 193.1 RH)». En el mismo sentido

(17) A pesar de que la DGRN se manifiesta claramente a favor de la necesidad de expresar la causa de la cancelación, VALERO FERNÁNDEZ y MARTÍN MARTÍN lamentan que la misma, después de proclamar esta exigencia, «infiera la causa de expresiones tan dudosas como la del supuesto presente», ya que de la expresión «libera de toda responsabilidad derivada de la hipoteca» a la finca en cuestión, extrae la conclusión de que el acreedor ha renunciado a la dicha hipoteca. Véase VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., y MARTÍN MARTÍN, A. J., «Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General», en *RCDI*, 1993, págs. 1600-1605.

y repitiendo la doctrina de estas dos últimas Resoluciones, sobre la cancelación registral, encontramos las RRDGRN de 27 de septiembre de 1999; 20 de febrero de 2003 y 16 de octubre de 2006.

Creo que queda demostrado, con todo lo dicho anteriormente, que todos los actos o negocios inscribibles deben tener una causa, y que, además, su causa debe expresarse, incluso los negocios cancelatorios.

IV. CAUSA QUE DEBE EXPRESARSE

Pero, todavía hay que solucionar un problema más: ¿qué causa debe expresarse? ¿Basta con la expresión de la causa típica, o también será necesario expresar la genérica? Y por otra parte nos planteamos si bastará expresar la causa del acto inscribible, o si también será necesario expresar la causa de esa causa.

a) ¿CAUSA TÍPICA O GENÉRICA?

Para AMORÓS GUARDIOLA (18) es absolutamente necesario que se exprese no solo la causa típica sino también la causa genérica a que se refiere el artículo 1274 del Código Civil. Entiende este autor que debe no solo expresarse en el documento sino también recogerse en el asiento si el derecho que se inscribe se adquiere a título oneroso o gratuito o remuneratorio.

Comparto esta idea puesto que solo si consta el carácter oneroso o gratuito de la adquisición, podremos saber si el adquirente debe resultar protegido o no por la fe pública registral, pues será distinta la protección del que adquiere a título oneroso o gratuito según el artículo 34 LH. Luego la expresión de la causa genérica condiciona la propia eficacia de la inscripción, influye, como ya dijimos en la fe pública registral.

Pero no solo eso, sino que el carácter oneroso o gratuito, también va a influir, como bien recoge el autor citado, en otros asuntos: presunción de fraude en la acción pauliana (1297 CC); calificación como bien privativo o ganancial, con la capacidad necesaria para la enajenación o gravamen, etc.

b) ¿CAUSA INMEDIATA O REMOTA?

1. Cancelación

Nos planteamos, como hemos dicho antes, ahora si debe expresarse solo la causa inmediata del negocio o acto inscribible o también la causa de ese acto o negocio. Por ejemplo, si en la cancelación, bastará con expresar la causa del negocio cancelatorio: extinción del derecho inscrito, o será necesario también expresar la causa de esa extinción. No cabe duda que no basta con aludir a la extinción del derecho para cancelar, sino que es necesario que se exprese, asimismo, la causa de esa extinción, pues, por ejemplo, no se necesitan los mismos requisitos (v.gr., de capacidad), para cancelar porque la hipoteca se extinguió por pago del crédito garantizado, que porque se renunció a la misma. Creo que

(18) Véase AMORÓS GUARDIOLA, M., «La evolución de la doctrina...», *ob. cit.*, págs. 61-62.

lo que se pone de manifiesto al establecer esa duda es un error de concepto: la extinción del derecho es fundamento necesario para la cancelación, pero el título inscribible es el acto (19) o negocio cancelatorio, causal; y por tanto, es su causa la que debe expresarse (pago, renuncia, condonación etc.). De esta forma, en este caso sí debería inscribirse esa «causa remota», pero, en realidad no es remota, sino que es la propia del negocio cancelatorio, o de otro acto, que es el título inscribible.

Para AMORÓS GUARDIOLA (20), la causa debe expresarse «tanto en el negocio cancelatorio como en el propio asiento de cancelación». Este autor, que se basa en la exigencia del artículo 193 RH para justificar la expresión de la causa en la cancelación, entiende que «respecto al asiento, dicha causa es el negocio cancelatorio y la causa de este remite a un hecho anterior que normalmente coincide con la causa extintiva del derecho cuya inscripción se cancela. A su vez, ese acto anterior (pago, renuncia, convenio extintivo) podrá tener su propia causa: causa típica propia del negocio en cuestión, y causa genérica, según sea realizado a título oneroso o gratuito. Ambas manifestaciones causales deben constar en el asiento cancelatorio». Por lo tanto, para este autor la necesidad de expresar la causa es absoluta, y alcanza no solo a la causa inmediata de la cancelación —extinción del derecho, por regla general—, sino a la remota que es, en este caso, la causa que produjo esa extinción, y originó el negocio cancelatorio.

SANZ FERNÁNDEZ (21), sin embargo, entiende que es necesaria la expresión de la causa de la cancelación de las inscripciones. Para él, la causa de la cancelación —salvo los casos excepcionales de nulidad del asiento o del título— es la extinción del derecho inscrito. Extinguido el derecho, nace la obligación de prestar el consentimiento para la cancelación del asiento que lo contenía. El cumplimiento de esta obligación nacida de la extinción del derecho, será la causa del negocio cancelatorio, o consentimiento para la cancelación. Sin embargo, las causas de la extinción del derecho inscrito (pago, novación, condonación), son irrelevantes, y no es necesaria su expresión en el consentimiento de la cancelación. Por lo tanto, y para este autor, únicamente habrá que expresar la causa-fundamento de la cancelación propiamente dicha (inmediata) que es la extinción del derecho inscrito y la consecuente prestación del consentimiento cancelatorio debido a esa extinción (causa remota); pero, no será necesario expresar las causas en las cuales se basa la extinción del derecho que, a su vez, motivan el negocio cancelatorio, aproximándose a un consentimiento formal, que debemos entender hoy superado.

Queda aclarado que en la cancelación no basta con expresar su fundamento (causa inmediata), sino que defendiendo el principio de consentimiento causal, es necesario que se exprese la causa del negocio cancelatorio (causa remota) que realmente es la causa que debe constar en la cancelación.

(19) Fundamento de la cancelación es la extinción del derecho inscrito y la ineficacia del asiento. Y según exista un fundamento u otro, nos encontraremos con distintos presupuestos determinantes de la cancelación: si el fundamento es la extinción del derecho, los presupuestos determinantes de la misma son: negocio cancelatorio, la resolución judicial, extinción del derecho por resolución administrativa o por consolidación. Mientras que si el fundamento de la extinción es la ineficacia del asiento, los presupuestos determinantes de la misma serán la nulidad formal del asiento, la caducidad del mismo o la renuncia al asiento. Véase, sobre estas ideas, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *El asiento de cancelación negocial de crédito hipotecario*, CER, Madrid. 2000, págs. 71-133.

(20) AMORÓS GUARDIOLA, M., «La causa del crédito hipotecario», *ob. cit.*, pág. 238.

(21) SANZ FERNÁNDEZ, A., «Instituciones de Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, págs. 31-33.

2. Otros supuestos

Nos encontramos en la jurisprudencia registral con otros dos supuestos en los que la DGRN se inclina por admitir que es suficiente la expresión de la causa inmediata y no de la remota.

El primer caso lo encuentro en la RDGRN de 28 de enero de 1999 donde se plantea la inscripción en el Registro de una dación de un inmueble en pago de deudas. Como negocio traslativo de dominio que es, debe inscribirse en el Registro, y como bien afirma el Centro Directivo, la existencia y titularidad de las deudas que con la dación en pago se extinguen operará como causa de la transmisión, y no ofrece dudas que la existencia y licitud de causa, como elemento del contrato traslativo, ha de incluirse en los extremos sujetos a calificación, de suerte que es necesaria su expresión en los títulos inscribibles». Hasta aquí todo correcto pero, continúa diciendo la Dirección General, una vez constatada en el título la causa de la transmisión (el pago de las deudas perfectamente identificadas), la calificación en cuanto a la causa se agota, «de suerte que no quepa extenderla al examen de la validez de los actos o negocios que dieron lugar al nacimiento de los créditos o sus transmisiones posteriores», y concluye afirmando que «como regla general ha de considerarse que tales actos, en cuanto son ajenos al contrato de cesión, que es lo que se inscribe en el Registro, ni han de tener reflejo en este, ni es preciso acreditar su existencia y validez, por lo que quedan al margen de la calificación». Por lo tanto, debe expresarse y calificarse la causa inmediata o directa de la modificación jurídico real (título), pero no es necesario, parece ser, calificar o expresar, la causa de ese negocio.

¿Debe ser esto así? ¿No influiría la nulidad o ilicitud de esas obligaciones cumplidas a través de la dación en pago, en el negocio traslativo de dominio consecuente? Yo creo que sí, pero dejo planteada la duda.

Y el otro supuesto, si bien como la propia DGRN indica, se trata de un caso excepcional, es el de la inscripción de hipoteca en garantía de un reconocimiento de deuda. La DGRN admite la inscripción del derecho real de garantía, cuando se exprese su causa, que es el crédito reconocido por el deudor, sin que sea necesario expresar, a su vez, las causas de ese crédito, pues el reconocimiento de deuda es causal, pero en el mismo se aplica la presunción de causa del 1277 del Código Civil, y por lo tanto no es necesario que se exprese su causa, presumiéndose siempre y correspondiendo al deudor la prueba de su defecto o ilicitud. En concreto, en la RDGRN de 28 de febrero de 2003, se plantea el supuesto de la inscripción de una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca en garantía de diversas obligaciones contraídas por el deudor con motivo de varios contratos de obra. Se plantea si deben hacerse constar los concretos contratos de obra, es decir, la causa de la deuda en cuya garantía se constituye la hipoteca. La DGRN afirma que el reconocimiento de deuda es un negocio perfectamente admitido en nuestro derecho, y que si bien nuestro sistema hipotecario es causalista, y que es necesario que los derechos reales tengan causa y que esta se exprese en el título y en la inscripción, el reconocimiento de deuda garantizado con hipoteca «es una excepción, pues en este el derecho real de hipoteca tiene su causa en el crédito que el deudor reconoce y puede el acreedor exigir del que la hipoteca es accesoria, siendo tal crédito la causa de deber que da cobertura al derecho de hipoteca. Distinta es la causa del crédito, es decir, las relaciones subyacentes entre acreedor y deudor, cuya constancia por lo dicho no es necesario que se especifique en el título y que es a lo que se refiere el Código Civil en su artículo 1277 al presumir que su causa existe y que es lícita

mientras el deudor no pruebe lo contrario, cuestión procesal que corresponde a los Tribunales de Justicia y escapa a la calificación registral».

Se parte de la excepcionalidad de este negocio jurídico, pues el reconocimiento de deuda es el único negocio en el que se presume la causa directamente, sin negar su eminente carácter causal, como bien ha subrayado el TS (22). Y es por eso que, al estar ya expresada la causa de la hipoteca (el crédito reconocido), basta con esa expresión, y no se considera necesario expresar, a su vez, la causa de ese crédito reconocido.

No comparto tampoco la doctrina del Centro Directivo, pues, como ya hemos explicado, la presunción de causa del 1277 del Código Civil, no tiene aplicación en el Derecho Hipotecario como consecuencia de los especiales principios de especialidad y tracto sucesivo. Si esa presunción no es válida, no podrá inscribirse una hipoteca, un crédito hipotecario, sin hacer constar la causa (aunque sea la remota), pues no hay presunción que valga. El marcado carácter causal del crédito hipotecario, y las exigencias derivadas de los principios registrales, así como todos y cada uno de los argumentos ya expresados, nos sirven para rechazar tal posibilidad, pues si desconocemos la causa del nacimiento de la obligación asegurada, la función calificadora no puede llevarse a cabo con total precisión, impidiendo conocer si la hipoteca que la asegura es válida o no, pues depende (sea por accesoriedad o por unidad crédito hipotecario), de la obligación que garantiza, y la validez y existencia de esta, dependerá como siempre de su causa.

Y es que como bien dice el profesor AMORÓS (23), en la hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda no se inscribe solo el derecho real, sino que se inscribe el crédito hipotecario como un todo, de forma que el examen de la causa de esa figura debe hacerse tanto de la obligación garantizada como de la propia hipoteca, y porque el contrato de hipoteca es supercausal pues será nulo si falta tanto la causa del contrato del que deriva la obligación garantizada como si falta o es ilícita la causa del contrato de hipoteca.

Por lo tanto, podemos concluir que, a nuestro juicio, deben expresarse ambas causas, y no vale escudarse en la abstracción del reconocimiento de deuda, pues, haciendo una vez mas nuestras las palabras de AMORÓS GUARDIOLA (24): «Una cosa es la validez civil del reconocimiento de deuda con apoyo en la presunción de existencia de la causa y efectos meramente probatorios y provisionales en el tráfico, porque cabe la prueba en contra, y otra muy distinta la eficacia real del crédito hipotecario, que por estar dotado de publicidad registral exige la manifestación de la causa de la obligación garantizada de acuerdo con el principio de especialidad».

(22) Véase, entre otras, las SSTs de 28 de septiembre de 1998, 21 de julio de 1994, 22 de julio de 1996 y 5 de mayo de 1998, entre otras). En estas sentencias el TS afirma que «el reconocimiento de deuda no crea obligación alguna, es un negocio jurídico unilateral por el que su autor declara o, lo que es lo mismo, reconoce la existencia de una deuda previamente constituida; contiene pues la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le aplica la presunción de existencia de causa del artículo 1277 del Código Civil y el autor, autores o causahabientes en el presente caso, queda obligado a cumplir la obligación cuya deuda ha reconocido; a su vez al reconocimiento de deuda se le atribuye una abstracción procesal, que dispensa de probar la obligación cuya deuda se ha reconocido».

(23) Véase AMORÓS GUARDIOLA, M., «La evolución de la doctrina....», *ob. cit.*, pág. 62, y en su obra *La causa del crédito hipotecario*, CER, Madrid, 1990.

(24) Véase, AMORÓS GUARDIOLA, M.: «Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda», en *RCDI*, pág. 1990.

V. CONCLUSIONES

1. La causa existe en el sistema registral, y por lo tanto, nuestro sistema registral es verdaderamente causal; los actos o negocios inscribibles y las situaciones jurídicas inscribibles tienen causa, que además debe expresarse en los mismos y determinan la calificación registral y en consecuencia la inscripción. No puede practicarse una inscripción de un acto inscribible en el que no se exprese la causa.
2. La causa que debe expresarse es tanto la típica del acto o contrato como la genérica; y si existen varias causas, o la naturaleza del derecho así lo exige, deberán expresarse todas ellas, tanto la inmediata como la remota.
3. En consecuencia, no se puede aplicar la presunción de existencia de causa del artículo 1277 del Código Civil, precisamente por las propias peculiaridades y principios que rigen el sistema registral.
4. Ello es debido a que la causa está íntimamente conectada con los principios registrales: especialidad, legalidad, tracto sucesivo e inscripción, y es requisito necesario para la fe pública y legitimación; luego se convierte en un elemento que vertebra el propio ordenamiento y sistema registral.
5. Si la causa es un elemento indispensable en el sistema registral que sirve para unir los distintos principios hipotecarios, dando forma al sistema registral, se puede concluir que la existencia de los principios más o menos formales y de las reglas de carácter no dispositivo que lo informan, no son un obstáculo para rechazar la causa; sino todo lo contrario, como acabamos de ver, el sistema registral español solo se entiende a través de la existencia y expresión de esta.
6. En conclusión, si nuestro sistema civil es causal, parafraseando a PEÑA, podemos afirmar que el sistema hipotecario es «supracausal», pues las «excepciones» que pueden existir en el ámbito civil, relativas a la omisión de causa, no son admisibles en el hipotecario.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS CITADAS

SSTS

3 de febrero de 1973.
22 de febrero de 1973.
30 de diciembre de 1978.
28 de marzo de 1983.
30 de junio de 1983.
20 de diciembre de 1983.
10 de abril de 1986.
17 de mayo de 1986.
19 de mayo de 1987.
22 de junio de 1988.
15 de febrero de 1989.
14 de marzo de 1989.
22 de mayo de 1989.
20 de noviembre de 1992.
11 de marzo de 1993.
30 de septiembre de 1993.

21 de julio de 1994.
24 de octubre de 1994.
22 de julio de 1996.
5 de mayo de 1998.
28 de septiembre de 1998.

RRDGRN

12 de marzo de 1930.
18 de mayo de 1955.
12 de febrero de 1958.
22 de agosto de 1978.
3 de septiembre de 1982.
30 de junio de 1987.
2 de noviembre de 1992.
29 de julio de 1998.
28 de enero de 1999.
18 de marzo de 1999.
26 de mayo de 1999.
27 de septiembre de 1999.
15 de diciembre de 1999.
8 de mayo de 2000.
12 de septiembre de 2000.
20 de febrero de 2003.
28 de febrero de 2003.
16 de octubre de 2006.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SUÁREZ: *El problema de la causa en la tradición*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1945.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «La evolución de la doctrina española sobre la presunción de existencia de causa», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. 8, 1998, págs. 11-62.
- «Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda», en *RCDI*, pág. 1990.
- *La causa del crédito hipotecario*, CER, Madrid, 1990.
- BONILLA ENCINA, J. F.: «Nacimiento de los derechos susceptibles de trascendencia registral. El consentimiento como requisito previo al procedimiento de inscripción», en *RCDI*, 198, págs. 531-551.
- CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
- DE LA CÁMARA: «En torno al concepto de causa de los contratos», en *Estudios de Derecho Civil*.
- DÍEZ PICAZO, L.: «El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación», en *Estudios de Derecho Privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 293-311.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Cancelación de hipoteca sin expresión de causa», en *BCRPM*, núm. 3 (2.^a época), 1995, pág. 800.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: *El asiento de cancelación negocial de crédito hipotecario*, CER, Madrid, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Elementos de Derecho Civil*, III bis. *Derecho Inmobiliario Registral*, ed Dykinson, Madrid, 2001.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986.
- ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo I, ed. Bosch, Barcelona, 1954.
- *Derecho Hipotecario*, tomo II, ed. Bosch, Barcelona, 1968.
- SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., y MARTÍN MARTÍN, A. J.: «Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General», en *RCDI*, 1993, págs. 1593-1605.
- ZUMALACÁRREGUI, T.: *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1977.

RESUMEN

PRESUNCIÓN DE CAUSA DERECHO REGISTRAL

Dedicamos las líneas de este trabajo a analizar si la presunción de causa que recoge el artículo 1277 del Código Civil, es aplicable, o no, en el ámbito del Derecho Registral. Se recogen los caracteres de dicha presunción, y a continuación se examinan las posturas a favor y en contra de la aplicación de la presunción en el sistema registral. Se concluye sobre la necesidad de que la causa de los negocios inscribibles se exprese siempre, pues vertebrará los principios registrales que se estructuran en torno a la causa expresa de dichos actos que debe conocer y calificar siempre el Registrador.

ABSTRACT

PRESUMPTION OF CAUSATION REGISTRATION LAW

This paper is devoted to analyzing whether presumption of causation under article 1277 of the Civil Code is applicable or not in the sphere of registration law. The features of the presumption of causation are listed, and the postures in favour and against its application in the registration system are then examined. A conclusion is drawn concerning the need for the cause of registrable acts to be stated always, for the cause is the backbone of the principles of registration. Cause is the hub around which the principles of registration are structured, and it must always be known to and scrutinized by the registration authorities.

1.4. Sucesiones

*LA REVOCACIÓN TÁCITA DE UN TESTAMENTO POR OTRO POSTERIOR
(UN BREVE ESTUDIO A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA 129/2006
DE LA SECCIÓN 1.ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID,
DE 11 DE ABRIL DE 2006)*

por

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

Doctor Europeo en Derecho

Profesor Contratado Doctor

Departamento de Derecho Civil

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA SENTENCIA.—3. LA REVOCACIÓN TÁCITA: 3.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. 3.2. EL CÓDIGO CIVIL: EL ARTÍCULO 739. 3.3. LA SUCESIÓN DE TESTAMENTOS EN EL DERECHO COMPARADO. 3.4. LA DOCTRINA ESPAÑOLA. 3.5. LA JURISPRUDENCIA.—4. CONCLUSIONES. COMENTARIO A LA SENTENCIA.—5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En caso de que un testador elabore diversos testamentos sucesivos, se plantea el importante problema de cuál ha de ser la relación entre ellos: si son compatibles y se aplican conjuntamente, o bien ha de entenderse que el testamento posterior sustituye y hace ineficaz al primero. Cuando el testador expresamente contempla esta situación y establece cuál ha de ser la relación entre ambos testamentos sucesivos, no se origina realmente problema alguno y habrá de estarse a tal disposición (revocación expresa, en su caso). Sin embargo, el problema surge cuando el testador no prevé nada al respecto en el segundo testamento y tal situación se produce, debiendo recurrirse a las previsiones del Código Civil sobre revocación de testamentos, y específicamente teniendo presente la posibilidad de existencia de una revocación tácita.

Tal situación es la contemplada en la sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de 11 de abril de 2006, en la que, tras un testamento notarial abierto, se realiza por la testadora un testamento ológrafo en que varía la designación de heredero, si bien condicionada a «si me ocurriera algún accidente». A raíz de esta concreta sentencia, estudiaremos en el presente artículo el régimen jurídico de la posible concurrencia de una revocación tácita entre los testamentos sucesivos, y realizaremos un pequeño comentario a la misma (1).

(1) En este trabajo se recoge y amplía el texto de la ponencia defendida por el autor en el Seminario de Derecho Civil *Federico de Castro* de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, presidido por el Profesor don Luis Díez-PICAZO.

2. LA SENTENCIA (2)

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—La sentencia objeto de recurso, desestima la pretensión deducida por la representación procesal del Arzobispado de Valladolid, sobre declaración de plena validez y eficacia del testamento abierto otorgado por doña Elena en fecha de 11-11-94, ante Notario, para que el destino de su herencia sea el cumplimiento encomendado al Excmo. Señor Arzobispo de Valladolid de los fines de sufragio de su alma expresado en la cláusula 4.^a de su testamento abierto, condenándose a los demandados que estén y pasen por anteriores declaraciones, al tiempo, que, consecuentemente, se ordenen los correspondientes mandamientos al Registro de la Propiedad a los efectos de inscripción a favor de ese Arzobispado. Al tiempo que por el demandado Luis Enrique se formula reconvencción, para que por ese Arzobispado demandante, se proceda a la devolución del caudal hereditario de la finada doña Elena, a quien resulte ser heredero legítimo de su hermana, también difunta, doña Nuria.

Reurre referida demandante, por mostrar su desacuerdo con la sentencia impugnada, en tanto en cuanto que la misma estima revocado a todos los efectos el testamento abierto de referencia, fecha de 11-11-94, ante Notario, por el ulteriormente otorgado en forma ológrafa, en fecha de 23-12-96, pese a que el mismo refería su disposición solo en caso de que, por causa de «algún accidente en el que perdiera la vida...», que esa demandante interpreta como condición no cumplida, por cuanto que el fallecimiento de la testadora fue por causas naturales, en todo caso, compatibilidad entre ambos testamentos, y consiguiente validez del primero de los otorgados, ante Notario en forma abierta.

SEGUNDO.—Ambas hermanas, doña Elena y doña Nuria, fallecidas respectivamente en fechas de 29-7-99 y el 6-10-99, otorgaron, primero testamento abierto ante mismo Notario, en fecha de 11-11-94, en el que dejaban todos sus bienes al Arzobispado de Valladolid, en cumplimiento de sus fines píos dispuestos en el clausulado del mismo. Ambas, en fecha de 23-12-96, confeccionan testamento ológrafa, que fueron debidamente protocolizados por Autos de fechas de 2-6-00 y 2-10-02, respectivamente, en el que ambas instituían como únicas herederas en todos sus bienes, recíprocamente a su respectiva hermana, salvo la particularidad, única del confeccionado por doña Elena, cuando refiere en el mismo que: «...si me ocurriera algún accidente en el que perdiera la vida, dejo a mi hermana...». Y la cuestión a debatir en esta instancia (y fundamentalmente en el pleito seguido al efecto) es sobre la interpretación que debe darse a esa disposición testamentaria, ológrafa, en cuanto al punto de referencia sobre «...si le ocurriera algún accidente...», habida cuenta del fallecimiento primero de doña Elena, y poco después de doña Nuria, sobre las que únicamente, al parecer y sin perjuicio de lo que se determine con mayor rigor jurídico, quedaría como único heredero de la segunda, el demandado Luis Enrique. Pues de aceptarse la tesis de la deman-

(2) Utilizamos el texto de la sentencia 129/2006 de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 11 de abril de 2006, extraído de la base de datos del CENDOJ (Id. 47186370012006100109, Roj: SAP VA 437/2006). Citamos, conforme a esta fuente, los nombres de las personas implicadas en el caso.

dante, de que el testamento ulterior y último otorgado ológrafamente no revoca el anterior testamento abierto notarial por cuanto que no se cumplió la condición o presupuesto para su eficacia (muerte por accidente), al haberse producido el óbito de doña Elena en forma natural, el testamento abierto sería el único válido y eficaz, siendo entonces esa demandante la única heredera.

Y examinadas nuevamente las actuaciones por este Tribunal, debe llegarse a la misma conclusión que la del Juez de Instancia, según las pruebas e indicios obrantes en las actuaciones en su valoración lógica, racional y consecuente con las mismas, en interpretación armonizadora de lo dispuesto en los artículos 739 y 675 del Código Civil, según propia interpretación jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de 1-2-88 y de 7-5-90, entre otras). Efectivamente, el primero de los artículos señalados, 739, sanciona taxativamente que el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, con la sola excepción de que el testador exprese su voluntad de que subsista en todo o parte, aun cuando la Jurisprudencia admite la determinación de esa voluntad, en forma presunta, pero definida claramente por indicios y circunstancias bastantes no contradictorias con su tenor literal. El segundo, artículo 675, remite a la interpretación literal de las disposiciones testamentarias, salvo que se exprese muy claramente ser otra la voluntad del testador. Cabe también defender, cuando ello sea posible, una compatibilidad de testamentos sucedidos en el tiempo, si estos llegan a complementarse o desarrollarse sucesivamente en la disposición compatible de los bienes del testador, sin contradicción en sus disposiciones, lo que no parece ser el caso de autos, en los que resultan muy claramente nombramientos de herederos universales diferentes.

En el caso de autos, parece muy clara la voluntad de ambas hermanas, simultánea y en idéntico sentido, de mutar sustancialmente su testamento anterior prestado, sí, en forma notarial, tras, al parecer, una larga gestación no exenta de información cualificada a través del propio Notario, precisamente, deciden un nuevo nombramiento de su heredero(s), esta vez, a favor de su(s) propia hermana(s), por causa que no explicitan pero que resultan muy lógicas en personas de vínculo familiar muy estrecho, con larga convivencia juntas y de muy avanzada edad y cierto temor por su suerte económica. El tenor literal de «si por causa de algún accidente», admite ciertamente interpretaciones varias: muerte por causa no natural, diversa de la defunción natural ocurrida efectivamente, o, como interpreta la sentencia razonada y fundadamente, en sinonimia con la muerte, en general, por cualquier causa que se produzca. Lo que no admite interpretación y queda fuera de toda duda, es que las testadoras, en idéntica ocasión, mutan su voluntad testamentaria, nada advierten sobre el primer testamento, que omiten absolutamente, nombran persona distinta como sus únicas herederas (su respectiva hermana) y no puntualizan o desarrollan circunstancia alguna sobre esa posible interpretación literal condicionadora de la eficacia de su testamento (y solo en el caso de una de ellas) que remitiera a posibles causas accidentales, traumáticas o súbitas diversas de una defunción natural. El testimonio, incluso cualificado (el propio Notario otorgante), prestado en autos, en el sentido de que la voluntad de doña Elena era la de dejar sus bienes, todos, al Arzobispado de Valladolid solo nos ilustra sobre la voluntad de la testadora, precisamente al tiempo de otorgar su testamento, pero no dos años después, cuando modifican su voluntad otorgando un nuevo testamento.

Y en cuanto a la cuestionada legitimación activa, *ad causam*, del demandado reconviniente, nada que añadir, dada la falta de todo recurso a la Providencia por la que se tuvo por admitida la demanda reconventional, dándose curso a la

misma, al tiempo que la acreditación de esa legitimación por aportación a los autos de sentencia dictada de declaración de herederos a favor de don Carlos Jesús, resulta procedente a tenor de lo establecido en el artículo 270-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en ningún caso produce innovación, por mutación alguna del contenido de la propia demanda reconvenzional, que pueda causar indefensión a la parte demandante principal, sino confirmación, acreditación, de esa legitimación anticipada.

TERCERO.—De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual y vigente, Ley 1/00, de 7 de enero, las costas procesales causadas en este Recurso de Apelación deben imponerse a la parte apelante, que ha visto desestimadas todas sus pretensiones.

VISTOS, los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN promovido por la representación procesal del Arzobispado de Valladolid, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia, número 9 de Valladolid, de fecha 29 de julio de 2005, dictada en los presentes autos sobre declaración de validez de testamento notarial abierto, seguidos frente a Luis Enrique y frente al Abogado del Estado, a don Constantino, desconocidos herederos de doña Elena y doña Nuria y posibles herederos de don Carlos Jesús, DEBEMOS CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE referida resolución recurrida, con imposición de las costas procesales causadas en este recurso, a la parte apelante, por ser ello preceptivo.

3. LA REVOCACIÓN TÁCITA

Una vez expuesto el texto de la sentencia origen de este estudio, debemos, previamente a la realización de un comentario sobre ella, poner de manifiesto cuál es el régimen jurídico referente a los supuestos de sucesión de testamentos y en especial la posibilidad de revocación tácita de un testamento por otro posterior.

El testamento es un acto esencial e ilimitadamente revocable, hasta el punto de que ni siquiera el propio testador puede obligarse en vida a no revocar su testamento (3). Por ello, en caso de que un mismo testador realice diversos testamentos sucesivos, caben dos posibilidades: o bien entender que en todo caso el posterior sustituye totalmente al anterior, aun cuando no hiciera referencia a este, de modo que el mero otorgamiento de un nuevo testamento deja sin efecto totalmente al anterior (*revocación total tácita*) (4), o bien considerar que serán todos ellos eficaces en la medida en que no existan incompatibilidades entre los mismos, por lo que la revocación solo debe entenderse producida en tanto en cuanto que el contenido del nuevo testamento entre en incompatibilidad con el anterior.

(3) Vid. artículo 737.I del Código Civil. Ya en el Digesto se establecía que «*ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*» (D., 34, 4, 4).

(4) Sobre la revocación como causa de pérdida de efectos de un testamento, cfr. MORETÓN SANZ, M.ª Fernanda, «Apuntes sobre los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación e interpretación», en *RCDI*, núm. 718, págs. 779-791.

3.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el Derecho romano se excluía la posibilidad de existencia de una compatibilidad entre los testamentos sucesivos y se seguía un sistema de revocación total (5), plasmado en la regla *in testamentis novissimae scripturae prevalent* o *posteriore testamento superius rompitur* (6), de modo que cada vez que el causante redactara un testamento se consideraba que se producía una revocación tácita de los posibles testamentos anteriores, y el posterior venía en todo caso a sustituir totalmente al anterior. No era así tanto un problema de revocación intencional como de incompatibilidad objetiva entre testamentos (7): todo testamento debía tener una designación de heredero, y por ello necesariamente el segundo reemplazaría al primeramente otorgado.

Esa regla, que venía así impuesta por la necesidad y universalidad de la institución de heredero en el Derecho romano y la vigencia en él de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, sin embargo no se aplicaba a los codicilos, de modo que cuando el testador se limitaba a realizar disposiciones a título particular, sin referirse a la institución de heredero, se consideraba que se mantenía su voluntad respecto de la institución de heredero que había realizado en el testamento anterior. De este modo, el testamento puramente codicilar sería un supuesto de compatibilidad por disparidad de extensión objetiva (8).

El régimen romanizado de las Partidas (9), basado igualmente en la necesidad de la institución de heredero, contemplaba la posibilidad de revocabilidad

(5) Cfr. BUEN, D. D. DE, «Revocación de testamentos», en *Enciclopedia Jurídica Española*, T. XXVII, Ed. Francisco Seix, Barcelona, s. f. (ca. 1910), pág. 620; y FUENTESECA, Pablo, *Derecho Privado romano*, ed. del autor, Madrid, 1978, pág. 538.

(6) Vid. *Inst.*, 2, 17; *D.*, 28, 3, y otras.

(7) Podemos recordar la tradicional distinción entre incompatibilidad lógica u objetiva, cuando las distintas disposiciones testamentarias no pueden ejecutarse simultáneamente, e incompatibilidad intencional, cuando es la voluntad del testador la que excluye la ejecución simultánea. La primera implicará necesariamente a la segunda, mientras que la intencional podrá coincidir o no con una incompatibilidad objetiva.

(8) Cfr. Díez-PICAZO, Luis, «La pluralidad de testamentos», en *RDN*, núm. 27, enero-marzo de 1960, pág. 93. Para Félix PASTOR RIDRUEJO (en *La revocación del testamento*, Ed. Nauta, Barcelona, 1964, pág. 200), esta nueva figura de compatibilidad no sería realmente sino una subespecie de la intencional.

(9) Cfr. Partida 6, Tít. I, leyes 21 (*como se quebranta el primero testamento por otro que fuesse fecho despues*): «El primero testamento se puede desatar por otro que fuesse fecho despues cumplidamente (...)», y 25 (*como todo ome fasta el dia de la muerte, puede mudar su testamento e fazer otro*): «La voluntad del ome es de tal natura, q se muda en muchas maneras: e por ende ningun ome non puede fazer testamento tan firme, q lo non pueda despues mudar, quando quisiere, fasta el dia que muera, solamente que sea en su memoria, quando lo cambiare, e que faga otro acabadamente»; y Tít. XII, ley 3 (*que departimiento ha entre los testamentos e los cobdicilos, e como se pueden desatar*): «Departimiento ha muy grande entre los cobdicilos e los testamentos. Ca los cobdicilos bien se puede fazer, maguer non pongan en ellos sellos los q los fazen, nin los testigos que se y aciertan (...). E puede ome fazer muchos cobdicilos: e non desatara el vno lo otro. Fuera ende, si dixere señaladamente aquel que lo fiziere, q el cobdicilo que auia fecho primeramente, q non queria que vala. Otrosi dezimos q el cobdicilo non se desata, maguer nazca despues fijo a aquel que lo fizo. Mas en los testamentos que se fazen en escrito, el contrario es desto. (...) E el testamento primero se desata por el postrimero. E otrosi, se quebranta quando nasce despues fijo al fazedor del, segund diximos en el titulo de los testamentos».

parcial o compatibilidad de los codicilos (10), e igualmente seguía la unidad de testamento [solo es válido un único testamento, de modo que el posterior siempre revocará al anterior (11)]. De este modo, si bien en la relación entre codicilos se entiende que la revocación tácita de un primer documento por un segundo solo se producirá en la medida en que este sea incompatible con el contenido del anterior, admitiéndose así una pluralidad de codicilos o una coexistencia de testamento y codicilos posteriores, entre testamentos se mantiene la incompatibilidad de llamamientos sucesivos.

El Ordenamiento de Alcalá se aparta de la línea romanista, al suprimirse el principio de unidad de testamento, la regla *nemo pro parte...* y la institución de heredero, exclusiva y excluyente, como requisito de validez del testamento (12), sustituyendo de este modo el sistema de revocación total por el de revocación solo en la medida en que haya una incompatibilidad.

El Proyecto de Código Civil de 1851 (13), en cambio, vuelve a la línea de incompatibilidad entre testamentos del Derecho romano, y lo mismo se reiterará por el Proyecto de 1882 (14) y finalmente —como veremos— por el Código de 1889. Al haber desaparecido ya con el Ordenamiento de Alcalá las bases que fundamentaban tal solución, como hemos dicho, el sistema precodificador (y a la postre el del propio Código) carecía de justificación alguna, máxime cuando además desaparece la categoría de los codicilos (en que, como hemos visto, sí se admitía una compatibilidad), al integrarse entre los testamentos, incurriéndose de este modo en una incongruencia con el resto del sistema sucesorio español (15). Es decir, la vuelta a medias y de modo imperfecto al sistema romano, estableciéndose un sistema de revocación total entre testamentos cuando no existe la necesidad de institución de heredero, que lo justificaba (se pasa de un sistema de incompatibilidad objetiva a uno de presunción de revocación), determinará una situación incongruente y problemática en este punto, al aplicarse las normas de la revocación testamentaria a la que en el Derecho romano era la revocación codicilar.

(10) Cfr. FEBRERO, José, *Librería de escribanos, abogados y jueces*, reformada por José Marcos GUTIÉRREZ, T. I, 6.^a ed., Madrid, 1825, pág. 158: «[cualquiera puede hacer] dos codicilos ó todos los que quiera, sin que el primero se revoque por el segundo, sino en lo que sean contrarios, ó sino en que se revoque expresamente en el todo».

(11) Cfr. FEBRERO, «Librería de escribanos...», *op. cit.*, págs. 154 («dos testamentos no pueden subsistir á causa de que el segundo perfecto revoca el primero») y 158 («ninguno puede hacer dos testamentos de modo que ambos valgan, pues por el segundo perfecto se revoca el primero»). No obstante, se admitían las excepciones de que el testador, creyendo muerto al primer instituido como heredero, nombrara a otro, cuando realmente el primero está vivo (en cuyo caso valdrán las mandas y otras cosas compatibles de ambos testamentos: Partida 6, Tít. I, ley 21), y de que el primer testamento contuviera cláusulas derogatorias generales o particulares que no se mencionen en el segundo (cfr. FEBRERO, «Librería de escribanos...», *op. cit.*, págs. 154-155).

(12) Vid. su Tít. XIX, ley única (*quantos testigos son menester en el testamento: et que valen las mandas, aunque non sea establecido heredero en el testamento: ò si lo fuere è non y viniere la herencia*). Cfr. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «Comentario al artículo 739», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRIGUEZ, LUIS DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1838.

(13) Artículo 719.

(14) Artículo 917.

(15) Cfr. SANCHO, «Comentario al artículo 739 del Código Civil», en *op. cit.*, pág. 1838. De modo similar, PASTOR, «La revocación...», *op. cit.*, pág. 216.

3.2. EL CÓDIGO CIVIL: EL ARTÍCULO 739

El Código Civil sigue así a dichos Proyectos, tal vez por ser un sistema más sencillo y que además evita problemas (16) —aunque es dudoso que pueda considerarse como el más racional y puede crear otra clase de trastornos (17)—, estableciendo en su artículo 739.I que *«el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en este su voluntad de que aquel subsista en todo o en parte»* (18). De este modo, el Código adopta

(16) Explicación que encuentra Manuel ALBALADEJO GARCÍA, en «Comentario al artículo 739 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IX, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1983, pág. 403. Su sencillez es también destacada por CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. I, vol. II, 2.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1926, pág. 151; y VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil español*, T. V, 3.ª ed., Tip. Cuesta, Valladolid, 1926, pág. 154.

(17) Como pone de manifiesto José PUIG BRUTAU, en *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, vol. II, 2.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1977, pág. 205. Así, este autor señala (*loc. cit.*, pág. 208) que es relativamente frecuente que un testador, en los últimos momentos de su vida y habiendo otorgado ya testamento en el que ha ordenado su sucesión, quiera adicionar un legado a favor de quien le cuida en su última enfermedad, y si otorgara testamento sin expresar que el anterior debe subsistir, este quedaría revocado. No obstante, esa observación parte de una posición absoluta de la revocación por *todo* testamento posterior, cuando, como veremos, ello realmente dependerá de la interpretación de cada caso concreto.

(18) De modo similar, los apartados 2 y 3 del artículo 422-9 del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña (en lo sucesivo, L4CCC), relativo a las sucesiones (aprobado por la Ley catalana 10/2008, de 10 de julio), que reproducen de forma prácticamente idéntica el artículo 130 del Código de Sucesiones de Cataluña, establecen respectivamente que *«el otorgamiento de un testamento válido y eficaz revoca de pleno derecho el testamento anterior. (...)»* y *«si el testador ordena de forma expresa en el testamento posterior que el anterior subsista total o parcialmente, este mantiene la eficacia en todo cuanto el otorgado posteriormente no revoque, o en las partes a que no se oponga o que no contradiga»*. El derogado artículo 243 de la Compilación catalana seguía más fielmente el sistema romano, al distinguir entre testamentos y codicilos: *«Los codicilos implicarán revocación de la parte del testamento anterior que aparezca modificada o resulte incompatible. / El otorgamiento de testamento revocará los codicilos y memorias testamentarias anteriores, a menos que disponga otra cosa el testador. / El codicilo posterior solo revocará el anterior en lo que se halle modificado o resulte incompatible con aquel. De coexistir varios codicilos de un mismo testador, prevalecerán los más recientes sobre los más antiguos en todo lo que resulte modificado o incompatible. (...)»*. Cfr. TORRALBA SORIANO, Vicente, «Comentario al artículo 243 de la Compilación de Cataluña», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XXIX, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1984, págs. 285-294 (en especial, 293-294).

El Fuero Nuevo de Navarra es más fiel al sistema romano, al distinguir entre testamentos y codicilos, y así la Ley 210 viene a disponer que *«el testamento se entenderá revocado de pleno derecho por el otorgamiento posterior de otro testamento o de un pacto sucesorio válidos, a menos que en ellos se dispusiera que aquel subsista en todo o en parte. / Las donaciones mortis causa, los codicilos y las memorias testamentarias solo revocan las disposiciones del testamento en la medida en que fueren incompatibles»*, y la Ley 212 que *«los codicilos y memorias testamentarias quedarán revocados por los testamentos posteriores, a no ser que en estos aparezcan confirmados. / Las memorias testamentarias y los codicilos no quedarán revocados por otras u otros posteriores sino en lo que fueren incompatibles»*.

Así, tanto en Cataluña como en Navarra —frente al Derecho Común— se seguirá un sistema de revocación total del testamento anterior por el posterior salvo expresión con-

finalmente el sistema de presumir la existencia de una voluntad revocatoria tácita total por el mero hecho del otorgamiento de un testamento posterior, salvo precisamente que se manifieste por el testador su voluntad de que el anterior subsista total o parcialmente, es decir, que su voluntad no era realmente revocatoria sino modificativa (19).

Curiosamente, el propio Código sigue un sistema mucho menos exigente en su artículo 672, relativo a disposiciones en que se haga referencia a cédulas o papeles privados que aparezcan después de la muerte del testador, pues mientras el artículo 739 requiere una expresa declaración de subsistencia, en aquel basta con una simple referencia entre ellos (20).

Observemos que el artículo 739 establece que el testamento que revoca al anterior es el *posterior perfecto*; es decir, ha de reunir dos requisitos: posterioridad y perfección.

En cuanto al primer requisito (la posterioridad), se derivará normalmente del propio testamento, que expresará la hora, día, mes y año de su otorgamiento (especialmente en los notariales), o bien se derivará de su contenido. Si no pudiera conocerse el orden de otorgamiento de los testamentos, se ha apuntado como solución su acumulación, considerándolos todos como si fueran una unidad y ejecutándolos en lo que sean compatibles (21).

Sobre el calificativo *perfecto*, en principio ha de entenderse que con ello se hace referencia al testamento válido y eficaz, en el sentido de que no concurra en él ningún vicio de nulidad (22) ni exista caducidad y se hayan cumplido todos los requisitos y formalidades (23). De este modo, si hubiera algún vicio de nulidad inicial, se incurriera en caducidad o bien resultara ineficaz por in-

traria en este. En Navarra, donde se diferencia entre testamentos y codicilos (y memorias testamentarias), se seguirá en estos el sistema de la incompatibilidad, de modo que los posteriores solo revocarán a los anteriores en lo que resulten incompatibles.

(19) Cfr. Díez-PICAZO, «La pluralidad de testamentos», *op. cit.*, pág. 90. Por ello, no es aceptable la posición de la STS de 8 de noviembre de 1932, en el sentido de considerar que existe aquí una «presunción absoluta *iuris et de iure*».

(20) Cfr. Díez-PICAZO, «La pluralidad de testamentos», *op. cit.*, pág. 79; PASTOR, «La revocación...», *op. cit.*, págs. 218 y 221; y PUIG BRUTAU, «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 206.

(21) Cfr. ALBALADEJO, «Comentario al artículo 739 del Código Civil», en *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 409; BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo, «Comentario al artículo 739», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. 4, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 497; Díez-PICAZO, «La pluralidad de testamentos», *op. cit.*, pág. 75; MANRESA Y NAVARRO, José María, «Comentario a los artículos 738 y 739», en *Comentarios al Código Civil español*, T. V, 6.ª ed., corregida por Pascual MARÍN PÉREZ, Ed. Reus, Madrid, 1951, pág. 699; y PASTOR, «La revocación...», *op. cit.*, págs. 124-133.

En esa línea, la STS de 5 de diciembre de 1950 entendió que, en caso de no constar cuál de los testamentos fue el posterior, no pueden considerarse como revocados recíprocamente.

(22) O si, tratándose de anulabilidad, la misma no se hubiera instado aún.

(23) Igualmente, ALBALADEJO, «Comentario al artículo 739 del Código Civil», en *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 410; BUEN, «Revocación de testamentos», *op. cit.*, pág. 621; MANRESA, «Comentario a los artículos 738 y 739 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 698 y 699-700; PASTOR, «La revocación...», *op. cit.*, págs. 92-99; y VALVERDE, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 153 y 154-155. En cambio, GARCÍA GOYENA entendía que el efecto revocatorio del segundo testamento se daría aun cuando aquel fuera ineficaz por no haberse cumplido las solemnidades complementarias exigibles, porque la ineficacia debida a un hecho posterior al otorgamiento del segundo testamento no podría resucitar un testamento muerto (el primero), debiendo abrirse la sucesión intestada.

observancia de las formalidades complementarias posteriores exigidas legalmente (unidas en ocasiones asimismo a un plazo de caducidad del testamento), ese testamento posterior no producirá la revocación del anterior. En concreto, dado que actualmente la falta de designación de heredero no es causa de invalidez del testamento (24), no puede considerarse que el testamento que no realice tal designación no sea *perfecto* a estos efectos revocatorios (25).

La atribución de ese sentido al término «perfecto» resultaría de la consideración de tres argumentos que nos podrían servir de fundamento.

Por una parte, el concepto de *perfección* de los negocios jurídicos, momento que se relaciona con la formación del negocio, cuando este reúne todos los requisitos precisos y comienza a desplegar sus efectos, y que puede ser generalizable a todo el género de los negocios jurídicos (del cual el testamento no es más que una especie).

Por otra, también existe una explicación de naturaleza histórica al empleo por el Código del calificativo «perfecto» aplicado al segundo testamento. En el Derecho romano imperial, tras Justiniano se atenuó el principio de la *unitas actus* en la conclusión del acto testamentario: cabía la posibilidad de una redacción previa de las disposiciones testamentarias, pero solo cuando concluidas sus disposiciones de última voluntad el testador las formaliza ante testigos convertirá en testamento lo que hasta entonces era un mero proyecto; de ahí que se hable de *perfectio*, y únicamente el ejemplar presentado así ante los testigos será válido y eficaz (26). Pues bien, se contempló en una Constitución de Teodosio II y Valentiniano la posibilidad de revocación de un testamento, entre otras vías, por la realización de un testamento inacabado (*imperfectum*), siempre que su existencia fuera comprobada por cinco testigos y fueran llamados los herederos *ab intestato*, y también en esta época se contemplan supuestos excepcionales en que un posterior testamento *perfectum* no sustituiría al anterior (27).

En tal sentido, con la exigencia de que el testamento revocatorio sea posterior y perfecto, se pretendería ahora establecer claramente la inaplicación del supuesto romano de un testamento inacabado con efectos revocatorios, y en tal sentido ya en las Partidas se contemplaba que el testamento podía ser revocado

En el mismo sentido expuesto en el texto, vid. las SSTs de 18 de diciembre de 1958, 30 de septiembre de 1982 y 26 de abril de 2008.

(24) Vid. artículo 764 del Código Civil.

(25) Otra solución debe predicarse en el Derecho catalán, en el que se exige la institución de heredero para la validez del testamento (así, art. 423-1 L4CCC, salvo en el Derecho de Tortosa o si se ha nombrado albacea universal), de modo que un testamento posterior sin esa institución no sería perfecto, y por tanto no tendría efectos revocatorios del anterior; aunque podría subsistir como codicilo (revocando a aquel únicamente en lo que resulte incompatible con él). Sobre el Derecho catalán compilatorio, cfr. TORRALBA, «Comentario al artículo 243 de la Compilación de Cataluña», *op. cit.*, pág. 290.

(26) Cfr. FUENTESECA, «Derecho Privado romano», *op. cit.*, pág. 467.

(27) En concreto, cuando el testamento posterior fuera otorgado en la falsa creencia de haber muerto los herederos instituidos en el anterior (que serán los herederos, pero con la obligación de cumplir los legados y liberalidades contenidos en aquel), o bien si el heredero del segundo testamento estuviera instituido *ex certa re* y contenga una expresa cláusula de mantenimiento de la validez del primero (en cuyo caso, el primer testamento se considera como roto, pero el heredero del segundo estará gravado con un fideicomiso de lo restante a favor del primero). Cfr., al respecto, BUEN, «Revocación de testamentos», *op. cit.*, pág. 620.

por otro posterior que *fuesse fecho despues cumplidamente* (28), de donde finalmente pasaría al texto del Código Civil. Igualmente, quedaría así claro que solo un testamento propiamente dicho y con las solemnidades exigidas legalmente produciría esos efectos revocatorios, excluyéndose en cambio la posibilidad contemplada en algunas legislaciones —como la francesa— de la revocación por acta notarial.

Por otra parte, los defectos en la eficacia de los llamamientos del segundo testamento no afectarán a su *perfección* y a su eficacia revocadora, conforme a lo que establece el artículo 740 del Código Civil: «*La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero o de los legatarios en él nombrados, o por renuncia de aquel o de estos*».

Finalmente, dos razones de carácter sistemático: en primer lugar, podemos recordar que el artículo 738 del propio Código Civil establece que «*el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar*», que encontraría así su conexión en la *perfección* del testamento posterior para que produjera ese efecto revocatorio.

Además, el primer párrafo de la ley 210 del Fuero Nuevo de Navarra —aun siendo bastante posterior al Código Civil— establece que «*el testamento se entenderá revocado de pleno derecho por el otorgamiento posterior de otro testamento o de un pacto sucesorio válidos, a menos que en ellos se dispusiera que aquel subsista en todo o en parte*». La similitud de este párrafo con su homólogo en el artículo 739 del Código Civil es evidente, pero sustituyéndose el término *perfecto* por *válido(s)*, y esa sustitución es expresiva de que en el fondo vienen a pretender decir lo mismo.

Por otra parte, podemos plantearnos (29) si a efectos revocatorios el testamento posterior puede considerarse *perfecto* en caso de haberse destruido o haber desaparecido (30). PASTOR (y con él ALBALADEJO) (31) entiende que habría que distinguir tres supuestos:

- a) Que se tratara de un testamento no sujeto a formalidades complementarias, en cuyo caso bastaría para la revocación que constara su existencia por cualquier medio, en especial el Registro de Actos de Última Voluntad (no obstante, se plantearía el problema de acreditar su contenido, para considerar que se produce ese efecto revocatorio).
- b) Si fueran precisas formalidades complementarias sujetas a plazo de caducidad, transcurrido este el testamento no llegará a alcanzar ninguna eficacia, y por tanto tampoco la revocatoria.
- c) Y finalmente, si se requirieran esas formalidades complementarias y no se someten a plazo, el segundo testamento no tendrá efectos revocatorios únicamente si se probara la imposibilidad de su reconstrucción o reaparición, y la consiguiente imposibilidad de cumplimiento de dichas

(28) Vid. Partida 6, Tít. I, ley 21, cit., *supra* en la nota 8.

(29) Así, ALBALADEJO, «Comentario al artículo 739 del Código Civil», en *Comentarios...*, op. cit., págs. 411-415; PASTOR, «La revocación...», op. cit., pág. 142; y PUIG BRUTAU, «Fundamentos...», op. cit., págs. 217-220.

(30) Por supuesto, siempre que esa destrucción o desaparición del testamento posterior no sea obra del testador, pues de otro modo este estaría mostrando su voluntad contraria a su eficacia, por lo que claramente no produciría tampoco efectos revocatorios. Vid. artículo 742 del Código Civil.

(31) Ambos en el respectivo *loc. cit.* en la nota 28.

formalidades. Aunque en este tercer supuesto ALBALADEJO (32) entiende —a nuestro ver, más correctamente— que será más bien al revés: no producirá efectos (ni los revocatorios), y no será «perfecto», hasta que esas formalidades se cumplan, y por tanto hasta entonces el primer testamento seguirá produciendo sus efectos; no es que deba probarse la imposibilidad de reconstitución o reaparición del posterior para que no revoque el anterior, de modo que en todo caso lo revocará en defecto de esa prueba, sino que se pruebe o no esa imposibilidad el primer testamento seguirá desplegando sus efectos hasta el cumplimiento de esas formalidades. La carga de la prueba no debe concurrir en quien pretenda los efectos del primer testamento (que ha de ser lo ordinario), sino que serán los que defiendan su revocación por el segundo quienes deban probar la eficacia del segundo testamento por haberse cumplido las formalidades complementarias.

En realidad, creemos que este punto puede abordarse de un modo mucho más sencillo (33): si decimos que el testamento *perfecto* es aquel válido y eficaz, y en el que se hayan cumplido todos los requisitos y formalidades, claramente el segundo no será perfecto —y no producirá por tanto la revocación del anterior— si exigiéndose unas formalidades no han llegado a producirse aún, o bien no podrán realizarse ya tras su destrucción, mientras que sí lo será cuando tales formalidades no sean precisas o ya se hubieran observado.

En cambio, la jurisprudencia registral (34) ha entendido que si existe un segundo testamento que ha sido destruido (no por el testador, pues entonces nos hallaríamos ante la revocación real del art. 742) y no ha podido ser reconstruido (35), ello no ha de obstar a su efecto revocatorio y lo procedente será la apertura de la sucesión intestada: se considera que el segundo testamento, una vez *perfecto*, ha desplegado su eficacia revocatoria del primero, con lo que este desaparece, pero en cambio al haberse destruido aquel —y no tenerse por tanto plena constancia de su contenido— no podrá ir más allá y tener efectos propios derivados de su contenido, por lo que no cabe más que acudir a la sucesión intestada. Entendemos que tal postura no es correcta: si únicamente sabemos de la

(32) *Op. cit.*, págs. 411-413.

(33) Y que también apunta ALBALADEJO, en «Comentario al artículo 739 del Código Civil», en *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 413.

(34) Así, las RRDGRN de 1 de julio de 1943, 30 de marzo de 1944 o 5 de diciembre de 1945. Igualmente, cabe citar en tal posición a VALVERDE (en «Tratado...», *op. cit.*, pág. 156), pero el propio autor —además de ser de los que entienden que el art. 739 CC impone una radical revocación del primer testamento por el segundo, como vimos— manifiesta su poco convencimiento con esa solución, dado que al haber desaparecido el segundo testamento no será posible saber si es perfecto, como exige el artículo 739, o por el contrario estaba viciado de nulidad por falta de algún requisito de forma.

(35) En cualquier caso, cuando se haya intentado reconstruir pero no se haya conseguido: lo que no cabe es acudir a la sucesión intestada, aun cuando se hubiera destruido el protocolo notarial, sin haber agotado las medidas para su reconstrucción, por la mera solicitud de los herederos abintestato (la reconstitución de protocolos notariales deteriorados o destruidos total o parcialmente deberá seguir las normas del art. 280 del Reglamento Notarial). Vid., en tal sentido, la STS de 12 de febrero de 1955. En contra, en cambio, Rafael FLORES MICHEO (en «El testamento destruido o desaparecido», en *AAMN*, T. III, 2.^a ed., 1959, págs. 520 y 528) considera que la posibilidad de reconstruir o la apertura de la sucesión intestada son alternativas, «pero sin que aquella condicione a esta».

existencia de un segundo testamento, pero no de su contenido, debemos inclinarnos por la posición más favorable a la única voluntad del testador manifestada de la cual tenemos constancia, esto es, por la conservación del primer testamento, antes que por acudir a una sucesión abintestato a la que solo en último extremo deberíamos recurrir existiendo (dos) testamentos (no cabe abrir la sucesión intestada de quien ha otorgado testamento mientras este no sea declarado nulo o pierda su validez) (36), máxime cuando tampoco podemos tener constancia de que en el segundo testamento se hubiera revocado el primero (pueden haberse establecido en aquel disposiciones meramente complementarias, accesorias o incluso no patrimoniales, con un contenido realmente codicilar) (37) ni de que en él se contuvieran defectos de forma. Ante la duda, creemos que debería seguirse una regla *in dubio pro testamento* y, dado que no consta que el primero se haya revocado en el segundo y debe preferirse la sucesión testamentaria antes que la intestada, la destrucción del segundo testamento del que no nos conste el contenido (por lo que no podrá desplegar su eficacia) deberá determinar la vigencia del primero, antes que la apertura de la sucesión intestada; solo cuando quede claramente acreditado que en el segundo no concurrían defectos formales y que en él se produjo la revocación del primero —aun cuando sea lo único que pueda conocerse del contenido de ese segundo testamento— será cuando pueda entenderse que la eficacia del primero queda totalmente eliminada y deba abrirse la sucesión intestada (ante la falta de constancia sobre el resto del contenido del segundo testamento).

3.3. LA SUCESIÓN DE TESTAMENTOS EN EL DERECHO COMPARADO

Frente a la apuntada solución que adopta el nuestro, en el Derecho Comparado, en cambio, los Códigos modernos (y algunos no tan modernos) se apartan de la línea adoptada por el Derecho romano respecto de los testamentos y siguen en su mayor parte la posición favorable a entender que la revocación solo existiría en caso de incompatibilidad del ulterior testamento con el anterior, de modo que habría que orientarse hacia la subsistencia armonizada de todos los testamentos cuando no concurra tal incompatibilidad entre ellos.

En tal sentido, se pueden citar los artículos 1036 del *Code français* (y belga) (38), 920 del *Codice Civile* de 1865 (39), 3828 del Código argentino (40) y 1215 del chileno (41), entre los anteriores a nuestro Código, o los artículos 511.I

(36) Vid. artículo 912 del Código Civil, *a contrario*.

(37) Por supuesto, si lo único que pudiera acreditarse del segundo testamento fuera su contenido revocatorio, su eficacia quedaría limitada a esa revocación, y por tanto sí debería acudir a la sucesión intestada.

(38) «*Les testaments postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents, n'annuleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, on qui seront contraires*».

(39) «*Il testamento posteriore che non revoca in modo espresso i precedenti, annulla in questi soltanto le disposizioni che vi si trovassero contrarie alle nuove o incompatibili con esse*».

(40) «*El testamento posterior revoca al anterior, solo en cuanto sea incompatible con las disposiciones de este*». En cambio, paradójicamente, el Proyecto del Código Civil argentino de 1998 sigue el sistema de revocación automática: «*El testamento posterior revoca al anterior si no contiene su confirmación expresa o tácita*» (art. 2.457.I).

(41) «*Un testamento no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro u otros posteriores. / Los testamentos posteriores que expresamente no revocuen los*

del suizo (42) y 682 del actual *Codice* italiano (43) y el § 2258 del *BGB* (44), entre los posteriores. En cambio, en la línea del sistema romano cabría citar, además del Código español, al austriaco (§ 713) (45).

Al respecto, ante dos sucesivos legados de cosas diferentes a una misma persona, aunque LAURENT (46) entendía en una posición minoritaria que la interpretación más probable era que el segundo sustituya al primero, la posición mayoritaria en la doctrina decimonónica francesa (destacadamente, DEMOLOMBE) entendía que ambos legados, al tener distinto objeto, se acumularían, debiéndose

anteriores, dejarán subsistentes en estos las disposiciones que no sean incompatibles con las posteriores, o contrarias a ellas».

(42) «*Les dispositions postérieures qui ne révoquent pas expressément les précédentes les remplacent dans la mesure où elles n'en constituent pas indubitablement des clauses complémentaires*». Curiosamente, algunos autores señalan que este Código recoge la posición contraria (revocación automática), cuando claramente dice que la revocación se entiende producida si las disposiciones posteriores no constituyan indudablemente cláusulas complementarias, es decir, cuando sí haya una incompatibilidad entre ellas.

(43) «*Il testamento posteriore, che non revoca in modo espresso i precedenti, annulla in questi soltanto le disposizioni che sono con esso incompatibili*». No obstante, ha de tenerse en cuenta que la doctrina italiana considera que la revocación se produciría ante la incompatibilidad objetiva entre ambos testamentos, siendo indiferente que además concorra o no la intención del testador (así, la revocación se producirá aun cuando no exista esa voluntad de revocar pero sí exista la incompatibilidad objetiva, como cuando el testador no ha tenido consciencia de la existencia de un testamento precedente al otorgar el segundo —por ejemplo, porque lo ha olvidado—). Cfr., en tal sentido, D'AMICO, Giovanni, «Revoca delle disposizioni testamentarie», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Ed. Giuffrè, Milán, 1989, pág. 267; y MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9.ª ed., vol. VI, Ed. Giuffrè, Milán, 1962, pág. 214. Por ello, se llega a negar que estemos ante un caso de revocación tácita (dado que se prescinde de cuál hubiera sido la voluntad real del testador), como por D'AMICO, op. cit., págs. 270-271 (que considera que estaríamos ante una consecuencia del ilimitado poder de testar, que impondría la natural prevalencia del acto de ejercicio de ese poder posterior y más reciente: op. cit., pág. 272).

(44) «*Widerruf durch späteres Testament. (1) Durch die Errichtung eines Testaments wird ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht. (...)*»; es decir, «Revocación por un testamento posterior. (1) Con el otorgamiento de un testamento será invalidado un testamento anterior, en la medida en que el testamento posterior esté en contradicción con el anterior (...)».

De esta forma, si varios testamentos no se contradicen entre sí, tendrán validez conjuntamente. Cfr., en tal sentido, KIPP, Theodor, *Derecho de Sucesiones* (T. V del *Tratado de Derecho Civil* de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF), vol. 1.º, 11.ª ed., revisada por Helmut COING, 2.ª ed. por Luis PUIG FERRIOL y Fernando BADOSA COLL, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, pág. 339; y STÜRNER, Rolf, «Comentario al § 2.258», en *Bürgerliches Gesetzbuch*, dirigido por Othmar JAUERNIG, 7.ª ed., Ed. C. H. Beck, Munich, 1994, pág. 1880.

(45) «*Ein früheres Testament wird durch ein späteres gültiges Testament nicht nur in Rücksicht der Erbseinsetzung, sondern auch in Rücksicht der übrigen Anordnungen aufgehoben; dafern der Erblasser in dem letztem nicht deutlich zu erkennen gibt, daß das frühere ganz oder zum Theil bestehen solle (...)*»; es decir, «Un testamento anterior es revocado por un testamento válido posterior, no solo en relación con la designación de heredero sino también respecto de las demás disposiciones, en la medida en que el causante no dé a conocer claramente en el último que el anterior deba persistir total o parcialmente (...)». Como vemos, este precepto es muy similar a su homólogo español.

(46) Cfr. LAURENT, F., *Principes de Droit Civil français*, T. XIV, Eds. A. Durand & Pedone Lauriel / Bruylant-Christophe & Comp., París/Bruselas, 1875, pág. 239.

entregar al legatario ambas cosas a la vez, si bien la respuesta concreta dependerá de las específicas circunstancias de cada caso (47).

COLIN y CAPITANT (48), sobre la base del texto del artículo 1036 del *Code* (49), distinguen entre incompatibilidad y contradicción, y consideran que habría revocación tanto en los casos de la una como de la otra, entendiendo que la *incompatibilidad* se daría cuando entre dos disposiciones no pueden material o jurídicamente ejecutarse simultáneamente (50), y la *contradicción* cuando dos disposiciones distintas sucesivas legan el mismo objeto a personas diferentes; de modo que en el caso de la incompatibilidad aunque las dos cláusulas constaran en el mismo documento no por ello podrían ejecutarse simultáneamente, dada su inconciliabilidad, mientras que en la contradicción las dos disposiciones sí podrían ejecutarse simultáneamente si estuvieran en un mismo documento —aunque la una restringiría o limitaría a la otra (51)— y en cambio se produciría la revocación cuando se contienen en testamentos sucesivos.

En la doctrina italiana moderna, TALAMANCA (52) y D'AMICO (53) consideran que la incompatibilidad conlleva una coincidencia parcial (54) del contenido de las disposiciones testamentarias, en sus elementos subjetivos u objetivos, y en tal

(47) Así, DEMOLOMBE (en *Cours de Code Civil*, T. XI, Ed. Bruylant-Christophe & Comp., Bruselas, 1867, pág. 62) ponía como excepción los supuestos de legados realizados *ob unam et eadem causam*, como cuando se hacen dos legados a «mon domestique, pour le récompenser de ses services», supuesto en que el efectivo será únicamente el último legado.

(48) COLIN, Ambrosio, y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, 3.^a ed. revisada por Pascual MARÍN PÉREZ, reimpr., T. VIII, Ed. Reus, Madrid, 1981, págs. 111-112.

De modo similar, la doctrina italiana bajo el *Codice* de 1865 (con un art. 920 similar al 1036 francés; vid. *supra* las notas 37 y 38) distinguía entre *contrarietà* e *incompatibilità*, entendiendo que en la primera habría una incompatibilidad material u objetiva que determinaría una imposibilidad lógica, material, objetiva o jurídica de ejecución simultánea de las dos disposiciones testamentarias, mientras que en la segunda existiría una incompatibilidad meramente intencional o moral, en que las disposiciones testamentarias serían objetivamente compatibles, pero resultase la intención del testador de revocar con las posteriores a las precedentes. Vid. lo que dijimos al respecto *supra* en la nota 6; y D'AMICO, «Revoca...», *op. cit.*, pág. 266 (autor que considera que esa dicotomía ya no es defendible, sino que escondería en realidad el problema de la posibilidad de dar relevancia a una voluntad del testador no directa y claramente expresada en los testamentos: *op. cit.*, págs. 267-268).

(49) Cit. *supra* en la nota 37.

(50) Así, indican que habría incompatibilidad material si el testador en su primer testamento hace un legado de liberación a su deudor y en otro posterior lo lega a un tercero, y una incompatibilidad jurídica o moral si después de legar la plena propiedad de una cosa a una persona el testador le lega en un testamento posterior la nuda propiedad, con lo que resultaría la revocación del legado en cuanto al usufructo. Cfr., asimismo, Díez-PICAZO, «La pluralidad de testamentos», *op. cit.*, págs. 90-91. De modo similar, aunque hablando únicamente de *incompatibilidad* (en sentido estricto o material, e intencional y subjetiva), se pronuncia RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, «Comentario a la Ley 210 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, T. XXXVII, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1998, pág. 948.

(51) Como es el caso de cuando se lega a dos personas la propiedad de un inmueble, pudiendo entenderse que se lega a cada uno la mitad.

(52) TALAMANCA, «Successioni testamentarie», en el *Commentario del Codice Civile*, dirigido por Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, reimpr., Ed. Nicola Zanichelli-Soc. editora del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1978, págs. 85-101.

(53) D'AMICO, «Revoca...», *op. cit.*, págs. 269-270.

(54) Si fuera total, es decir, dos disposiciones testamentarias con los mismos sujetos y sobre los mismos objetos, no estaríamos ante una incompatibilidad, sino al contrario, una

sentido cabe distinguir dos tipos de incompatibilidades: cuando haya una coincidencia total o parcial del objeto de las disposiciones y una diversidad subjetiva, y cuando al contrario haya una identidad de sujetos y una variación del elemento objetivo de las disposiciones.

En el primer caso, pueden darse cuatro tipos de situaciones:

- a) Una *coincidencia total del objeto con incompatibilidad total*, como cuando en testamentos sucesivos se nombra herederos universales a personas distintas, resultando del segundo testamento que el causante pretendía dejar toda la herencia a la segunda persona.
- b) Una *coincidencia parcial con incompatibilidad parcial*, como en los casos en que en un primer testamento se lega una finca y en un segundo testamento se lega a otra persona el usufructo sobre esa finca.
- c) Una *coincidencia total con incompatibilidad parcial*, como cuando en testamentos sucesivos se lega el mismo bien a personas distintas, y resulta que el testador ha pretendido establecer así un legado conjunto a ambas. Hay una incompatibilidad únicamente parcial, dado que la primera disposición testamentaria no pierde su eficacia por completo, sino solo en parte.
- d) Una *coincidencia parcial con incompatibilidad total*, como cuando en un primer testamento se instituye heredero a una persona en un tercio de la herencia y en un testamento sucesivo se deja toda la herencia a otra persona.

El segundo tipo de incompatibilidad se daría, como dijimos, cuando varía el objeto de las disposiciones testamentarias pero no los sujetos, y a su vez podría dividirse entre los casos en que el segundo testamento realiza respecto del objeto del precedente una restricción, cuantitativa o cualitativa (así, cuando en el segundo testamento se deja una parte de la herencia o legado que en el primero se dejó por entero al mismo beneficiario, o se legue el usufructo sobre un bien que antes se legó en plena propiedad, o se someta a condición o carga modal una herencia o legado que antes se dejó pura y simplemente), o bien una ampliación (en los supuestos inversos a los apuntados).

3.4. LA DOCTRINA ESPAÑOLA

También en la línea predominante en el Derecho Comparado, la doctrina española ya desde hace tiempo (55) viene manteniendo, no obstante el tenor literal

confirmación de las primeras por las segundas. Cfr. TALAMANCA, «Successioni testamentarie», *op. cit.*, pág. 85; y D'AMICO: «Revoca...», *op. cit.*, pág. 269, nota 226.

(55) Así, por ejemplo, ya MANRESA, «Comentario a los artículos 738 y 739 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 698-699; y con él CASTÁN, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, pág. 151. Estos autores ponen como ejemplo el que en el segundo testamento se limitase el testador a hacer algunas mandas u otras disposiciones compatibles con las del primero o no relacionadas con la transmisión de sus bienes, como el reconocimiento de un hijo natural, el nombramiento de tutor... También cabe citar en esta posición, además de los autores que iremos citando seguidamente en el texto, a ROCA TRÍAS, E., «Revocación», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 6012.

En cambio, para Ramón M.^a ROCA SASTRE [en Anotaciones al *Derecho de Sucesiones* de Theodor KIPP (T. V del *Tratado de Derecho Civil* de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF), vol. 1.º, 11.ª ed. revis. por Helmut COING, 2.ª ed. por Luis PUIG FERRIOL y

del artículo 739, una tendencia a favor de la compatibilidad entre los sucesivos testamentos, sea total o parcial, de modo que aun sin existir una declaración expresa de voluntad de subsistencia de ambos testamentos, quepa inferirla cuando exista una inequívoca voluntad del causante en tal sentido, que conste de algún modo (56). De este modo, el otorgamiento de un nuevo testamento es cierto que puede suponer la revocación tácita del anterior, pero igualmente la *tácita conservación* de parte de ese testamento anterior (57).

En tal sentido, ha de tenerse en cuenta que el precepto señala «*si el testador no expresa*», y lo expreso no se opone a lo tácito sino a lo presunto, y por otra parte no se exige una declaración *expresa*, sino una *expresión* de la voluntad (es decir, que esta se exteriorice de algún modo), pero sin limitar el modo en que se realice esa expresión o manifestación de voluntad (58). Así, por ejemplo, una revocación expresa parcial implicará una parcial declaración de subsistencia en el resto no incompatible (59).

Por ello, no habría una revocación tácita cuando el testamento posterior fuera interpretativo, aclaratorio o particional, o carezca de contenido patrimonial, o se

Fernando BADOSA COLL, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, págs. 346-347] nuestro Código Civil sigue el sistema de la revocación tácita, como efecto *ex lege* por el mero otorgamiento de un testamento posterior (aunque cabe la existencia de una voluntad que excluya tal efecto *ex lege*), y no de revocación solo en lo contradictorio. Esta postura es compartida por TORRALBA, «Comentario al artículo 243 de la Compilación de Cataluña», *op. cit.*, pág. 290. Los autores más antiguos también consideran que basta con la existencia de un testamento posterior para considerar revocado el anterior (así, BUEN, «Revocación de testamentos», *op. cit.*, pág. 621; o VALVERDE, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 153-154).

(56) SANCHEZ (en «Comentario al artículo 739 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1839) señala que el artículo 739.I del Código Civil, al carecer de fundamento objetivo, solo podría basarse en una razón subjetiva: la presunción de voluntad del testador. Por ello, será admisible la prueba de la falta de intención del testador de derogar totalmente el testamento anterior. En cambio, César HORNERO MÉNDEZ (en su «Comentario al art. 739 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, dirigido por Ana CAÑIZARES, Pedro de PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, vol. II, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2001, pág. 581; y el «Comentario al artículo 742 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, *op. cit.*, pág. 590), aun reconociendo que se trata de una interpretación minoritaria, sigue una posición estricta que llega a definir como presunción *iuris et de iure*, según la cual se establece *ex lege* una incompatibilidad entre testamentos sucesivos (salvo que otra cosa se manifieste por el testador), sin admitirse prueba en contrario.

(57) Cfr. LASARTE, Carlos, *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil*, VII, 7.^a ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 61. Como pone de manifiesto PASTOR (en «La revocación...», *op. cit.*, pág. 196), la necesidad de una expresa declaración de conservación no implica ni una especificación de la parte subsistente ni la revocación expresa de la parte que no desea que subsista, pues una parcial revocación expresa es también una declaración parcial de subsistencia.

(58) Cfr. ALBALADEJO, «Comentario al artículo 739 del Código Civil», en *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 403; CASTRO GARCÍA, Jaime DE, «Comentario al artículo 739», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por José Luis ALBÁCAR LÓPEZ, T. III, Ed. Trivium, Madrid, 1991, pág. 413; Díez-PICAZO, «La pluralidad de testamentos», *op. cit.*, págs. 77-78; Díez-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 6.^a ed., 2.^a reimpr., Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 449; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentario a la STS de 14 de mayo de 1996», en *CCJC*, núm. 42, septiembre-diciembre de 1996, págs. 1029; PASTOR, «La revocación...», *op. cit.*, págs. 208 y 217-218; y SANCHEZ, «Comentario al artículo 739 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1840.

(59) Cfr. Díez-PICAZO, «La pluralidad de testamentos», *op. cit.*, pág. 78; y PASTOR, «La revocación...», *op. cit.*, págs. 196 y 208.

tratara de un testamento modificativo y se derivara de su contexto la voluntad del causante de mantener el anterior, o tienen ámbitos objetivos distintos (60). En estos supuestos, deberá entenderse que lo que existe es precisamente una voluntad tácita de mantenimiento del testamento anterior pese al otorgamiento del posterior, de modo que ambos testamentos serán compatibles, aplicándose todos ellos en lo que no entren en conflicto.

De este modo, el descubrimiento de esa voluntad tácita de conservación del testamento anterior resultará de la exégesis de ambos testamentos (o más bien del segundo) para determinar, mediante la aplicación de los criterios interpretativos del artículo 675 del Código Civil, cuál era la verdadera voluntad del testador cuando otorgó el segundo testamento: si revocar el primero, o bien únicamente completarlo, aclararlo o modificarlo, debiendo subsistir y aplicarse conjuntamente con el segundo (61). En cualquier caso, el testamento revocatorio podrá ser de forma o grado de solemnidad igual, *superior* o *inferior* (como el de un ológrafo que revoca a uno abierto ordinario) (62).

Cabe entender así que, en función de las circunstancias de cada caso, podría deducirse del segundo testamento —y aun sin que el testador así lo declarase expresamente— la voluntad de mantener el anterior, con la única exclusión de los casos dudosos (63). Es más, aun desconociéndose el orden de los testamentos, habrá que entender que en caso de pluralidad de testamentos que puedan valer conjuntamente se ejecutarán en lo que sean compatibles, y serán ineficaces únicamente las disposiciones incompatibles (64).

(60) Así, suele coincidirse en la doctrina en señalar aquí el caso de que cada testamento se refiera a grupos de bienes distintos, como el ejemplo de que el testador ordene en un testamento la sucesión en sus bienes de América y en otro testamento posterior ordene los bienes de España, que señalan Díez-Picazo («La pluralidad de testamentos», *op. cit.*, pág. 94), y posteriormente Albaladejo («Comentario al art. 739 del Código Civil», en *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 408-409), y Sancho («Comentario al art. 739 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1840). En sentido parecido, cfr. Díez-Picazo y Gullón, *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 450.

(61) Cfr. García Rubio, María Paz, «Comentario a la STS de 7 de mayo de 1990», en *CCJC*, núm. 23, abril-agosto de 1990, pág. 627; y Hornero, «Comentario al artículo 739 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 581.

(62) En el sentido que dan a tales expresiones Albaladejo y Pastor. Cfr. Albaladejo, «Comentario al artículo 738 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. IX, vol. 2.º, EDSA, Madrid, 1983, pág. 401; Hornero, «Comentario al artículo 738 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, dirigido por Ana Cañizares, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, vol. II, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2001, págs. 579-580; y Pastor, «La revocación...», *op. cit.*, págs. 89-92 (este autor puntualiza que, aunque la eficacia derogatoria de los testamentos de inferior grado de solemnidad existe, estará afectada de la misma debilidad que la totalidad de los efectos de estos testamentos).

(63) Cfr. Albaladejo, «Comentario al artículo 739 del Código Civil», en *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 408. Igualmente, se pronuncia por atender al tenor literal del artículo 739 en caso de duda y en defecto de una voluntad expresa o tácita en sentido contrario, de modo que deberá prevalecer la voluntad últimamente expresada, González Pacanowska, «Comentario a la STS de 14 de mayo de 1996», *op. cit.*, pág. 1032.

(64) Cfr. Albaladejo, «Comentario al artículo 739 del Código Civil», en *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 409. Igualmente, Díez-Picazo, «La pluralidad de testamentos», *op. cit.*, págs. 75 y 97; y Pastor, «La revocación...», *op. cit.*, págs. 124-133.

Es más, para Pastor (*op. cit.*, págs. 221-222), el primer párrafo del artículo 739 debería reformarse en el sentido de establecer la presunción de que el testamento posterior revoca al anterior en que sean incompatibles, en lugar del sistema actual de la revocación total.

No obstante, como señala Díez-PICAZO (65), no es posible defender en nuestro Derecho la coexistencia de testamentos sobre la base únicamente de una compatibilidad meramente lógica o intencional —como hemos visto que sucede en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como el francés o el italiano—, sino que únicamente serán compatibles los testamentos cuya extensión objetiva sea diferente.

Como reafirmación de esta posición «compatibilizadora» podemos tener en cuenta la configuración como principios fundamentales en materia de sucesión testamentaria de la primacía de la voluntad del testador, a la que debe estarse de modo preferente (66), y de lo que podríamos denominar *principio de conservación del testamento* (en paralelismo con su homólogo en el ámbito del Derecho de contratos del artículo 1284, que sería común a todos los negocios jurídicos y aplicable analógicamente en el ámbito testamentario) (67), de modo que si no existiera una intervención directa del testador —es decir, una manifestación clara en tal sentido— no puede deducirse o presumirse su voluntad revocatoria (68).

Finalmente, tengamos en cuenta que, conforme al segundo párrafo del artículo 739, de modo análogo a lo que sucede con las leyes (69), la simple revocación del testamento revocador no hace revivir el testamento revocado por este; es decir que, aun cuando la propia revocación sea revocable, habrá de entenderse que la existencia de un tercer testamento que revoque a un segundo que a su vez revocó a un primero no implicará por sí misma que dicho primer testamento revocado recobre su vigencia, sino que es necesaria una manifestación positiva del testador de reviviscencia en tal sentido, hasta el punto de que si no se produjera tal manifestación y ese tercer testamento no contuviera disposición de bienes debería abrirse la sucesión intestada (70). De este modo, se trataría de un supuesto de

(65) Cfr. Díez-PICAZO, «La pluralidad de testamentos», *op. cit.*, págs. 92-93.

(66) Vid. artículo 675 del Código Civil.

(67) Cfr. JORDANO BAREA, Juan Bautista, «Comentario al artículo 675 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IX, vol. 1.º-A, EDESA, Madrid, 1990, pág. 237, y en *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1698. Igualmente, MARÍN PÉREZ, Pascual, «Esquema añadido al comentario al artículo 675», en *Comentarios al Código Civil español* de MANRESA, T. V, 6.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1951, pág. 448 (que lo denomina principio de *validez del testamento*, y se concretaría en que el testador no desea morir intestado). Esta tendencia del *favor testamenti* en la interpretación puede remontarse ya al Derecho romano: «*Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est*» (D., 34, 5, 24).

No obstante, el *favor testamenti* tiene como límite el principio *voluntas est spectanda*, de modo que deberá excluirse si el significado conservador choca con la voluntad del testador. Cfr. JORDANO BAREA, «Comentarios al artículo 675 del Código Civil», en *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 238, y «Comentario del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1698.

En todo caso, ante la ambigüedad en el sentido de una cláusula testamentaria, ha de interpretarse generalmente a favor de la validez de la disposición, como indica MANRESA, «Comentario al artículo 675», en *Comentarios al Código Civil español*, T. V, 6.ª ed., corregida por Pascual MARÍN PÉREZ, Ed. Reus, Madrid, 1951, pág. 437.

(68) Cfr. YSAS SOLANES, María, «Comentario a la STS de 29 de septiembre de 1986», en *CCJC*, núm. 12, septiembre-diciembre de 1986, pág. 4027.

(69) Vid. artículo 2.2 del Código Civil *in fine*.

(70) Aunque, manifiesta HORNERO (en su «Comentario al artículo 739 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 585), el que el texto legal se pronuncie de modo positivo hace entender a algunos autores que no se referirían al supuesto de que el tercer testamento se limitara a

testamento *per relationem*, al no determinarse su contenido por sí mismo sino por otro documento (71).

No obstante, cabe entender que ello no será así en los casos en que el segundo testamento revocado contuviera únicamente una revocación pura y simple (72), pues su revocación por el tercer testamento implicará necesariamente una voluntad de volver al primero.

3.5. LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia siguió inicialmente una línea de aplicación rígida del artículo 739, de modo que se entendía que todo testamento quedaba sin eficacia por el mero hecho de que el testador hubiera otorgado otro posterior (73). Sin embargo, en la actualidad entiende de modo pacífico (74) —en la línea que hemos apuntado que sigue la doctrina— que cabe la compatibilidad entre varios testamentos, de modo que únicamente se producirá la derogación de un testamento por el posterior cuando este resulte claramente incompatible con las disposiciones de aquel.

En tal sentido, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 1986, cuando dice que: *«expresada la voluntad mortis causa en testamento válido, no puede quedar la misma sin efecto como no hayan sobrevenido, o la revocación de este en forma expresa y legal o el otorgamiento de otro testamento de contenido incompatible o contrario al del antecedente o si se da el caso de la revocación llamada real consistente en la destrucción intencionada del testamento hecha por el propio testador. La última voluntad no afectada por alguna de esas modalidades de ineficacia sobrevenida, perdura fuera de ellas en cuanto tal expresión de última voluntad»* (75).

revocar a un segundo de contenido exclusivamente revocador (sin disposición de bienes) sin declarar expresamente que valga el primero, de modo que la revocación de un testamento puramente revocador sí debería implicar la reviviscencia del primero.

(71) Cfr. HORNERO, «Comentario al artículo 739 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 585; PASTOR, «La revocación...», *op. cit.*, págs. 143, 148-149 y 196-198; y TALAMANCA, «Successioni testamentarie», *op. cit.*, págs. 65-68.

(72) Cfr. PASTOR, «La revocación...», *op. cit.*, pág. 31.

(73) Así, las SSTs de 8 de noviembre de 1932 (que llega a considerar que en el art. 739 existiría una presunción *iuris et de iure*, exigiendo una «cláusula expresa confirmatoria» del testamento anterior para eliminar la efectividad de aquella), 1 de junio de 1943, 12 de marzo de 1958 y 13 de julio de 1985. No obstante, no dejaba de haber resoluciones que se orientaban en sentido inverso, como las SSTs de 22 de marzo de 1901 (que declara que para entender existente una derogación tácita es precisa la existencia de una oposición verdadera entre ambas disposiciones testamentarias, según las reglas de interpretación de los testamentos), 17 de junio de 1915, 5 de agosto de 1925 (que afirma que la voluntad del testador puede declararse en dos ocasiones sin ser incompatible, sino conciliándose perfectamente), 11 de diciembre de 1929 (que entiende que los dos testamentos del caso que resuelve no son incompatibles) o 12 de septiembre de 1947 (para la que el art. 739 no excluye la coexistencia de disposiciones testamentarias complementarias o aclaratorias, debiéndose armonizar en todo caso con el art. 675).

(74) Siguen este criterio, entre otras, además de las que citamos seguidamente en el texto, las SSTs de 22 de marzo de 1901, 17 de junio de 1915 y 11 de diciembre de 1929, y más recientemente, 29 de enero de 1985 y 14 de mayo de 1996. También puede citarse en esta línea las SSAP Asturias de 8 de junio de 1995 y 12 de mayo de 1997.

(75) FD 5.º de la primera sentencia. Las redondas son nuestras.

Más clara aún, la sentencia de 1 de febrero de 1988 señala que: *«el tema de la revocación testamentaria tácita puede plantearse (...) en una doble vertiente: el mero otorgamiento del nuevo testamento, considerado de manera global, deja sin efecto el testamento anterior, igualmente considerado de forma unitaria, o más bien, la revocación solo debe producirse en tanto en cuanto que el contenido de la última disposición testamentaria, sea incompatible con el de la anterior; nuestro Código Civil se inclina por el sistema de la revocación total, producida por el mero hecho del otorgamiento de un testamento posterior (...). Este sistema, que goza de las ventajas de la sencillez, ha prevalecido en la aplicación práctica del derecho, imponiéndose el criterio rigorista de exigir que la manifestación de voluntad del testador, dejando subsistente todo o parte del anterior testamento, tenga que aparecer constatada explícitamente en el posterior; rigorismo en contradicción con la realidad práctica de que el causante, en ciertos casos, haya querido solamente complementar, aclarar o interpretar su disposición anterior, deduciéndose claramente del propio tenor testamentario su voluntad compatibilizadora, pero sin la constancia expresa. La armonización hermenéutica es posible hacerla conciliando el comentado artículo 739 del Código Civil, con el 675 del mismo cuerpo legal, e interpretando la segunda disposición testamentaria conforme a la verdadera intención del testador, deducida del propio tenor del testamento, y admitiendo la eficacia de aquellas disposiciones del primer testamento que puedan coexistir con los del posterior, según la prevalente voluntad del “de cujus”, implícita en la disposición testamentaria, y deducida en el sentido literal de sus palabras; postura más acorde con la moderna doctrina científica, al entender que la “voluntad” que se exige en el artículo 739-1.º del Código Civil para dejar subsistente un testamento anterior, puede no solo ser la “expresa” allí mencionada, sino también la “deducida” que acoge 675 del mismo cuerpo legal; doctrina integradora que ya hizo suya la Dirección General de los Registros en varias resoluciones»* (76).

Finalmente, también puede citarse en esta línea la sentencia de 7 de mayo de 1990, que declara que: *«dentro del ámbito de la revocación testamentaria, en su forma o modalidad llamada “tácita”, que establece el párrafo primero del artículo 739 del Código Civil (...) uno de los problemas hermenéuticos que ha venido suscitando la correcta aplicación de dicho precepto es el atinente a la forma en que ha de considerarse acreditada o manifestada por el testador su voluntad acerca de la subsistencia (en todo o en parte) del testamento anterior, no obstante el otorgamiento del posterior perfecto. Superado un primitivo criterio rigorista de ineludible exigencia de que la voluntad del testador en el indicado sentido había de aparecer explícita y formalmente expresada en el testamento posterior, sin cuyo requisito en ningún caso podía pervivir total o parcialmente el anterior, el nuevo y más flexible criterio jurisprudencial (...), coincidente, además, con el de la doctrina científica mayoritaria y con el que ya adoptó la Dirección General de los Registros y del Notariado (...), es el de que la “voluntad” que se exige en el párrafo primero del artículo 739 del Código Civil para dejar subsistente un testamento anterior puede ser, no solo la explícita o expresa en tal sentido, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas de interpretación que establece el artículo 675 del mismo Cuerpo legal, aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testa-*

(76) FD 2.º Las redondas son nuestras.

mento anterior, respecto del cual el posterior sea complementario, aclaratorio o simplemente modificativo» (77).

Pero ya incluso con anterioridad venía pronunciándose en tal sentido la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En tal sentido, ya la Resolución de 12 de septiembre de 1947 —especialmente gráfica, y que precisamente se refiere a un supuesto de un inicial testamento notarial abierto y un posterior testamento ológrafo— apuntó que debía seguirse una interpretación flexible del artículo 739, que permitiera un resultado de compatibilización entre los distintos testamentos que no se mostraran como en conflicto entre sí, de modo que, aun reconociendo que *«la revocación tácita de un testamento por otro posterior perfecto se establece en algunas legislaciones extranjeras solo en cuanto afecte a lo que sea opuesto a este; preceptuándose en otros ordenamientos legales la ineficacia del testamento anterior»*, señala que *«si bien el artículo 739 de nuestro Código Civil sigue el segundo sistema, no debe concederse un valor tan absoluto a sus términos que impida la coexistencia de disposiciones testamentarias complementarias o aclaratorias, y, en todo caso, debe armonizarse tal artículo con el 675, conforme al cual “toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador”; y “en caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento”»* (78). Y así, tras recordar que ya la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de enero de 1925, declaró que no se debe dar a las disposiciones testamentarias más extensión de la que reflejen sus palabras (79) (y que, por tanto, no cabe ver revocaciones donde no las hay), concluye, citando la posición de MANRESA y CASTÁN que hemos visto con anterioridad (*«hay casos en que la voluntad de la otorgante es indudablemente dar eficacia a ambos testamentos, aunque expresamente no se declare la subsistencia del primero»*) (80), que *«se consigna en obras de conocidos civilistas españoles [se está refiriendo a dichos autores] que “si fueran compatibles entre sí las disposiciones de ambos testamentos, en el sentido de no estorbar las unas al posible cumplimiento de las otras, y pudiendo reputarse las del posterior como adición o complemento de las del anterior, sin que en aquel se contenga revocación expresa de este, no habría revocación tácita y subsistirían ambos” (...) sin que “haya inconveniente en aplicar al Derecho español la prescripción del Código francés (art. 1036), según la cual los testamentos posteriores que no revoquen de una manera expresa los precedentes no anularán en estos más que aquellas disposiciones que fueran incompatibles con las nuevas o sean contrarias entre sí”, pues “la voluntad del testador, regla primordial en materia testamentaria, no indica en tal caso la incompatibilidad de estas dos últimas voluntades, sino que, por el contrario, proporciona medios para creer que puedan conciliarse perfectamente”»* (81).

En el mismo sentido se pronunció con posterioridad la Resolución de 18 de diciembre de 1951, que acepta la compatibilidad entre dos testamentos sucesivos pese a que el segundo no contenga una expresa declaración de conservación del anterior, reiterando los argumentos de la Resolución de septiembre de 1947.

(77) FD 4.º Las redondas son nuestras. Estos argumentos se reiterarán literalmente en la STS de 14 de mayo de 1996.

(78) Cdo. 2.º De modo similar ya se había manifestado la RDGRN de 18 de junio de 1947.

(79) Cdo. 3.º

(80) Cdo. 4.º

(81) Cdo. 5.º

4. CONCLUSIONES. COMENTARIO A LA SENTENCIA

1. De lo que hemos visto, podemos concluir que, si bien el Código Civil en su artículo 739 establece literalmente la existencia de una revocación tácita cuando el testador, tras otorgar un testamento, realiza un segundo (o posterior), tanto la doctrina como la jurisprudencia actuales —incluyendo las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado— entienden de modo prácticamente pacífico que ello será únicamente en la medida en que exista una incompatibilidad entre ambos testamentos, y solo en esos puntos incompatibles.

De este modo, en todos aquellos puntos en que pueda seguirse una solución que compatibilice ambos testamentos, y principalmente cuando exista una disparidad en la extensión objetiva de ambos testamentos, ha de preferirse la aplicación conforme de los dos a entender que exista una revocación del primero por el segundo, dándose preponderancia a la voluntad del testador, interpretada a través de los criterios contenidos en el artículo 675 del Código, y al principio de conservación del testamento.

2. Por ello, ante los datos de que disponemos y que se traslucen en el texto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (82), con todos los respetos debidos hemos de discrepar del razonamiento seguido por esta y el Juez de Primera Instancia y de la solución por ellos adoptada.

Los problemas que se plantean en esta sentencia básicamente se pueden identificar en la existencia o no de una revocación del primer testamento por el segundo, en la interpretación que debe darse al término «accidente», contenido en el segundo de los testamentos de doña Elena, y en la apreciación de si se ha cumplido la condición que recoge dicha expresión (y por tanto la efectividad que debe darse a la misma).

Como hemos visto, no siempre el otorgamiento de un nuevo testamento ha de suponer necesariamente la revocación del anterior o anteriores que puedan existir, y creemos que este es el caso que se plantea aquí. Si bien la Audiencia expone nominalmente la tesis de la compatibilidad entre testamentos, no la sigue finalmente, pues como veremos tiende a la realización de interpretaciones proclives a la incompatibilidad, más que a las que favorecen la compatibilidad entre las sucesivas disposiciones testamentarias.

En su segundo testamento, ológrafo [y aquí hemos de destacar que ninguno de los interesados duda de su validez (83)], doña Elena establece que «si me ocurriera algún accidente en el perdiera la vida, dejo a mi única hermana Nuria todos mis bienes (*sic*) para que haga con ellos lo que quiera». Así, se establece como condición para la eficacia de este segundo testamento que «si me ocurriera algún accidente en el que perdiera la vida», y —como afirma la parte demandante— no cabe entender que esa condición se haya cumplido, dado que el fallecimiento de la testadora fue por causas naturales.

Se niega por la sentencia de la Audiencia la posibilidad de una interpretación compatibilizadora entre ambos testamentos, sobre la base de que resultan muy

(82) Sabido es que los datos obrantes en los autos no siempre aparecen expresados en la sentencia, y que muchas veces solo el conocimiento de aquellos permite comprender completamente por qué se ha llegado a la toma de una determinada decisión en una resolución judicial.

(83) Sobre los requisitos de validez del testamento ológrafo, cfr. MORETÓN, «La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de “mano propia” como requisito de validez», en *RCDI*, núm. 727, págs. 2857-2882.

claramente nombramientos de herederos universales diferentes, pasando por alto la importante diferencia entre ambos testamentos de que el segundo tiene subordinada su eficacia al cumplimiento de la condición a que hicimos referencia. De este modo, nos encontramos que únicamente existe un testamento eficaz *ab initio*, y que la eficacia del segundo se subordina al cumplimiento de esa condición, no siendo eficaz hasta entonces, que es cuando sí se produciría una clara incompatibilidad entre ambos testamentos y habría que entender que se habría dado esa revocación: puesto que tal condición no se ha cumplido, no hay conflicto alguno entre ambos testamentos, y ha de estarse al único eficaz, el primero.

Asimismo, la Audiencia cita el artículo 675, para señalar que el mismo remite a la interpretación literal de las disposiciones testamentarias, salvo que se exprese muy claramente ser otra la voluntad del testador, pero sin embargo no aplica finalmente esa interpretación literal, dado que pese a que claramente se dice por la testadora que el segundo testamento será eficaz *si me ocurriera algún accidente*, sin embargo tanto la sentencia de instancia como la de la Audiencia —que hace suya la conclusión de aquella— no interpretan la frase en el sentido más lógico y normal de muerte por causa no natural (que además es el acogido legalmente) (84), sino en el de «la muerte, en general, por cualquier causa que se produzca». Precisamente, el que el sentido más lógico y normal que cabe dar a la palabra *accidente* sea el de causa no natural vacía de sentido la relevancia que la sentencia da a que las testadoras no puntualizan nada sobre esas posibles causas accidentales, traumáticas o súbitas diversas de una defunción natural.

A la hora de interpretar qué sentido debemos dar a la referida expresión, habremos de acudir al artículo 675, y hemos de tener en cuenta que el mismo impone que «*toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador*» (lo que estamos viendo que no solo no sucede aquí, sino que hay indicios que apuntan en sentido contrario); por lo que debemos atender preferentemente al sentido normal de las palabras, antes que a otros significados menos habituales —recordemos que, en un sentido similar, el art. 3.1 establece que «*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras (...)*»—.

El artículo 675 concluye indicando que «*en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*». Respecto de esa intención del testador, la existencia del segundo testamento podría explicarse por el hecho de que —sobre todo si tenemos en cuenta las fechas en que se otorgó (23 de diciembre, en vísperas de la Navidad, época que crea una cierta proclividad al acercamiento afectivo entre parientes)— las dos hermanas se plantearan la posibilidad de un fallecimiento súbito e inesperado y debido a un accidente (es decir, una muerte que saliera del curso normal de la vida). En ese contexto, ambas hermanas se dan cuenta de que han realizado un testamento (el abierto) pensando en un fallecimiento por muerte natural, y pudiera suceder que de imprevisto —por un *accidente*, como se indica en el segundo testamento— falleciera doña Elena —la que disponía de un importante patrimonio— y quedara su hermana en una situación económica apurada, situación que pretende cubrirse con los testamentos ológrafos (en especial, el de doña Elena): de esta forma, parece que la intención de ambas hermanas era que

(84) Recordemos que el artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro establece: «(...) *se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte*».

en caso de fallecimiento por el curso normal de la vida heredara el Arzobispado, mientras que si se produjera un acontecimiento súbito e inesperado que provocara el fallecimiento de doña Elena heredara su hermana.

La Audiencia afirma que parece muy clara (?) la voluntad de ambas hermanas de mutar sustancialmente su testamento anterior por causas «que resultan muy lógicas en personas de vínculo [*sic*] familiar muy estrecho, con larga convivencia juntas y de muy avanzada edad y cierto temor por su suerte económica». Sin embargo, como estamos viendo, la voluntad de las testadoras no está tan clara. Por ello, no parece muy admisible prescindir del testimonio del propio Notario otorgante (*rectius*, autorizante: quien otorga es el testador), en el sentido de que la voluntad de doña Elena era la de dejar todos sus bienes al Arzobispado de Valladolid, porque el mismo «solo nos ilustra sobre la voluntad de la testadora, precisamente al tiempo de otorgar su testamento, pero no dos años después, cuando modifican su voluntad otorgando un nuevo testamento». Además, ese «cierto temor por su suerte económica» que argumenta la sentencia tal vez podría existir, pero probablemente no con tanta intensidad como se entiende por la Audiencia, si tenemos en cuenta que las necesidades vitales de ambas hermanas estaban cubiertas al estar viviendo en una residencia de ancianos de Tordesillas.

Igualmente, no consideramos relevante el hecho de que en sus segundos testamentos ambas hermanas no mencionen en absoluto al primero, pues además de no ser necesaria esa mención, es comprensible si se parte de que la eficacia del segundo testamento —si llegara a tenerla— provocaría la desaparición de la del primero, pero ello —repetimos— si el testamento ológrafo llegara a alcanzar eficacia por cumplimiento de la condición suspensiva a que la misma se subordina, lo que dista claramente de la interpretación que sigue la Audiencia de que ese silencio supone un argumento a favor de la revocación (en todo caso) del primer testamento por el segundo.

Por otra parte, puede ser muy revelador el conocimiento de las circunstancias que rodean al presente caso (85), y que explican por qué doña Elena nombró heredero universal de sus bienes al Arzobispado de Valladolid. El patrimonio de doña Elena provenía en su mayor parte de su difunto marido, y al parecer existía una carta manuscrita de este en la que le comunicaba a su esposa que deseaba que sus bienes fueran para los más necesitados, a cuyo efecto doña Elena creó una fundación pía que mantenía económicamente.

De esta forma, si tenemos en cuenta que la principal motivación de doña Elena al nombrar heredero universal de sus bienes al Arzobispado de Valladolid era sostener económicamente de esta forma a la fundación pía que creó («en cumplimiento de sus fines píos»), y en ello coincidieron las declaraciones de varios testigos (destacadamente, la del Notario que autorizó el primer testamento), un cambio tan radical de posición como el que le atribuye la sentencia de la Audiencia debería poder justificarse en motivaciones de peso, más allá de que —como argumenta la Audiencia— ambas hermanas sean parientes estrechos con una larga convivencia, de muy avanzada edad y cierto temor por su suerte económica. No parece que entre 1994 (otorgamiento del primer testamento) y 1996 (fecha del ológrafo) hayan podido cambiar tan radicalmente las circunstancias como para que doña Elena variara de parecer hasta el punto de abandonar en

(85) Si bien no se explicitan en la sentencia, las hemos extraído de las noticias que la prensa publicó al respecto.

todo caso el mantenimiento de esa fundación pía y la originaria orientación de su difunto marido hacia los fines benéficos.

Si nada justifica un cambio tan radical, y en cambio hay por el contrario argumentos a favor del mantenimiento del primer testamento (los ya apuntados del mantenimiento de la fundación pía y de seguir de este modo la voluntad de su difunto marido, así como que el principio de conservación del testamento ha de llevar a preferir las interpretaciones más favorables a esa conservación), debemos seguir la interpretación que permita una conformidad entre ambos testamentos. En esta línea, podemos retomar el significado literal de la expresión *si me ocurriera algún accidente*, de modo que cabe entender que la intención de la testadora al otorgar el testamento ológrafo era mantener la validez del primero, que perdería siendo sustituido por el segundo únicamente en caso de que su fallecimiento se produjera por causas no naturales.

De esta forma, podemos entender que en el caso en estudio, ya que el fallecimiento de la testadora se produjo por causas plenamente naturales y no por accidente, el segundo testamento no ha llegado a alcanzar efectividad al no cumplirse la condición suspensiva a que la misma se subordinaba, y será por tanto únicamente al primer testamento al que ha de atenderse. Así, debería haberse considerado que el heredero universal de doña Elena habría de ser el previsto en ese primer testamento, el Arzobispado de Valladolid, y no el que se derivaría del segundo (su hermana doña Nuria, y por tanto finalmente los herederos abintestato de esta).

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Comentario al artículo 738 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IX, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1983, págs. 397-401.
- «Comentario al artículo 739 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IX, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1983, págs. 402-417.
- BUEN, D. D. DE: «Revocación de testamentos», en *Enciclopedia Jurídica Española*, T. XXVII, Ed. Francisco Seix, Barcelona, s. f. (ca. 1910), págs. 619-626.
- BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, Gumersindo: «Comentario al artículo 739», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. 4, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 495-502.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. I, vol. II. 2.ª ed. Ed. Reus, Madrid, 1926.
- CASTRO GARCÍA, Jaime DE: «Comentario al artículo 739», en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, dirigido por José Luis ALBÁCAR LÓPEZ, T. III, Ed. Trivium, Madrid, 1991, págs. 413-414.
- COLIN, Ambrosio, y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil*, 3.ª ed., revisada por Pascual MARÍN PÉREZ, reimpr. T. VIII. Ed. Reus. Madrid, 1981.
- D'AMICO, Giovanni: «Revoca delle disposizioni testamentarie», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Ed. Giuffrè, Milán, 1989, págs. 232-285.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «La pluralidad de testamentos», en *RDN*, núm. 27, enero-marzo de 1960, págs. 7-97. También en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1980.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 6.ª ed., 2.ª reimpr. Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- FEBRERO, José: *Librería de escribanos, abogados y jueces*, reformada por José Marcos Gutiérrez, T. I, 6.ª ed., Madrid, 1825.

- FLORES MICHEO, Rafael: «El testamento destruido o desaparecido», en *AAMN*, T. III, 2.^a ed., 1959, págs. 497-530.
- FUENTESECA, Pablo: *Derecho Privado romano*, ed. del autor, Madrid, 1978.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Comentario a la STS de 7 de mayo de 1990», en *CCJC*, núm. 23, abril-agosto de 1990, págs. 619-630.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Comentario a la STS de 14 de mayo de 1996», en *CCJC*, núm. 42, septiembre-diciembre de 1996, págs. 1019-1032.
- HORNERO MÉNDEZ, César: «Comentario a los artículos 738 a 742 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, dirigido por Ana CAÑIZARES, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, vol. II, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2001, págs. 574-591.
- JORDANO BAREA, Juan Bautista: «Comentario al artículo 675 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IX, vol. 1.^o-A, EDESA, Madrid, 1990, págs. 206-283.
- «Comentario al artículo 675», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1697-1699.
- KIPP, Theodor: *Derecho de Sucesiones* (T. V del *Tratado de Derecho Civil* de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF), vol. 1.^o, 11.^a revis. por Helmut COING, 2.^a ed. por Luis PUIG FERRIOL y Fernando BADOSA COLL. Ed. Bosch, Barcelona, 1976.
- LASARTE, Carlos: *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*. 7.^a ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: «Comentario al artículo 675», en *Comentarios al Código Civil español*, T. V, 6.^a ed., corregida por Pascual MARÍN PÉREZ, Ed. Reus, Madrid, 1951, págs. 433-445.
- «Comentario a los artículos 738 y 739», en *Comentarios al Código Civil español*, T. V, 6.^a ed., corregida por Pascual MARÍN PÉREZ, Ed. Reus, Madrid, 1951, págs. 696-702.
- MARÍN PÉREZ, Pascual: «Esquema añadido al comentario al artículo 675», en *Comentarios al Código Civil español* de Manresa, T. V, 6.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1951, págs. 445-454.
- MESSINEO, Francesco: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 9.^a ed., vol. VI, Ed. Giuffrè, Milán, 1962.
- MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda: «Apuntes sobre los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación e interpretación», en *RCDI*, núm. 718, págs. 779-791.
- «La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de “mano propia” como requisito de validez», en *RCDI*, núm. 727, págs. 2857-2882.
- PASTOR RIDRUEJO, Félix: *La revocación del testamento*, Ed. Nauta, Barcelona, 1964.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, vol. II, 2.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1977.
- ROCA SASTRE, Ramón M.^a: *Anotaciones al Derecho de Sucesiones*, de Theodor KIPP (T. V, del *Tratado de Derecho Civil*, de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF), vol. 1.^o, 11.^a ed., revis. por Helmut COING, 2.^a ed. por Luis PUIG FERRIOL y Fernando BADOSA COLL. Ed. Bosch, Barcelona, 1976.
- ROCA TRÍAS, E.: «Revocación», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 6011-6012.

- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: «Comentario a la Ley 210 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, T. XXXVII, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1998, págs. 944-948.
- «Comentario a la Ley 212 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, T. XXXVII, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1998, págs. 949-951.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «Comentario al artículo 739», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1838-1841.
- STÜRNER, Rolf: «Comentario al § 2.258», en *Bürgerliches Gesetzbuch*, dirigido por Othmar JAUERNIG, 7.ª ed., Ed. C. H. Beck, Munich, 1994, pág. 1880.
- TALAMANCA, Mario: «Successioni testamentarie», en el *Commentario del Codice Civile*, dirigido por Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, *Libro secondo. Delle successioni*, reimpr., Ed. Nicola Zanichelli-Soc. editora del Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1978.
- TORRALBA SORIANO, Vicente: «Comentario al artículo 243 de la Compilación de Cataluña», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XXIX, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1984, págs. 285-294.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil español*, T. V, 3.ª ed., Tip. Cuesta, Valladolid, 1926.
- YASAS SOLANES, María: «Comentario a la STS de 29 de septiembre de 1986», en CCJC, núm. 12, septiembre-diciembre de 1986, págs. 4017-4030.

RESUMEN

TESTAMENTOS, TESTAMENTOS SUCESIVOS REVOCACIÓN DE TESTAMENTOS REVOCACIÓN TÁCITA

La sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 11 de abril de 2006, resuelve un interesante caso en el que, tras un testamento notarial abierto, se realiza por la testadora un testamento ológrafo en que varía la designación de heredero, si bien condicionada a la circunstancia de que «si me ocurriera algún accidente». A raíz de esta concreta sentencia, estudiamos en el presente artículo el régimen jurídico existente en caso de realización de varios testamentos sucesivos por un mismo testador y la relación entre ellos, en especial la posible concurrencia de una revocación tácita, y realizamos un pequeño comentario a la misma.

ABSTRACT

TESTAMENTS (LAST WILLS), SUCCESSIVE TESTAMENTS REVOCATION OF TESTAMENTS TACIT REVOCATION

The Valladolid Provincial Court (Section 1) Judgment of April 11st 2006 resolves an interesting case where, after a notarized open testament, is made by the testator a handwritten testament in which she modifies the heir designation, although subject to the circumstance of «if an accident happened to me». Following this particular judgment, in this article we study the legal regime existing in case of carrying out several successive testaments by the same testator, and which is the relationship between them, especially the possible existence of a tacit revocation, making also a brief comment on it.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA CESIÓN DE CRÉDITOS GARANTIZADOS CON HIPOTECA: SUS REQUISITOS Y EFECTOS ENTRE LAS PARTES Y RESPECTO DE TERCEROS

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

Doctorando EEES en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL DE LA CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO.—III. EL CARÁCTER ACCESORIO DE LA HIPOTECA: POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES.—IV. REQUISITOS PARA LA CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO: 1. REQUISITOS PERSONALES. 2. REQUISITOS REALES. 3. REQUISITOS FORMALES.—V. REQUISITOS PARA QUE LA CESIÓN PRODUZCA EFECTOS ENTRE LAS PARTES: LA ESCRITURA PÚBLICA.—VI. REQUISITOS PARA QUE LA CESIÓN PRODUZCA EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS: 1. LA ESCRITURA PÚBLICA. 2. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO.—VII. REQUISITOS PARA QUE LA CESIÓN SURTA EFECTOS FRENTE AL DEUDOR: LA NOTIFICACIÓN DE LA CESIÓN: 1. VALOR DE LA NOTIFICACIÓN. 2. EXCEPCIONES A LA NOTIFICACIÓN. 3. FORMAS DE PRACTICAR LA NOTIFICACIÓN. 4. INSCRIPCIÓN DE LA NOTIFICACIÓN DE LA CESIÓN.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La cesión de créditos es una de las modalidades de la transmisión de derechos que podemos definir como una modificación simple no novatoria de la relación jurídica obligacional verificada por cambio del sujeto activo.

La transmisión de los derechos de crédito constituye un principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, tal y como señala el artículo 1112 del Código Civil (1). El Código Civil regula esta materia con desafortunado enfoque en los artículos 1526 a 1537 bajo la rúbrica de «la transmisión de créditos y demás derechos incorporales». Como señala Díez PICAZO, la regulación legal adolece de las siguientes deficiencias:

1. Reviste caracteres contradictorios ya que da a la cesión una gran amplitud, englobando la de créditos y la de derechos y acciones e incluyendo en ella no solamente los derechos de crédito, sino también los derechos reales, salvo el de propiedad. Por otro lado, restringe con exceso el concepto de la cesión al contemplar una sola de sus causas, la venta, incluyendo la transmisión de créditos dentro del título de la compraventa y

(1) El artículo 1112 del Código Civil dice: «Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiera pactado lo contrario».

empleando frecuentemente la palabra venta como sinónimo de cesión y la de vendedor y comprador como equivalentes a las de cedente y cesionario. Este error que proviene del Código Civil francés debe superarse entendiendo que la cesión es un negocio jurídico *inter vivos* que juega en relación a los créditos, análoga función que la *traditio* respecto a los derechos reales y consecuentemente la venta es solo una de las posibles causas que la determinan.

2. Reconoce que la cesión es solamente una de las modalidades de la transmisión del crédito, pues esta también puede producirse por vía de sucesión *mortis causa*, por disposición legal o por mandato judicial. Considero que la regulación de la cesión de créditos, tal y como aparece tipificada en el Código Civil, no responde a las necesidades del tráfico jurídico actual, donde el crédito se ha convertido en objeto de tráfico jurídico con distintas finalidades, de garantía o de financiación entre otras (2).

II. CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL DE LA CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

La cesión de créditos es la operación por la que se transmite el derecho de crédito de una persona a otra, permaneciendo la misma obligación. Concurren por tanto, los siguientes caracteres: 1. Que un nuevo acreedor sustituye al primitivo. 2. Que a pesar del cambio de acreedores, la obligación permanece la misma, derivándose de esta nota:

Que subsisten a favor del nuevo acreedor todas las garantías de su derecho, así como las acciones derivadas del mismo y, que el deudor puede oponer al nuevo acreedor las mismas excepciones que le correspondían contra el antiguo.

La cesión de los créditos hipotecarios responde, en términos generales, al esquema de la cesión de créditos, si bien con la particularidad de contar con la hipoteca, que incide de manera importante sobre la cesión. Precisar su naturaleza jurídica no ha sido tarea fácil, ya que se ha discutido si nos encontramos ante un negocio propio, bien abstracto, bien causal o si por el contrario nos encontramos ante el efecto de determinados negocios dirigidos a la transmisión del crédito.

En los ordenamientos como el alemán, en los que para que se produzca la transmisión del crédito basta el acuerdo abstracto de transmitir y adquirir acompañado del correspondiente negocio dispositivo causal, la cesión se califica como negocio jurídico dispositivo y abstracto, pero ello no es posible en sistemas causalistas como el español en el que la transmisión de un bien o derecho debe responder siempre a una causa, tal y como exige el artículo 1275 del Código Civil.

Considero que la cesión alude más al aspecto traslativo que al acuerdo o causa que lo precede (venta, donación, fiducia, etc.), pero de ello no se deriva que la cesión sea un negocio abstracto, no podemos considerarla como un negocio de disposición abstracta e independiente de los negocios causales en que se basa; podría suceder que la cesión no exprese la causa, pero en este caso

(2) En este sentido, la STS de 10 de marzo de 2004, ha señalado que: «El crédito tiene, obviamente, un valor; que no hay ninguna necesidad física y jurídica de que quede inmovilizado, lo que además sería anómalo e incongruente en una sociedad económica como la actual, en la que los créditos juegan un papel esencial en el tráfico económico».

operaría la presunción *iuris tantum* de existencia y licitud de causa contractual *ex* artículo 1277 del Código Civil.

Actualmente y en nuestro sistema podemos considerar la cesión como efecto de determinados negocios que son eficaces para que se produzca el cambio de titularidad de un derecho (3), y es también la línea que sigue la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (4), que regula la cesión de créditos dentro de la teoría general de las obligaciones, siguiendo la tendencia de otros Códigos europeos como el italiano y el alemán y como recogen los distintos proyectos de unificación del Derecho contractual europeo (5).

La cesión del crédito hipotecario se encuentra regulada en el Código Civil y en la LH. El artículo 1878 del Código Civil dice: «El crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la ley». Dichas formalidades se encuentran tipificadas en los artículos 149 a 152 de la LH, de los cuales el primero ha sido modificado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que modifica diversas normas reguladoras del mercado hipotecario y del sistema financiero como después vamos a analizar.

La transmisión de créditos hipotecarios está influida por el principio de accesoriedad de la hipoteca, como señala ROCA SASTRE, el crédito hipotecario es una entidad compleja compuesta de dos elementos: el crédito y la hipoteca, por suponer esta la afección de un inmueble en garantía de un derecho de crédito, este aparece como elemento principal y la hipoteca como elemento accesorio (6). Dado que lo accesorio sigue a lo principal, el cambio de titular del derecho de crédito supone el traspaso de la hipoteca al nuevo acreedor. Esta es la idea que expresa el artículo 1528 del Código Civil: «La venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio» (7).

Este principio de accesoriedad es propio de sistemas causalistas como el español, donde la creación de derechos reales por vía contractual se basa en la teoría del título y el modo *ex* artículos 609 y 1095 del Código Civil, de manera que en nuestro derecho no cabe la creación abstracta de derechos reales, siempre es necesario un negocio jurídico válido con causa suficiente y lícita, presumién-

(3) Así lo han entendido MADRIDEJOS SARASOLA, «La cesión de créditos», en *Revista de Derecho Notarial*, 1961, pág. 381, y BLANQUER UBEROS, «El pago y compensación de créditos cedidos. Especial referencia a los créditos hipotecarios», en *Academia Sevillana del Notariado*, t. IX, 1995, pág. 15.

(4) La Propuesta de Modificación del Código Civil tipifica en el artículo 1215.2: «En lo no previsto en este capítulo, los requisitos y efectos de la cesión entre las partes se regulan por las normas aplicables al contrato que le sirva de base».

(5) La cesión de créditos se regula en el Capítulo 11 PECL, en el cual se establece el régimen jurídico de las cesiones de créditos contractuales y de otros créditos transmisibles, incluida la cesión en garantía, salvo los créditos a los que se refiere el artículo 11. Los principios europeos consideran la cesión como el efecto jurídico derivado de determinados negocios. Por su parte, el Draft Common Frame of reference (DCFR) también considera la cesión como efecto de un contrato u otro acto jurídico y lo regula como tal al margen de la regulación del negocio jurídico que la haya originado.

(6) La RDGRN, de 17 de agosto de 1993, y la STS, de 25 de febrero de 2003, señalan que la transmisión de la hipoteca es un simple efecto mediato de la transmisión del crédito.

(7) El artículo 569-2 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, dice: «La transmisión del crédito garantizado comprende también la de la garantía».

dose que la causa existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario *ex* artículo 1277 del Código Civil.

Esto nos lleva analizar el alcance del principio de accesoriedad de la hipoteca en relación con el crédito, así como las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales sentadas en la materia.

III. EL CARÁCTER ACCESORIO DE LA HIPOTECA: POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

En base al artículo 1528 del Código Civil vemos la conexión que se produce entre la hipoteca y el crédito por vía de la accesoriedad o subordinación de la primera al segundo. Esta accesoriedad consiste en que la hipoteca es dependiente del crédito a cuya seguridad debe servir; no pudiendo nacer ni subsistir sin él, de tal forma que al extinguirse la obligación por cualquier causa, pierde su razón de ser el derecho real y también se extingue. El acreedor hipotecario y el acreedor personal del crédito garantizado son, necesariamente una misma persona y, al estar el crédito hipotecario protegido por dos acciones, la personal, derivada del crédito y la real, derivada de la hipoteca, será el acreedor el que decidirá si las ejerce conjuntamente o de forma independiente. Además la inseparabilidad entre la hipoteca y el crédito conlleva que aquella no pueda transmitirse sin el crédito (8).

Pero como dice BLANCO PÉREZ-RUBIO (9): «Han señalado algunos autores que sería muy parcial y limitada una visión de la conexión entre el crédito y la hipoteca bajo el prisma exclusivo de la accesoriedad, puesto que la hipoteca repercute también en el crédito, existiendo, por una parte, algunos supuestos en los que se produce una subordinación del crédito a la hipoteca, y por otra, determinadas ocasiones en las que se puede producir una sustantivación de la hipoteca que puede llegar, en algunos casos, a desligarse por completo del crédito».

Parte de la doctrina ha criticado el principio de accesoriedad de la hipoteca y entienden que existen supuestos en los que se percibe una independencia de la hipoteca respecto del crédito garantizado. Entre otros, HECK niega el carácter accesorio de la hipoteca por considerar que la hipoteca está unida registralmente a un crédito, pero no como derecho principal y derecho accesorio, sino en una posición paralela, sobre una misma línea. Existe una unidad de fin entre ambos elementos, con influencias recíprocas y los dos tienen la configuración de deuda, si bien esta en la hipoteca es real. El que la deuda real se coloque después de la deuda personal es un mero producto de la voluntad y, niega aquella subordinación en el destino de la hipoteca derivado de la accesoriedad clásica de la misma (10).

Además de las opiniones doctrinales que defienden la accesoriedad de la hipoteca y de las que consideran que la hipoteca puede vivir independientemente del crédito para cuya garantía se constituyó, se encuentran las tesis que defienden la unidad del crédito hipotecario. Así AMORÓS GUARDIOLA señala que en la compleja relación jurídica de crédito hipotecario coexisten dos elementos distintos: un derecho personal frente al deudor y un derecho real que vincula

(8) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, t. VIII, 9.^a ed., Barcelona, 2009, págs. 98 y 99.

(9) BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2009, pág. 50.

(10) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, t. VIII, cit., pág. 98.

a la cosa sea cualquiera su poseedor. El crédito se apoya en la responsabilidad patrimonial universal mientras que la hipoteca implica una forma de garantía concreta al margen de los otros bienes del deudor. Considera este autor que ambos elementos responden a distintos principios en su funcionamiento y que el vínculo de conexión entre ambos se precisa entendiendo que no son dos elementos interrelacionados, sino que ambos se funden en una realidad superior, compleja, distinta y unitaria. En definitiva, se configura el crédito hipotecario como una unidad independiente (11).

Por su parte, GÓMEZ GÁLLIGO (12), admitiendo la accesoriedad de la hipoteca, señala que existen supuestos de crisis. En su opinión, el crédito hipotecario, regulado en gran parte por el Derecho de Obligaciones, es una relación jurídica con sustantividad propia, que tiene un régimen jurídico característico, en el que convergen tanto el Derecho de obligaciones como el Derecho de cosas. La autonomía, propia del crédito hipotecario, se manifiesta en que atribuye una facultad ejercitable *erga omnes* frente a cualquier poseedor del inmueble, atribuye preferencia en el cobro, es independiente de las situaciones de insolvencia del deudor, dota a su titular de un poder inmediato sobre la cosa, determina el orden de ejecución y es objeto de subhipoteca. Considera que la teoría de la accesoriedad quiebra claramente al admitirse la indivisibilidad de la hipoteca, ya que extinguido el crédito la hipoteca permanece íntegra y por tanto, la separación entre ambos es evidente en estos casos.

Comparto la opinión de GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (13), que considera que el crédito hipotecario está dotado de caracteres propios que lo diferencian de sus dos componentes, el crédito personal y el derecho real de hipoteca. La accesoriedad de la hipoteca justifica en alguna forma la propia identidad de la hipoteca: ser un derecho de garantía a favor de un crédito determinado y permite entender mejor que las causas de extinción de la obligación garantizada lo sean, a su vez, del crédito hipotecario y que la capacidad para cancelar un crédito hipotecario extinguido por pago sea la de administrar y no la de disposición como correspondería. Por ello, sostiene que la relación entre el crédito y la hipoteca es de «accesoriedad funcional o finalística», derivada de la función de garantía que la hipoteca tiene, pero sin llegar a una accesoriedad estructural, ya que la hipoteca ha adquirido independencia respecto del crédito en muchos aspectos. Considero que es muy acertada la opinión de esta autora cuando señala que ambos elementos se encuentran más en un plano de igualdad que de auténtica subordinación, ligados por esta relación finalística, pero manteniendo sus funciones propias y distintas.

Esta independencia se manifiesta cuando, una vez que se ha extinguido el crédito, no se ha cancelado todavía la hipoteca y, el crédito se cede a un tercero que reúne los requisitos del artículo 34 de la LH. Aquí aplicamos la protección de la fe pública registral, adquiriendo la hipoteca una sustantividad propia que la hará vivir independientemente del crédito extinguido en lo que se refiere a ese tercero.

(11) AMORÓS GUARDIOLA, M., «La unidad del crédito hipotecario», en *Estudios en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, pág. 552.

(12) GÓMEZ GÁLLIGO, J., «La extinción del crédito hipotecario», en *Extinción de obligaciones*, Madrid, 1996, págs. 179 y sigs.

(13) GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *El asiento de cancelación negocial del crédito hipotecario*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2000, pág. 188.

Se produce, por tanto, una flexibilización del principio de accesoriedad de la hipoteca que tiene su reflejo en la Ley 4/2007, que como señala GÓMEZ GÁLLIGO (14) incide directamente en el alcance de la accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito garantizado, ya que introduce dos nuevas figuras inconcebibles en nuestro derecho hasta ahora: la hipoteca global o flotante y la posibilidad de refinanciación del deudor sin pérdida de prioridad, al amparo de la Ley de subrogación y novación de préstamos hipotecarios, que demuestran la superación en nuestro derecho de una aplicación estricta del principio de accesoriedad (15).

Lógicamente con relación a la cesión de créditos hipotecarios y en base a la nueva redacción del artículo 149.1 de la LH, también podemos afirmar la superación de la concepción tradicional de la accesoriedad de la hipoteca, entendida como subordinación de la hipoteca al crédito. Cada uno de estos elementos tiene su propio régimen y obedece cada uno en lo relativo a su cesión a su propia ley de tráfico, por lo que la accesoriedad debe ser entendida en la actualidad como una accesoriedad funcional, es decir, que entre el crédito y la hipoteca existe una vinculación basada en la finalidad de garantía del derecho de hipoteca.

Hechas estas consideraciones pasamos a analizar los requisitos de la cesión del crédito hipotecario.

IV. REQUISITOS PARA LA CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

1. REQUISITOS PERSONALES

Para la cesión del crédito hipotecario basta la intervención de cedente u cesionario, siendo cuestión discutida en la doctrina la capacidad necesaria para efectuar la cesión. La opinión mayoritaria exige capacidad para transmitir bienes inmuebles, ya que la disposición del crédito comporta la disposición del derecho

(14) GÓMEZ GÁLLIGO señala que la DGRN, conocedora de que su posición estricta en la aplicación del principio de accesoriedad impide la aparición de nuevos productos financieros y perjudica la competitividad bancaria, ha suavizado recientemente sus postulados admitiendo excepcionalmente que una sola hipoteca cubra varias obligaciones si existe una conexión causal entre ellas. Así la RDGRN, de 3 de septiembre de 2005, sobre hipoteca en garantía de hipoteca sujeta a condición suspensiva, y la RDGRN, de 1 de junio y de 26 de septiembre de 2006, sobre constitución de hipoteca cambiaria, que permite garantizar los intereses de demora más allá del límite admitido en la Ley Cambiaria, considerando que son dos obligaciones distintas (los intereses hasta el tope legal y los contractuales que exceden) pero permite que se cubran con la misma hipoteca por estar relacionados entre sí.

(15) La doctrina de la DGRN ha venido aplicando de una forma bastante estricta el principio de accesoriedad en diferentes Resoluciones, entre las que podemos citar: 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 17 de enero de 1994, 3 de octubre de 1991, 10 de julio de 2001, 30 de abril de 2002, entre otras. Sin embargo, en los últimos años la Dirección ha evolucionado y aplica dicho principio con flexibilidad, como se demuestra en las Resoluciones de 1 de junio de 2006 y de 26 de septiembre de 2006, las cuales señalan: «En efecto, el hecho de que el pago de una letra de cambio sea objeto de una garantía de naturaleza real, como es la hipotecaria, no implica que haya una dependencia total entre una y otra, pues cada una tiene su propia virtualidad. Aunque por su carácter accesorio el régimen de dicho derecho real esté condicionado por el régimen del crédito cambiario, esa accesoriedad no puede llevarse al extremo de impedir que la hipoteca, como garantía extracambiaria, sea objeto de una configuración ajena al rigor cambiario...».

real de hipoteca considerado como bien inmueble por el artículo 334.10 del Código Civil. En este sentido se ha pronunciado la RDGRN de 5 de abril de 1892.

Por el contrario, PEÑA (16) entiende que basta la capacidad para disponer del crédito, de la misma forma que para la remisión del crédito hipotecario bastan las formas de la condonación y no se requieren las de la donación de inmuebles y, además en base a que la hipoteca no es un nuevo y distinto valor patrimonial, sino mera seguridad de otro, el crédito, el crédito que no tiene naturaleza inmueble; la transmisión de la hipoteca es un mero efecto mediato de la transmisión del crédito (17) y se establece expresamente que no rigen las reglas de los bienes inmuebles en relación con las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios, que son un supuesto de crédito garantizado con hipoteca.

Me inclino por la primera posición, ya que el acto del cedente comporta la disposición junto al crédito de un bien inmueble: el propio derecho real de hipoteca y como señala GARCÍA GARCÍA (18), la hipoteca a pesar de su accesoria refuerza enormemente el crédito, no solo respecto al procedimiento de ejecución, sino respecto a un mayor plazo de prescripción y a unas ventajas en caso de situaciones concursales, pudiendo extraerse la misma doctrina del artículo 178 del RH.

2. REQUISITOS REALES

En principio y como regla general rige el principio general de transmisibilidad de los derechos, tipificado en el artículo 1112 del Código Civil. No obstante se plantean las siguientes cuestiones:

A) Primero analizaremos si es válido e inscribible el pacto de prohibición de cesión del crédito hipotecario.

No cabe duda, al amparo del mencionado artículo 1112 del Código Civil, la validez de dicho pacto, si bien aplicado al crédito hipotecario se plantea la cuestión de si tal estipulación tiene efectos reales o meramente obligacionales y puede, por tanto, acceder al Registro de la Propiedad o si, por el contrario, está afectado por la doctrina que emana de los artículos 26 y 27 de la LH.

Autores como SAPENA consideran que a pesar de lo establecido en el artículo 27 de la LH (19) es posible reconocer al pacto prohibitivo de cesión eficacia real, ya que dicho artículo solo se refiere a las prohibiciones de disponer del dominio, pero no de un derecho real limitado, por lo que el pacto sería inscribible como un límite a las facultades del adquirente cuya constatación registral resulta del artículo 51.6 del RH (20).

(16) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 4.^a ed., T. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 213.

(17) Vid. artículo 1528 del Código Civil.

(18) GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario al artículo 1878», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1912 a 1916.

(19) El artículo 27 de la LH dice: «Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos onerosos no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier forma de garantía real se asegure su cumplimiento».

(20) GÓMEZ GALLIGO considera que debe admitirse la posibilidad de las prohibiciones en actos onerosos con eficacia real, sin perjuicio de que su no inscripción pueda frustrar su finalidad si el adquirente no inscribe en «Las prohibiciones de disponer en el Derecho español», Madrid, 1992, pág. 75.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina se pronuncia en sentido contrario, ya que el crédito hipotecario supone una entidad compleja formada por un derecho obligacional y por un derecho real, la transmisión del primero supone la transmisión del segundo. La prohibición de transmitir el crédito implica también la prohibición de transmitir la hipoteca, lo que desde el punto de vista hipotecario implicaría una prohibición de disponer que no puede acceder a los libros registrales por aplicación del artículo 27 de la LH, que se refiere tanto al dominio como a los derechos reales inmobiliarios. Todo ello sin perjuicio de que pueda pactarse que la cesión del crédito opere como condición resolutoria de la hipoteca o de que se asegure el cumplimiento de la prohibición mediante otra hipoteca u otra forma de garantía real *ex* artículo 57 del RH. Este es también el criterio de la DGRN que en Resolución de 4 de noviembre de 1968 rechaza la inscripción de una condición resolutoria que encubría una prohibición de disponer no inscribible conforme al artículo 27 de la LH (21).

B) Se ha discutido también en la doctrina si cabe la cesión parcial del crédito hipotecario, lo que fue negado por parte de la doctrina invocando el principio de indivisibilidad de la hipoteca del artículo 1860 del Código Civil. Nuestra legislación admite claramente dicha posibilidad en base a los artículos 1878 del Código Civil y 149 de la Ley Hipotecaria: «El crédito garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil». También la Ley de 25 de marzo de 1981, reguladora del mercado hipotecario, admite expresamente la cesión parcial del crédito hipotecario a través de la figura de las participaciones hipotecarias.

En cuanto a los efectos de esta cesión parcial, señala GIMÉNEZ ARNAU que la misma no hace sino multiplicar la titularidad del mismo, transformándose en un crédito mancomunado al amparo del artículo 1138 del Código Civil, que establece la divisibilidad del crédito mancomunado en tantas partes como acreedores haya, señalando la cuota que corresponde a cada uno, *ex* artículo 54 del RH. Pero en todo caso la hipoteca sigue siendo única conforme a los artículos 1860 del Código Civil y 119 y siguientes de la Ley Hipotecaria y en consecuencia los acreedores han de proceder conjuntamente para la ejecución del crédito hipotecario y para cancelar la hipoteca. La STS de 10 de mayo de 1947 negó al acreedor hipotecario mancomunado la facultad de ejercitar la acción hipotecaria por su parte creditual.

Por su parte, CHICO admite la posibilidad de ejercicio aislado de la acción hipotecaria en caso de incumplimiento parcial. En este sentido debe tenerse en cuenta el artículo 227 del RH, que considera preferentes a los efectos del artículo 131 de la LH los gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor.

C) La tercera cuestión a analizar es si cabe la cesión aislada de intereses. Conforme al artículo 1528 del Código Civil, la cesión de un crédito implica la de todos sus accesorios entre los que se comprende el relativo a la percepción de intereses. Esta norma, sin embargo, tiene carácter supletorio a falta de previsión expresa en el régimen de cesión, lo que plantea en la doctrina el problema de si cabe ceder los intereses sin el crédito o este sin los intereses, tanto si se trata de los vencidos como de los futuros.

En Derecho alemán se permite esta cesión aislada del crédito sin los intereses vencidos o futuros, entendiéndose que el derecho a percibir los mismos se

(21) Por su parte, las RRDGRN de 19 de julio de 1973 y de 18 de enero de 1979 consideraron que si teniendo el pacto alcance obligatorio, accede al Registro, procederá la cancelación conforme a lo dispuesto en el artículo 98 de la LH.

independiza del capital al tiempo del vencimiento de dicho derecho. En nuestro Derecho algunos autores mantienen la misma postura, ya que consideran que la accesoriedad de los intereses no es obstáculo y que el hecho de que la hipoteca pertenezca a varios titulares no plantea más problemas que cualquier otra cotitularidad, sin que ello afecte al principio de indivisibilidad de la hipoteca que se refiere a la finca hipotecada y no al crédito.

La DGRN, en Resolución de 5 de julio de 1922, ha declarado no inscribible la cesión del derecho a percibir los intereses vencidos y judicialmente reclamados, por entender que esta cesión no es verdaderamente total ni parcial del crédito hipotecario, sino de parte de un elemento accesorio circunstancial y limitado del mismo y que por tanto, carece de sustantividad propia y, porque de inscribirse se fraccionaría el contenido de la hipoteca en contra del principio de indivisibilidad. AGUADO se manifiesta en contra de la doctrina de esta Resolución por entender que no se vulnera con ello el principio de indivisibilidad, ya que solo se fracciona el contenido crediticio y no la garantía real.

MADRIDEJOS SARASOLA defiende la posibilidad de la cesión aislada de intereses vencidos, ya que estos tienen el carácter de créditos autónomos que pueden ser reclamados aisladamente y además tienen un plazo propio de prescripción *ex* artículo 1966 del Código Civil.

3. REQUISITOS FORMALES

El artículo 149 de la LH (22), tras la reforma efectuada por la Ley 41/2007, dice: «El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse, en todo o en parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad».

Con esta redacción se establece un régimen diferente para el crédito garantizado y para la hipoteca, rigiéndose cada uno de ellos por su propia ley de tráfico en cuanto a su cesión. Así, para la transmisión del crédito garantizado se remite a lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil y en cuanto a la hipoteca enumera el mencionado artículo los requisitos necesarios para que el cesionario adquiera la titularidad de este derecho real: escritura pública e inscripción registral. Ya no se hace referencia a la notificación de la cesión al deudor, si bien esta circunstancia no tiene mayor trascendencia ya que la transmisión del crédito garantizado con hipoteca se produce, respecto del crédito por la mera perfección del contrato y respecto del derecho real de hipoteca, por su inscripción en el Registro, por lo que el conocimiento o no por el deudor de la cesión no repercute en la existencia de la cesión.

Sin embargo, a pesar del silencio legal y puesto que es un requisito necesario para la oponibilidad de la cesión al deudor, sí que entiendo que esta debe ponerse en su conocimiento, lo que viene avalado por los artículos 1527 del CC, 151 de la LH y 176 del RH. Para que el deudor pueda realizar un pago liberatorio es necesario que sepa quién es su acreedor, por lo que el requisito de la

(22) La anterior redacción del párrafo primero del artículo 149 de la LH establecía, como requisito para la cesión del crédito hipotecario, que de la misma se diera conocimiento al deudor, pero su incumplimiento no afectaba ni a la validez ni a la eficacia de la cesión, sino que solamente se consideraba necesario para que la cesión fuera oponible al deudor.

notificación de la cesión sigue teniendo el mismo valor de vincular al deudor con el nuevo acreedor.

Por lo tanto, los requisitos formales son: escritura pública, inscripción en el Registro de la Propiedad y notificación de la cesión al deudor. Para el análisis de esta materia vamos a distinguir entre requisitos para que la cesión produzca efectos entre las partes, respecto de terceros y frente al deudor.

V. REQUISITOS PARA QUE LA CESIÓN PRODUZCA EFECTOS ENTRE LAS PARTES: LA ESCRITURA PÚBLICA

El principal problema que se plantea en esta materia es si la cesión se produce por la simple perfección del contrato de cesión, como sucede en el caso de la cesión de créditos en general o si por estar el crédito garantizado por un derecho real de hipoteca, se requerirá que la cesión conste en escritura pública y que posteriormente se inscriba en el Registro de la Propiedad.

Es comúnmente admitido que la transmisión de un crédito se produce entre cedente y cesionario como consecuencia de la perfección del contrato de cesión, por el mero consentimiento de los contratantes, siendo válida y eficaz sin necesidad de concurrencia de requisito de forma alguno. La forma del contrato de cesión será la del respectivo negocio que la origine, que puede ser una venta, permuta, dación en pago, entre otras.

Cuando el crédito está garantizado con hipoteca, al ser esta un derecho real de carácter accesorio, la transmisión de aquel lleva aparejada en base al artículo 1528 del Código Civil la de la hipoteca, si bien hay que tener en cuenta que este precepto tiene carácter dispositivo y podrá derogarse si así lo convienen las partes, ya que el cedente y el cesionario tienen libertad para estipular la cesión según tengan por conveniente. Pero si nada se dice, si se cede lo principal se cede también lo accesorio, adquiriendo el cesionario el crédito hipotecario desde la perfección del contrato.

Sin embargo, esta última afirmación de que la transmisión del crédito hipotecario se produce por la simple del contrato, se veía contradicha en base al tono imperativo con el que la anterior redacción del artículo 149 de la LH establecía la necesidad de escritura pública para que pudiera realizarse la cesión de un crédito hipotecario. Este requisito de forma legalmente exigido, nos lleva a plantear la cuestión de si la transmisión del crédito garantizado con hipoteca dependía realmente del cumplimiento de dicha formalidad o lo que es lo mismo, si se trataba de un requisito de forma *ad substantiam* cuya inobservancia afecta a la validez del contrato (23). El artículo 149 de la LH no establecía la sanción de nulidad del contrato de cesión por no haberse realizado en la forma exigida, pero tampoco señalaba una consecuencia distinta, por lo que cabría entender que, si la cesión de un crédito garantizado con hipoteca no se había documentado en la forma debida, el contrato de cesión no era válido y por lo tanto, ni siquiera *inter partes* se producía la transmisión.

(23) El fundamento de esta exigencia lo encontramos en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, en la que se señala claramente la necesidad de que la transmisión de los créditos hipotecarios se hiciera en escritura pública, con el fin de «evitar los fraudes a que pueden dar lugar los documentos privados, poco adecuados siempre para la adquisición de derechos en los bienes inmuebles».

No obstante, considero que en base al principio de libertad de forma *ex* artículo 1278 del Código Civil, el contrato de cesión es válido cualquiera que sea la forma en que se haya realizado, siempre que reúna los elementos esenciales para su validez. En consecuencia, aunque en la práctica lo más frecuente es que la cesión se instrumente en documento público, la doctrina y la jurisprudencia entienden que el contrato de cesión es válido tanto si se celebra en documento privado como si se realiza verbalmente (24), y dado el carácter accesorio de la hipoteca, el cesionario nuevo acreedor del crédito hipotecario será también titular de la hipoteca que lo asegura (25).

Después de la nueva redacción del artículo 149.1 de la LH, el planteamiento en cuanto a la validez del contrato de cesión entre las partes cambia, ya que distingue entre la cesión del crédito garantizado con hipoteca y la cesión de la titularidad de la hipoteca, aplicando a la primera las reglas de la cesión de créditos establecidas en el artículo 1526 del Código Civil, mientras que la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantiza ese crédito debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Como conclusión de lo expuesto, el contrato de cesión del crédito entre las partes es válido, cualquiera que sea la forma en que se realice, «siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez», *ex* artículo 1278 del Código Civil, transmitiéndose el crédito del cedente al cesionario. Por su parte, el cesionario no se convierte por la simple perfección del contrato de cesión en el nuevo acreedor hipotecario, para que esto tenga lugar es requisito imprescindible que la cesión de la titularidad de la hipoteca se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro *ex* artículo 149.1 de la LH.

Cuando se dan estos requisitos, el crédito cambia de titular permaneciendo idéntica la situación del sujeto pasivo de la misma: «El deudor no quedará obligado por el contrato de cesión a más de lo que estuviere por el suyo», *ex* artículo 149.2 de la LH. La situación del sujeto activo también es la misma: «El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente» en base al artículo 149.3 de la LH y 1528 del Código Civil.

VI. REQUISITOS PARA QUE LA CESIÓN PRODUZCA EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS

Se requieren dos requisitos: la escritura pública y la inscripción en el Registro.

1. LA ESCRITURA PÚBLICA

Como ya hemos visto, el contrato de cesión es válido sin necesidad de forma alguna y tendrá eficacia obligatoria entre las partes, es decir, entre el antiguo y el nuevo acreedor, pero no con relación a los terceros. Para que la cesión produzca

(24) Es el criterio que sigue el TS en sentencias de 24 de mayo de 1980, 12 de marzo de 1985, 29 de junio de 1989 y 23 de noviembre de 1993.

(25) En este sentido se pronuncia la STS de 12 de marzo de 1985, que dice: «que es perfectamente válido, eficaz y con fuerza obligatoria, el contrato de cesión de crédito con garantía hipotecaria concertado entre las partes... privadamente documentado (convirtiéndose el cesionario) en titular de todos los derechos que para su efectividad estaban atribuidos al cedente frente a la entidad deudora».

efectos frente a terceros, el artículo 1526 del Código Civil condiciona su oponibilidad a la fecha cierta del contrato o si se refiere a inmuebles a su inscripción en el Registro de la Propiedad, siendo la escritura pública el documento necesario para realizar dicha inscripción. El artículo 149 de la LH, al exigir escritura pública, no viene sino a confirmar la disposición general del artículo 3 de la LH, que también se confirma en el artículo 1280 del Código Civil.

Para conseguir que la cesión sea oponible a terceros mediante la documentación del contrato, la exigencia de la escritura pública contenida en el artículo 149.1 de la LH debemos ponerla en relación con el artículo 1279 del Código Civil en virtud del cual las partes podrán compelerse recíprocamente a cumplir el requisito de forma cuando esta sea necesaria para «hacer efectivas las obligaciones propias del mismo».

En cuanto al valor que debe darse a la exigencia de escritura pública regulada en el artículo 149.1 de la LH, ya hemos visto que el requisito de forma no es un requisito *ad substantiam* del que dependa la validez y la eficacia del contrato de cesión del crédito, lo que unido a las categorías tradicionales sobre el valor que tiene la forma en Derecho español, nos lleva a entender que la escritura pública tiene un valor *ad probationem* como medio de prueba del contrato de cesión. Si bien no solo cumple una función probatoria, sino también otras funciones más amplias, como la de potenciar la eficacia del contrato frente a terceros, servir de título para la ejecución, para el acceso al Registro, presentación en oficinas públicas o porque confiera una especial prelación de créditos. De ahí que, ante la insuficiencia de la dicotomía entre forma *ad solemnitatem* o *ad probationem*, se haya propuesto como tercera categoría, la forma *ad utilitatem* para encajar la exigencia legal de escritura pública, entendiendo por tal la forma que es útil o conveniente porque proporciona importantes ventajas.

2. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO

A) *El carácter declarativo o constitutivo de la inscripción*

Antes de la reforma de la Ley Hipotecaria por la Ley 41/2007, el artículo 149.1 de la LH decía que: «El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro», exceptuando los créditos endosables o al portador, garantizados con hipoteca, cuya transmisión opera extrarregistralmente *ex* artículo 150 de la LH.

El tenor literal de dicho precepto, «se haga en escritura pública... y se inscriba en el Registro», condujo a pensar que se trataba de un requisito de validez del contrato de cesión, sin el cual el crédito hipotecario no se transmitía al cesionario. Sin embargo la conclusión a la que había que llegar era que la cesión de la que no se había tomado razón en el Registro era válida, pero no producía determinados efectos.

La doctrina no ha mantenido una postura uniforme en cuanto a la eficacia del contrato de cesión que no está inscrito, pudiéndose distinguir dos posturas opuestas: para unos autores la inscripción solamente es necesaria para que la cesión produzca efectos frente a terceros, para otros, se trata de un requisito necesario para la efectiva transmisión del derecho real de hipoteca del cedente al cesionario, de manera que sin inscripción el cesionario no adquirirá la titularidad de la hipoteca. Ello implica considerar la inscripción como declarativa en el primer caso y como constitutiva en el segundo.

Para la mayor parte de los autores, la inscripción es declarativa, ya que solo es necesaria para que la cesión produzca efectos frente a terceros (26). A esta conclusión se llegaba a través de los artículos 1526.2 del Código Civil, que claramente establece la inoponibilidad de la cesión frente a terceros en tanto no se encuentre inscrita y el artículo 1528 del Código Civil, que confirma el valor declarativo de la inscripción, ya que en virtud de la accesoriedad de la hipoteca, esta la adquiere el cesionario aun antes del otorgamiento de la escritura y de la inscripción registral por la simple perfección del contrato. A lo que se añade que por el hecho de que la inscripción en la constitución del derecho real de hipoteca sea constitutiva, no significa que para la inscripción de la cesión deba predicarse el mismo carácter.

Frente a la tesis que propugna el valor de la inscripción de la cesión como declarativa, se encuentra la posición de algunos autores que ya antes de la reforma del artículo 149 de la LH atribuían a dicha inscripción carácter constitutivo. El fundamento de esta afirmación se encuentra en que este es el valor que legalmente tiene el nacimiento del derecho real de hipoteca (art. 145 de la LH y 1875 del CC). Con este planteamiento, se considera que la transmisión del crédito hipotecario no se produce mientras no se lleve a cabo a inscripción de la cesión en el Registro, es decir, que hasta ese momento, el cesionario será titular solamente del crédito, ya que este se transmite por el simple acuerdo de voluntades, pero no tendrá la consideración de titular de la garantía hipotecaria. Sin embargo esta postura no tiene refrendo jurisprudencial, ya que el TS no se ha pronunciado en ninguna ocasión en este sentido.

Con la reforma del artículo 149.1 de la LH por Ley 41/2007 se da a la inscripción carácter constitutivo, entendiéndose no que el contrato de cesión es nulo si no se inscribe, sino que por el contrario es válido, produciéndose la transmisión del crédito al cesionario desde el momento de la perfección del contrato. Ahora bien, la transmisión del derecho real de cedente a cesionario no se producirá sin el cumplimiento de ese requisito. Por lo tanto, la transmisión de la hipoteca será consecuencia de la inscripción y no del contrato de cesión.

B) *Quiénes son los terceros a quienes no perjudica la cesión no inscrita*

En este punto no existe uniformidad de criterio por parte de la doctrina, unos consideran que el tercero del párrafo segundo del artículo 1526 del Código Civil es el tercero civil, mientras que otros defienden que dicho tercero es el tercero hipotecario.

(26) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Como ha establecido reiteradamente el TS: la omisión de los requisitos de forma establecidos en el artículo 149 de la LH no da lugar a su nulidad, como ya declaró una antigua sentencia de 11 de mayo de 1905, reiterada en la de 29 de junio de 1989, expresiva de que el ordenamiento jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación de que la inscripción es meramente declarativa y por tanto solo robustece el título inscrito frente a terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios, como lo está poniendo de manifiesto el párrafo 3.º del artículo 149 cuando previene que el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente (STS de 23 de noviembre de 1993)», en *Derechos Reales y Derecho Hipotecario. Principios de Derecho Civil V*, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 106.

Dentro de la primera postura, MADRIDEJOS SARASOLA (27) y GUILARTE (28) consideran que se trata del deudor del crédito cedido, mientras que GAYOSO entiende que son terceros cualesquiera interesados que no hayan intervenido en el negocio de cesión.

En mi opinión y siguiendo el criterio de la doctrina mayoritaria (29), el tercero al que se refiere el artículo 1526.2 del Código Civil es el tercero hipotecario, es decir, el tercer adquirente protegido por la fe pública registral, de manera que si reúne los requisitos de buena fe, adquisición a título oneroso de una persona que en el Registro aparece con facultades para transmitirlo, e inscribe quedará inmunizado contra la resolución del derecho de su transmitente, siendo su adquisición definitiva. No puede considerarse aquí como tercero al del artículo 32 de la LH, ya que la posibilidad de tercero inmatriculante no se plantea.

Siguiendo esta línea, ROCA SASTRE considera que se refiere al tercero hipotecario, incluyendo en este concepto a los cesionarios del crédito hipotecario distintos del que como cesionario haya intervenido en el acto de cesión especialmente contemplado.

C) *Constancia registral de la inscripción*

El artículo 244 del RH señala que: «La cesión del crédito hipotecario se consignará en el Registro por medio de una nueva inscripción a favor del cesionario, excepto en los casos a que se refiere el artículo 150 de la LH». En esta inscripción deberá hacerse constar la notificación de la cesión del crédito al deudor y si el documento que acredite que aquella se ha hecho se presenta en el Registro después de haberse realizado la inscripción, se extenderá la correspondiente nota marginal (art. 243 del RH). Esta constatación en el Registro de la notificación de la cesión es importante a los efectos de lo dispuesto en el artículo 176 del RH, conforme al cual si en el Registro no consta que se ha notificado la cesión al deudor, si este pagara al cedente, se podrá cancelar la hipoteca con el documento que acredite dicho pago, sin perjuicio de la responsabilidad del cedente (art. 151 de la LH).

VII. REQUISITOS PARA QUE LA CESIÓN SURTA EFECTOS FRENTE AL DEUDOR: LA NOTIFICACIÓN DE LA CESIÓN

1. VALOR DE LA NOTIFICACIÓN AL DEUDOR DE LA CESIÓN

Toda cesión de créditos lleva consigo el problema de que al realizarse entre el acreedor y un tercero obliga, por razones de seguridad jurídica, a procurar que el deudor sepa a ciencia cierta quién es en el momento del pago, el verdadero acreedor, con la finalidad de tener que evitar pagos dobles y para tener la

(27) MADRIDEJOS SARASOLA, «La cesión de créditos», en *RDN*, 1961, pág. 395.

(28) GUILARTE ZAPATERO, «Comentario al artículo 1878», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXIII, Jaén, 1980, pág. 509.

(29) ROCA SASTRE considera que se refiere al tercero hipotecario, incluyendo en este concepto a los cesionarios del crédito hipotecario distintos del que, como cesionario, haya intervenido en el negocio de cesión, en *Derecho Hipotecario*, t. X, cit., pág. 81.

convicción plena de que el pago hecho a la persona que esté legitimada para recibirlo supone su liberación.

La anterior redacción del artículo 149.1 de la LH establecía, como requisito para la cesión del crédito hipotecario, que de la misma se diera conocimiento al deudor, pero su incumplimiento no afectaba a la validez ni a la eficacia de la cesión, sino que solamente se consideraba necesario para que la cesión fuera oponible al deudor. Este requisito ya no se contempla en la nueva redacción, pero dicha circunstancia no tiene mayor importancia ya que como hemos visto, la transmisión del crédito se produce por la mera perfección del contrato, y respecto del derecho real de hipoteca por su inscripción en el Registro, por lo que el conocimiento o no por el deudor de la cesión no repercute en la existencia de la cesión (30). Ahora bien, entiendo que al ser un requisito necesario para la oponibilidad de la cesión al deudor, esta debe ponerse en su conocimiento para que el deudor sepa en todo momento quién es su acreedor.

Con esta argumentación, no comparto la interpretación que se hace de la supresión del requisito de la notificación en base a que el artículo 149.1 de la LH ha pretendido poner fin a la distinción entre los efectos de la cesión respecto de los terceros y respecto del deudor cedido, de modo que la inscripción sustituiría a todos los efectos, el requisito de la notificación y por lo tanto, dicha inscripción surtiría efectos absolutos frente a todos, incluso al deudor (31).

La notificación es un medio de vincular al deudor con el nuevo acreedor o cesionario, operando como un instrumento técnico que solo tiene por objeto poner en conocimiento del deudor, de forma auténtica la existencia de un nuevo acreedor, con el que debe entenderse en lo sucesivo, pero no afecta a la validez de la cesión. Así el artículo 151 de la LH establece: «Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de dicha falta», es decir, se perpetúa la responsabilidad del cedente, pero no se pone en duda la eficacia de la cesión realizada.

La DGRN, en Resoluciones de 17 y 18 de octubre de 2000, ha señalado que la notificación al deudor no es un requisito para la validez de la cesión, ni por tanto puede estimarse como presupuesto necesariamente previo a la inscripción; únicamente determina el mayor o menor alcance de la cesión frente al deudor, y así lo evidencian no solo los artículos 1198 y 1527 del Código Civil, sino también el propio artículo 151 de la LH, que presupone la inscripción de la cesión sin previa notificación y contempla su ausencia únicamente a los efectos de atribuir la responsabilidad inherente a tal omisión.

(30) Siguiendo la tesis de JORDANO FRAGA, con la reforma del artículo 149.1 de la LH por la Ley 41/2007, se distingue entre la cesión del elemento «crédito» y la cesión de la titularidad del elemento «hipoteca», estableciendo requisitos distintos para una y otra y rompiendo, en cierta medida, la unidad del crédito hipotecario, de modo que a cada cesión se le aplica la ley de tráfico correspondiente a cada derecho, en «Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 653, págs. 1275 y sigs.

(31) RODRÍGUEZ BOIX, F., «La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre» en *www.notariosyregistradores.com*

2. EXCEPCIONES A LA NOTIFICACIÓN

Se prevén dos supuestos en el artículo 242 del RH: que el deudor hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviera en el caso del artículo 150 de la LH:

- A) Si el deudor ha renunciado en escritura pública a su derecho a ser notificado, se compromete a satisfacer el crédito al que resulte ser verdadero acreedor en el momento del pago. Esto le impone la necesidad de averiguar si reúne esta cualidad la persona que le exija o a quien se proponga efectuar el pago, si bien esta averiguación no debe ir más allá, como señala ÁVILA, de lo que publica el Registro de manera que el pago a quien figure en el Registro como titular del crédito hipotecario, faculta al deudor a exigir la cancelación con el documento que acredite dicho pago conforme al artículo 176 del RH.

Esta renuncia del derecho a ser notificado debe hacerse en escritura pública (puede ser la propia de constitución de la hipoteca) y tal renuncia debe inscribirse en el Registro de la Propiedad para enervar los efectos cancelatorios del artículo 176 del RH, conforme al cual la cancelación de la hipoteca por un erróneo pago del deudor al cedente del crédito solo procede «cuando no constare que se ha dado conocimiento al deudor de la cesión», de donde se deriva que también es lógico entender que procede cuando conste en el Registro la renuncia a la notificación.

- B) Cesión de créditos endosables o al portador garantizados con hipoteca. El artículo 150 de la LH dice: «Cuando la hipoteca se hubiera constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación o con el título sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro de la Propiedad».

La justificación de la excepción estriba en que tal notificación al deudor perturbaría la negociación de los títulos, dado que nos encontramos ante valores esencialmente negociables nacidos para circular. No se exige la notificación porque desde el momento de la constitución de la hipoteca, el deudor queda vinculado a favor de los tenedores presentes y futuros del título. En estos casos la cesión del crédito hipotecario se produce por la simple *traditio* del documento o por el cumplimiento de la cláusula de endoso, según la clase de título valor a que esté incorporado el crédito hipotecario. Junto a estas excepciones a la regla de la notificación, la jurisprudencia del TS (32) ha reconocido que el deudor queda vinculado frente al cesionario, cuando tuvo conocimiento de la cesión, aunque no se hubiera efectuado formalmente la notificación. Ello supone que la demostración del conocimiento de la cesión puede sustituir a la notificación.

3. FORMAS DE PRACTICAR LA NOTIFICACIÓN

La notificación ha de hacerse por los medios establecidos en el artículo 222 del RH. Estos medios son los mismos que los empleados para realizar los requisitos de pago en el procedimiento ejecutivo ordinario cuando se persigan bienes

(32) STS de 15 de abril de 1954 y de 15 de enero de 1949.

hipotecados, siendo estos medios distintos según sea conocido el domicilio del deudor o no:

- a) Si el domicilio del deudor es conocido, la notificación se hará judicialmente conforme a la LEC, o por medio de Notario, quien observará las mismas formalidades en cuanto quepan dentro de su competencia y sean compatibles con su ministerio.
- b) Si el domicilio del deudor no es conocido o no se sabe cuál es su paradero, la notificación se hará al administrador si lo hubiere. En caso contrario, si la finca hipotecada es rústica, se notificará al poseedor de hecho de la misma y, si fuera urbana, al portero o alguno de los inquilinos. Si no se encontrase a ninguna de estas personas, se da por realizada la notificación. En la notificación se indicará, no solo que se ha llevado a cabo la cesión, sino también, como medida para una actuación segura del deudor, quién es el nuevo acreedor del crédito, de tal forma que se destruya la apariencia de titularidad del cedente, pues si aun siendo el deudor notificado, no se le señala a quién debe dirigirse para realizar el pago quedará liberado si paga al cedente y podrá solicitar la cancelación de la hipoteca con la carta de pago que este le otorgue.

4. INSCRIPCIÓN DE LA NOTIFICACIÓN DE LA CESIÓN

Según el artículo 243 del RH: «La notificación de la cesión del crédito hipotecario al deudor o la omisión de este requisito en el supuesto del artículo 151 de la LH se hará constar en la inscripción y si el documento que acredita haberse hecho aquella se presentare en el Registro después de verificada la inscripción, se extenderá la correspondiente nota marginal».

De este precepto se desprende la posibilidad de inscribir en el Registro la escritura de cesión aun cuando no se haya cumplido el requisito de la notificación. Por tanto, podemos distinguir dos supuestos:

1. Que se haya inscrito la cesión pero no conste en el Registro la notificación al deudor; de conformidad con el artículo 1527 del Código Civil, si el deudor paga al cedente queda liberado y por ello dispone el artículo 176 del RH que: «La inscripción de la cesión del crédito hipotecario, cuando no constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor y esta pagara al cedente, podrá cancelarse con el documento que acredite dicho pago sin perjuicio de las responsabilidades a que se refiere el artículo 151 de la LH». La doctrina critica la dicción de este artículo señalando que constituye una excepción al principio de fe pública registral, pues traslada toda la publicidad del asiento registral al requisito de la notificación. De ahí que el cesionario para quedar plenamente protegido por el artículo 34 debe además de tener el carácter de tercero, cumplir el requisito añadido de la notificación de la cesión al deudor; ya que en caso contrario quedaría expuesto a perder su adquisición ya que su inscripción puede ser cancelada y recibir tan solo la indemnización a que se refiere el artículo 151 de la LH.
2. Que se haya inscrito la cesión y conste en el Registro la notificación, en este caso el pago del deudor solo será válido si se realiza al cesionario; si paga al cedente no queda liberado sin que pueda imputarse el pago a cuenta del crédito hipotecario ni tener fuerza cancelatoria.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, T. III, 9.^a ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2002.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.: *Derecho Privado europeo y modernización del Derecho Contractual en España*, coordinado por M.^a Luisa PALAZÓN GARRIDO y M.^a del Mar MÉNDEZ SERRANO, Atelier, Barcelona, 2011.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «La cesión de los créditos hipotecarios», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coordinado por CABANILLAS, t. III, Derecho Civil. Derechos Reales. Derecho de Familia, Madrid, 2003, págs. 3447 a 3471.
- ANDERSON, M.: *La cesión de créditos hipotecarios (Requisitos para la transmisión-adquisición)*, ed. Cedecs, Barcelona, 1999.
- «La notificación al deudor en la cesión de créditos hipotecarios», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, Tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 1253 a 1286.
- ÁVILA NAVARRO, P.: *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.
- BOSCH CAPDEVILLA, E.: *Derecho Contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2009.
- CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Estudios de Derecho Hipotecario*, 4.^a ed., T. II., ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CORDERO LOBATO, E.: «Comentario al artículo 1878», en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ed. Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 2099 a 2100.
- *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Madrid, 1997.
- DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 5.^a ed., ed. Civitas, Madrid, 1996.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario a los artículos 1526 y 1527 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, directores: Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, T. XIX, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1991, págs. 693 a 706.
- *Estudios sobre el proyecto del Código europeo de contratos de la Academia de Pavia*, Reus, Madrid, 2010.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: *La cesión de créditos: Sistema español de cesión de créditos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GÓMEZ GÁLIGO, J.: *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid, 1992.
- «La extinción del crédito hipotecario», en *Extinción de las obligaciones*, dirigido por FERRÁNDIZ GABRIEL, Madrid, 1996, págs. 177 a 310.
- «La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 691, 2005, págs. 1633 y sigs.
- «Principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 150, 2008, págs. 2171 a 2193.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: *El asiento de cancelación negocial del crédito hipotecario*, Madrid, 2000.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.: «Sobre la cesión de créditos hipotecarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 694, 2006, págs. 443 a 513.
- JORDANO FRAGA, F.: «Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesorio en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, 1999, págs. 1275 a 1334.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho Civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a ed., Madrid, 2003.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, T. V, 7.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2009.
- MANRIQUE PLAZA, J.: «La hipoteca: constitución y cesión», en *Hacia un nuevo mercado hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Academia Sevillana del Notariado, Madrid, 2008, págs. 141 a 164.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. F.: «Cesión de créditos», en *Código europeo de contratos: comentarios en homenaje al profesor don José Luis de los Mozos y de los Mozos*, coordinado por VATTIER FUENZALIDA, t. II, ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- ORDUÑA MORENO, F. J.: *La protección patrimonial del crédito. La insolvencia: concepto, régimen jurídico y tratamiento jurisprudencial*, Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F.: «Cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1988, vol. 41, núm. 4, págs. 1033 a 1132.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- REPRESA POLO, P.: *La cesión de créditos: Eficacia entre las partes y respecto a terceros*, Edisofer, Madrid, 2011.
- RODRÍGUEZ BOIX, F.: «La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre» en www.notariosyregistradores.com

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 11 de mayo de 1905.
 STS de 10 de mayo de 1947.
 STS de 15 de enero de 1949.
 STS de 15 de abril de 1954.
 STS de 24 de mayo de 1980.
 STS de 12 de marzo de 1985.
 STS de 29 de junio de 1989.
 STS de 23 de noviembre de 1993.
 STS de 12 de marzo de 1985.
 STS de 25 de febrero de 2003.
 STS de 10 de marzo de 2004.
 RDGRN de 5 de abril de 1892.
 RDGRN de 5 de julio de 1992.
 RDGRN de 4 de noviembre de 1968.
 RDGRN de 19 de julio de 1973.
 RDGRN de 18 de enero de 1979.
 RDGRN de 23 de diciembre de 1987.
 RDGRN de 3 de octubre de 1991.

RDGRN de 17 de agosto de 1993.
RDGRN de 17 de enero de 1994.
RDGRN de 17 de octubre de 2000.
RDGRN de 10 de julio de 2001.
RDGRN de 30 de abril de 2002.
RDGRN de 3 de septiembre de 2005.
RDGRN de 1 de junio de 2006.
RDGRN de 26 de septiembre de 2006.

RESUMEN

CESIÓN DE CRÉDITO HIPOTECARIO REQUISITOS Y EFECTOS

La cesión de créditos es la operación por la que se transmite el derecho de crédito de una persona a otra, permaneciendo la misma obligación, cuando se trata de la cesión de créditos con garantía hipotecaria esta, aun siendo accesorio, incide en gran manera en la misma. Dicha accesoriedad debe ser entendida como una accesoriedad funcional, es decir, que entre el crédito y la hipoteca existe una vinculación basada en la finalidad de garantía del derecho de hipoteca.

Para que tenga lugar la cesión de créditos hipotecarios se necesita la concurrencia de una serie de requisitos personales, reales y formales que son objeto de estudio en nuestro trabajo. El artículo 149.1 de la LH ha sido modificado por la Ley 41/2007, estableciendo un régimen diferente para el crédito garantizado y para la hipoteca, rigiéndose cada uno de ellos por su propia ley de tráfico en cuanto a su cesión. Así, para la transmisión del crédito garantizado se remite a lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil y en cuanto a la hipoteca enumera los requisitos necesarios para que el cesionario adquiera la titularidad de este derecho real: escritura pública e inscripción registral. El precepto mencionado no hace referencia a la notificación de la cesión al deudor, pero entiendo que sigue siendo requisito necesario para la oponibilidad de la cesión al deudor.

ABSTRACT

ASSIGNMENT OF MORTGAGE DEBT REQUIREMENTS AND EFFECTS

Debt assignment is the operation whereby the right to collect a debt from some person is transferred, while the obligation remains the same. When the debt assigned is one secured by a mortgage, the mortgage security remains accessory to the central event, yet it still has a heavy influence on the assignment. The accessory nature of the mortgage security must be regarded as functional; i.e., between the debt and the mortgage there is a link based on the fact that the purpose of the mortgage right is to secure the debt.

In order for a mortgage debt assignment to take place, a series of personal, real and formal requirements must all be present. These requirements are examined in this paper. Article 149.1 of the Mortgage Act was amended by Act 41/2007 establishing different procedures for the secured debt and for the mortgage; each of these is governed by its own law of trade when assignment is concerned. So, for the transfer of a secured debt, the act refers us to article 1526 of the Civil Code; and as regards the securing mortgage, the act lists the requirements necessary in order for the assignee to acquire title to the real right of mortgage: notarial deed and registration. The law does not contain any references to the delivery of notification of the assignment to the debtor, but this author feels that notification is still a necessary requirement in order to afford the debtor the possibility of objecting.

1.6. Responsabilidad civil

NOVEDADES EN MATERIA DE ASUNCIÓN ESTATAL DE RESPONSABILIDAD Y TRANSMISIÓN DE ACCIONES CIVILES POR TERRORISMO: EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL RESARCIMIENTO, SEGÚN LA LEY 29/2011, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ
*Profesora Contratada Doctora
del Departamento de Derecho Civil de la UNED*

SUMARIO: I. INDEMNIZACIONES POR ACTOS TERRORISTAS *VERSUS* RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: SU DISTINTO FUNDAMENTO Y NATURALEZA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y ÁMBITO OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1984 Y DE 3 DE JUNIO DE 1985: LA ASUNCIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE LOS ACTOS TERRORISTAS SOBRE LAS PERSONAS Y LA EXCLUSIÓN DE DAÑOS MATERIALES. 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1985 (SALA 3.^a): LA FUNCIÓN DE VIGILANCIA Y POLICÍA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS NO IMPLICA LA RESPONSABILIZACIÓN DEL ESTADO POR OTROS TIPOS DE DELITOS Y CONDUCTAS DELICTIVAS. 3. LA NECESARIA CONCURRENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL EVENTO DAÑOSO Y LA ACTUACIÓN U OMISIÓN DEL AGENTE CAUSANTE: EL SEQUESTRO REALIZADO POR UN PRESO FUGADO DE LA CÁRCEL NO HACE RESPONSABLE A LA ADMINISTRACIÓN, SEGÚN LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, DE 23 DE JULIO DE 2002. 4. OTROS FUNDAMENTOS LEGALES Y LA NO PROSPERABILIDAD DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS PROVOCADOS POR ACTOS INCLUIDOS EN LA EJECUCIÓN DE LA LO 9/1984, DE 26 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS CONTRA LA ACTUACIÓN DE BANDAS ARMADAS Y ELEMENTOS TERRORISTAS. 5. DESTINATARIOS Y BENEFICIARIOS DEL ORDENAMIENTO EN MATERIA DE SOLIDARIDAD CON LAS VÍCTIMAS: LA DEFINICIÓN LEGAL DE LA ACCIÓN TERRORISTA Y LA APLICABILIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA MUERTE DE UNA PERSONA A RESULTAS DEL ENFRENTAMIENTO DE LAS FUERZAS DEL ORDEN Y UNOS DELINCUENTES. 6. PRESUPUESTOS NECESARIOS DEL DERECHO A LA REPARACIÓN: DAÑOS FÍSICOS O PSÍQUICOS CAUSADOS POR LA COMISIÓN DE ALGUNO DE LOS DELITOS COMPRENDIDOS EN EL ÁMBITO DE LA LEY Y DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN SENTENCIA FIRME. 7. DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL INCENDIO DEL HOTEL CORONA DE ARAGÓN EN ZARAGOZA: LA SOLIDARIDAD DE LAS VÍCTIMAS Y SU INCLUSIÓN EN EL ÁMBITO PROTECTOR DE LAS NORMAS ES UNA DECISIÓN DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO. 8. LA FINALIDAD ASISTENCIAL DE LA NORMATIVA PROTECTORA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO Y A LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LOS DAMNIFICADOS AL RESARCIMIENTO: LOS ACTOS DE TERRORISMO INDIVIDUAL.—III. LOS TITULARES DE LOS DERECHOS Y PRESTACIONES DE LA NUEVA LEY 29/2011, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO Y EL ABONO EXTRAORDINARIO POR PARTE DEL ESTADO DE LAS INDEMNIZACIONES.—IV. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS: EL PROTOCOLO DE COLABORACIÓN PARA LA TUTELA, ATENCIÓN Y AYUDA A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO Y EL

FUTURO ESTATUTO EUROPEO DE LAS VÍCTIMAS.—IV. REFLEXIONES
FINALES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.

I. INDEMNIZACIONES POR ACTOS TERRORISTAS *VERSUS* RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: SU DISTINTO FUNDAMENTO Y NATURALEZA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y ÁMBITO OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1984 Y DE 3 DE JUNIO DE 1985: LA ASUNCIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE LOS ACTOS TERRORISTAS SOBRE LAS PERSONAS Y LA EXCLUSIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES

Como elemento caracterizador previo, conviene tener presente los argumentos y fundamentos recogidos en dos sentencias del Tribunal Supremo, ambas dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, por cuanto delimitan conceptualmente la asunción indemnizatoria de los perjuicios causados por actos terroristas, frente a la responsabilidad patrimonial del Estado.

Ambas resoluciones judiciales aplican, como no podía ser de otra manera, el ordenamiento jurídico por entonces vigente sobre el resarcimiento de los perjuicios de carácter personal sufridos por las víctimas del terrorismo: los perfiles de este abono extraordinario por parte del Estado han sido delineados con precisión en la normativa sucesiva, hasta la actual redacción del artículo veinte, transcrito más adelante. Pero con carácter previo al renovado sistema instaurado por la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección integral a las víctimas del terrorismo, vayamos a la doctrina jurisprudencial que contribuyó a fijar el distinto ámbito conceptual de las indemnizaciones por actos terroristas de las que procedan en virtud del funcionamiento normal o anormal de las Administraciones públicas.

La primera de las resoluciones que se trae a colación, es la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 1984 (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo) que ventila el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Ministerio del Interior desestimatoria de reposición de otra que, a su vez, denegaba la reclamación de indemnización por lesiones y daños con ocasión de actos de carácter político-social.

La sentencia estima parcialmente el recurso, revocando las resoluciones impugnadas en el particular referente a la denegación de la indemnización pedida por el actor con motivo de las lesiones sufridas; dicha indemnización es declarada procedente y se determina que la fijación del importe será verificado en trámite de ejecución. Desestimando el resto de las peticiones formuladas, confirma las resoluciones recurridas en cuanto deniegan la indemnización por los daños sufridos en los bienes del reclamante.

Son sus argumentos: «La interpretación razonable de mandato normativo (de acuerdo con la finalidad que se expresa en la Exposición de Motivos, delitos que alteran la seguridad ciudadana, rompen el clima de paz y convivencia ciudadana, etc.) enseña que *el Estado asume las consecuencias de las actividades delictivas de grupos terroristas para aminorar, en lo que cabe, las graves perturbaciones sociales que hechos de tal naturaleza ocasionan en la convivencia ciudadana pero no en todos los casos de daños o perjuicios por actos delictivos de esos grupos, sino tan solo de los que se considera más graves por afectar directamente a las*

personas, y ser estos los que producen alarma y quiebran la tranquilidad pública. En este sentido el precepto delimita claramente el ámbito de aplicación al decir que los daños indemnizables serán los que se causaren a las personas, y en este sentido tanto el Consejo de Estado al informar como la Administración al resolver no han dudado en entender que los supuestos contemplados se refieren a la persona como sujeto pasivo y los daños, por tanto, son o deben ser consecuencia de la agresión sufrida (muerte o lesiones). Si esto es así resulta indudable que la reclamación deducida por daños sufridos en vehículos de motor de su propiedad no son subsumibles en los supuestos de hecho que la norma contempla, dado que el precepto legal delimita el ámbito objetivo (qué tipo de daños son indemnizables por el Estado) de la responsabilidad, remitiendo en base de una remisión normativa singularizada la competencia al Gobierno para que determine el alcance y condiciones de dicha indemnización. Y aunque indudablemente la técnica empleada es bastante defectuosa, no hay duda de que la norma contiene una regulación sustantiva, limitándose la remisión a los temas de los requisitos o circunstancias a valorar, así como el alcance o importe de las indemnizaciones, por lo que no puede ignorarse la atribución que al Gobierno otorga, pero sin que esta pueda desnaturalizar el sentido que cabe deducir del mandato legal, ya que como es sabido el desarrollo debe comprender todo lo indispensable para asegurar una correcta aplicación, o lo que es lo mismo establecer las reglas precisas para la explicitación, aclaración o puesta en práctica de los preceptos de la ley, pero no introducir mandatos nuevos y menos restrictivos de los contenidos en el texto legal —argumento sentencias de 23 de junio de 1970, 1 de junio de 1973, etc., y sentencias del TC de 30 de noviembre de 1982—.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 1985 (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo) ventila la pretensión resarcitoria ejercitada por la sociedad editora de la Revista *El Pápus* contra el Estado, por los daños y perjuicios de naturaleza patrimonial causados a consecuencia de la explosión de un artefacto el día 20 de septiembre de 1977 en el edificio propiedad de la entidad accionante.

La resolución se funda, como la inmediatamente anterior, en el derecho aplicable en el momento de los hechos; sin embargo y con idénticos argumentos que la sentencia precedente, tiene la virtud de recapitular unas apreciaciones esenciales para la diferenciación de la responsabilidad patrimonial estatal y la subrogación de la Administración en las indemnizaciones que se puedan devengar en los supuestos de responsabilidad criminal por delitos de terrorismo.

Dice el segundo de sus considerandos: «la obligación asumida por el Estado de indemnizar, especialmente, los daños y perjuicios que se causen a las personas con ocasión de los delitos cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos tiene por finalidad aminorar, en lo que cabe, como ha puesto de relieve la sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 1984, las graves perturbaciones sociales que los hechos de esta naturaleza ocasionan en la vida ciudadana; pero no en todos los casos de daños y perjuicios por actos delictivos cometidos por las personas integradas en estos grupos, sino solo de aquellos que se consideran más graves por afectar directamente a la vida o a la integridad corporal de las víctimas y que como tales producen mayor alarma y quiebra de la tranquilidad pública; quíerece decir, por tanto, que el Estado, consciente de esta realidad social, y ante la imposibilidad económica de asumir todos los daños y perjuicios derivados de la actuación criminal de los grupos terroristas ha decidido hacer suyas, mediante una disposición legal con rango suficiente para vincular a la Hacienda Pública, las indemnizaciones por daños y

perjuicios causados a las personas físicas —la referencia a las personas sería en otro caso innecesaria— tanto en los casos de muerte como de lesiones, declarándolos especialmente indemnizables, *es decir, solo en estos casos particulares; se trata, por tanto, de extender a toda la comunidad nacional, por razones de solidaridad social, la indemnización debida a las víctimas de los actos terroristas por los daños y perjuicios corporales sufridos como consecuencia de los delitos cometidos por quienes integrados en grupos o bandas organizados y armados serían civilmente los únicos responsables* con arreglo al artículo 19 del Código Penal; y al propio tiempo el artículo 7 del Real Decreto-ley 3/1979 ha delegado en el Gobierno la potestad de determinar el alcance y condiciones de dicha indemnización pero no le ha autorizado obviamente para ampliar o reducir el ámbito objetivo de la misma por la sencilla razón de que una decisión en esta materia en virtud de una disposición reglamentaria se produciría *ultra vires* y sería, por tanto, ineficaz» (1).

En definitiva, no se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y en la redacción se pretende separar nítidamente el terrorismo de cualquier funcionamiento normal o anormal de las Administraciones Públicas. Para ello, sustenta el carácter legal de la asunción, por parte del Estado, de las indemnizaciones fijadas en virtud de la responsabilidad civil de los autores criminalmente responsables de los delitos en cuestión. En resumidas cuentas, la solidaridad y el reparto del riesgo social determina que el poder legislativo imponga la satisfacción económica de la víctima, a la vista de la recurrentemente alegada insolvencia de los condenados por estos delitos (2).

(1) Vid., también, la STS de 18 de febrero de 1991 (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo); 21 de mayo de 1987 (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo), por cuanto reproducen el argumento diferenciador: «No se trata, por tanto, de un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado, pues es obvio que los daños y perjuicios que se declaran especialmente indemnizables tienen su origen en hechos ajenos al funcionamiento de sus propios servicios, sino de una muestra de solidaridad de la sociedad con las víctimas del terrorismo». En particular, la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1987 (Sala 3.^a), trae causa de los hechos ocurridos «el día 24 de junio de 1981, el esposo de la recurrente fue gravemente herido en atentado terrorista perpetrado en la localidad de Tolosa, falleciendo el 28 de marzo de 1982 a consecuencia de las lesiones sufridas. El Ministerio del Interior, por Resolución de 13 de noviembre de 1981, concedió al expresado matrimonio una indemnización de 2.700.000 pesetas, designándose perceptora de la cantidad a la hoy recurrente, dada la situación en que se encontraba su esposo. Al fallecer este, en la fecha antes indicada, su viuda interesó la revisión del expediente instruido a fin de que se acomodara la indemnización a lo preceptuado en el Real Decreto 484/1982, siendo resuelta esta petición negativamente por entender el Ministro del Interior que la indemnización concedida era superior a la que correspondería a la solicitante por aplicación de los baremos de la Seguridad Social. Ni en la resolución que puso fin al expediente —de 22 de septiembre de 1982— ni en la posterior denegatoria del recurso de reposición —de 22 de noviembre de 1984—, ni en los informes del Director de la Seguridad del Estado y de la Asesoría Jurídica del Ministerio, ni en fin, en el dictamen del Consejo de Estado, se desvelan los razonamientos que conducen a la aseveración de que la indemnización concedida con anterioridad era ya superior a la que correspondería a la peticionaria por aplicación del artículo 3.º del Real Decreto 484/1982»; el recurso se estima al declararse procedente; vid., también, la STS de 15 de julio de 1985 (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo).

(2) Según un informe de la AVT que se remonta a 1998, únicamente once miembros de la banda terrorista ETA se habían visto obligados a pagar con parte de su sueldo o de sus propiedades las indemnizaciones; desde 1999 el Estado se había personado en más de 286 sumarios y había pagado más de 12 millones de euros en concepto de indemnizaciones (vid. ESCRIVÁ, «Sólo un miembro de ETA ha indemnizado a sus víctimas desde que el Estado adelanta el pago», *El Mundo*, 23 de octubre de 2005, pág. 20).

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1985 (SALA 3.^a): LA FUNCIÓN DE VIGILANCIA Y POLICÍA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS NO IMPLICA LA RESPONSABILIZACIÓN DEL ESTADO POR OTROS TIPOS DE DELITOS Y CONDUCTAS DELICTIVAS

Corresponde ahora ventilar los contenidos de una resolución del Tribunal Supremo que también en vía contencioso-administrativa, determina el alcance de dicha responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1985 (Sala 3.^a), versa sobre la impugnación por las entidades demandantes, la resolución del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, de fecha 9 de marzo de 1983, sobre el recurso de alzada interpuesto contra la denegación presunta por la Junta del Puerto de Pasajes, de reclamación de daños y perjuicios en cuantía de 25.378.859 francos franceses, equivalentes a unos 469.965.710 de pesetas. Fruto de las explosiones provocadas por el atentado terrorista, se produce el hundimiento del buque de bandera francesa Montlhery cuando estaba atracado a muelle en el citado puerto el día 24 de junio de 1979. El mencionado buque se dedicaba al transporte regular a Inglaterra de vehículos Ford construidos en España, y se deduce la acción indemnizatoria al amparo de lo previsto en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Son sus fundamentos: «Es cierto que el buque siniestrado se encontraba atracado a muelle y por tanto era usuario de un servicio público por el que se satisface la tasa comprendida en la tarifa correspondiente y que incumbe al órgano rector del puerto los servicios de vigilancia y policía del mismo, que realiza valiéndose de sus celadores, pero no obstante la Sala entiende que en el caso de autos no cabe imputar negligencia en la vigilancia generadora de responsabilidad consecuencia de aquel actuar, por las razones siguientes: a) porque la naturaleza del acto de terrorismo causante del siniestro con el empleo de unos medios de destrucción como los utilizados, por elementos especializados en la técnica de la agresión, parece que se ha de entender racionalmente, que excede de las normales funciones de policía administrativa, encaminadas a mantener el funcionamiento del puerto; b) porque el propio acto de ataque al buque parece realizado actuando bajo el agua mediante buceo para adosar las cargas al casco, puesto que el informe de los buceadores que lo reconocieron posteriormente sumergido y que obra en el documento 10 T del expediente, dice que: “nosotros encontramos dos agujeros (ver croquis) en el casco, en el lado de estribor, situados a 2,20 metros por debajo de la quilla de balance de estribor por la parte baja...”, es decir, que el acto de ataque en esa forma realizado, necesariamente escapa a la más atenta vigilancia normal exigible a los celadores encargados de la policía del recinto portuario; c) porque la asunción por la Administración de las responsabilidades indemnizatorias derivadas de actos de terrorismo, esto es, de terceros ajenos a su ámbito de actuación, solo lo han sido en parte y en virtud de disposición legal expresa, tales como el artículo 7.º del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, y el artículo 24 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, que lo recoge de él al derogarlo y declaran resarcibles a cargo del Estado los daños corporales causados como consecuencia o con ocasión de actividades delictivas comprendidas en tales preceptos y por consiguiente excluye los daños materiales; y d) porque lo indicado en el párrafo anterior con apoyo en los textos citados, ha de entenderse así, pues en otro caso el Estado resultaría civilmente responsable de las consecuencias dañosas de todo tipo de delitos, interpretación que sobre conducir a ese absurdo, contraviene lo dispuesto en el artículo 19 del Código Penal, en donde se declara que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente y el alcance de esta lo

señala el artículo 101 del propio Código al decir que comprende la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios».

En definitiva, no corresponde al Estado asumir las consecuencias de los atentados terroristas, por lo menos no fundándose en el régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

3. LA NECESARIA CONCURRENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL EVENTO DAÑOSO Y LA ACTUACIÓN U OMISIÓN DEL AGENTE CAUSANTE: EL SECUESTRO REALIZADO POR UN PRESO FUGADO DE LA CÁRCEL NO HACE RESPONSABLE A LA ADMINISTRACIÓN, SEGÚN LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, DE 23 DE JULIO DE 2002

Se recurre en las actuaciones la resolución presunta del Ministerio del Interior, de 5 de julio de 2001, desestimatoria de la reclamación patrimonial formulada por doña Pilar en nombre propio y de su esposo don Publio y de sus hijas derivada, dicha solicitud, de la desaparición de don Publio. Para ello se invoca un funcionamiento anormal de la Administración, en cuanto, entre otros extremos, el 31 de marzo de 1992 se fugó del Centro Penitenciario de Granada un miembro del grupo terrorista GRAPO, que tuvo un papel importante en el secuestro de aquel, y en que la operación policial desarrollada el día 3 de noviembre de 1995 para localizar al secuestrado fue apresurada y abortó un mejor seguimiento de los terroristas que pudieran haber facilitado la localización de don Publio.

La sentencia desestima la indemnización pretendida, toda vez que el Estado no soporta una especie de relación previa de causalidad con todo tipo de actuaciones delictivas y recuerda a los demandantes, que es la víctima a quien incumbe acreditar el nexo causal entre el funcionamiento de la Administración y el resultado dañoso.

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, «en la existencia de responsabilidad patrimonial, al amparo de los artículos 106.2 de la Constitución, 121 a 123 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, habida cuenta de los perjuicios sufridos por el indicado secuestro y desaparición, en relación de causalidad con acciones u omisiones de la Administración policial y penitenciaria. Se solicita una indemnización de 22.585.685,10 euros por diversos conceptos».

En este sentido, ha de ser acreditado el nexo causal y como ajustadamente ha sido destacado, «la víctima, solo deba, porque solo puede, acreditar el nexo causal existente entre la actuación delictiva y el daño sufrido por ella. Pensar, en cambio, en una previa relación de causalidad, en que la previa falta de diligencia del Poder Público ha posibilitado la actuación causante del daño, abocaría a una responsabilidad solidaria o, cuando menos, subsidiaria del Estado, que no es, ni debe de [sic] ser, lo que contemplan las normas sobre terrorismo. No hay coautoría ni participación alguna entre Estado y terrorista» (3).

(3) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «Españolidad (y dinero) para las víctimas extranjeras del 11-M», en *RDP*, 11, 2004, pág. 690.

4. OTROS FUNDAMENTOS LEGALES Y LA NO PROSPERABILIDAD DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS PROVOCADOS POR ACTOS INCLUIDOS EN LA EJECUCIÓN DE LA LO 9/1984, DE 26 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS CONTRA LA ACTUACIÓN DE BANDAS ARMADAS Y ELEMENTOS TERRORISTAS

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 1986 (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo), se desestiman las pretensiones resarcitorias de una Fundación que había sufrido daños reivindicados por Comandos Autónomos Anticapitalistas, toda vez que no están amparados ni por los fundamentos jurídicos alegados ni se integran en el resto del ordenamiento tuitivo.

Dice así la resolución: «No niega la Administración demandada la realidad de los daños sufridos por la Fundación actora ni la causa que los produjo, y no haciéndose tampoco objeto de debate la cuantía de ellos, solo hay que decidir sobre si el Estado debe responder, por vía de indemnización, de las consecuencias de aquellos, que es lo que constituye el objeto de la pretensión actora, quien cuida de advertir que no la ejercita al amparo de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, ni del Real Decreto-ley de 26 de enero de 1979, desarrollado por el Real Decreto de 5 de marzo de 1982, los que, en efecto, no son aquí la aplicación porque ni el resultado lesivo fue consecuencia de una actuación normal o anormal de la Administración ni consistió en la producción de un daño de estricto carácter corporal. Por el contrario, la pretensora invoca el número 3 del artículo 8 de la Ley Orgánica de 1 de diciembre de 1980, cuya aplicación justifica razonando, en síntesis, que, siendo la misma, a los efectos de esta, un auténtico tercero, los daños se le produjeron con motivo de la ejecución de las acciones a que citada Ley se refiere, por incluir, en su artículo 1, entre ellas, la de autos, por constitutiva de un indiscutible estrago, sin que, al efecto, la norma distinga el daño o perjuicio corporal del simplemente material, de donde deducía que la Administración estaba obligada a responder».

5. DESTINATARIOS Y BENEFICIARIOS DEL ORDENAMIENTO EN MATERIA DE SOLIDARIDAD CON LAS VÍCTIMAS: LA DEFINICIÓN LEGAL DE LA ACCIÓN TERRORISTA Y LA APLICABILIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA MUERTE DE UNA PERSONA A RESULTAS DEL ENFRENTAMIENTO DE LAS FUERZAS DEL ORDEN Y UNOS DELINCUENTES

En este sentido, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en su sentencia de 21 de junio de 2002, desestima la solicitud de indemnización por el fallecimiento de la madre de los demandantes, muerte acaecida en Mondragón el 25 de noviembre de 1978, a consecuencia de un enfrentamiento armado con intercambio de disparos entre la Guardia Civil y un comando terrorista al que perseguían desde el cuartel de Arechaveleta. A la víctima le alcanzó uno de los disparos causándole la muerte, si bien, como advierte la sentencia, «la cuestión, partiendo de unos hechos reconocidos por ambas partes, es estrictamente jurídica, y se limita a determinar si el fallecimiento de la madre de los recurrentes, ocurrida a consecuencia de un disparo que se produjo en un enfrentamiento armado entre la Guardia Civil y un comando terrorista al que perseguían para su detención, constituye o no un acto de terrorismo conforme a la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas de terrorismo, y consecuentemente, si el Estado debe asumir el pago o no de la indemnización establecida en dicha Ley como víctima del terrorismo».

Desestima la pretensión, toda vez que los hechos no son susceptibles de ser integrados en la definición legal de actos de terrorismo. Lo hace en los siguientes términos: «es evidente que en nuestro caso, el fallecimiento de doña Emilia, no se produjo como consecuencia de un hecho perpetrado por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana, sino que su muerte tuvo lugar al alcanzarle una bala —sin que se haya podido determinar de qué bando procedía— en un cruce de disparos entre la Guardia Civil y un comando terrorista, en el que también resultaron muertos dos miembros de este grupo armado. Es decir, no fue una acción directa del comando terrorista contra la víctima, supuesto que sí estaría integrado en el concepto de acto terrorista, sino un enfrentamiento de las fuerzas del orden contra un grupo de delincuentes, de la que se derivó el resultado luctuoso de autos. *El daño o perjuicio sufrido por la víctima, que no tenía el deber jurídico de soportar, fue en su día resarcido por la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pero en cuanto a la aplicación al caso de la legislación de solidaridad con las víctimas del terrorismo, no puede establecerse una relación causal eficiente entre el fallecimiento de la señora y un hecho perpetrado por banda armada con el fin de alterar la convivencia y la paz ciudadana o con ocasión del mismo.* Por ello, su fallecimiento, doloroso, lamentable e infortunado, no puede reputarse, acto de terrorismo, aunque, como se ha dicho, su resarcimiento ha podido obtenerse mediante otro título jurídico distinto» (4).

6. PRESUPUESTOS NECESARIOS DEL DERECHO A LA REPARACIÓN: DAÑOS FÍSICOS O PSÍQUICOS CAUSADOS POR LA COMISIÓN DE ALGUNO DE LOS DELITOS COMPRENDIDOS EN EL ÁMBITO DE LA LEY Y DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN SENTENCIA FIRME

En cuanto a la sistematización de los requisitos exigibles para ser considerado como víctima del terrorismo y plenamente aplicable el ordenamiento jurídico de solidaridad con dichos beneficiarios, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), en su sentencia de 18 de noviembre de 2004, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto, dada la ausencia del presupuesto necesario que origine el derecho a la reparación pretendida.

(4) Por su parte, la renovada Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo, ha aprobado ciertas novedades reseñables y, por cuanto atañe a la concreción de los destinatarios, amplía el círculo de personas de beneficiarios, al incluir a las personas que hayan sufrido acción terrorista tanto si los responsables están en organizaciones criminales como si no, con ciertas cautelas en este último supuesto. Los requisitos legales ahora se dirigen a la acreditación de la finalidad de la acción, al margen de que el autor forme parte de la estructura y organización de una banda terrorista. Así, el tenor literal de su artículo tercero prevé sobre los *destinatarios* lo siguiente: «La presente Ley será de aplicación a quienes sufran la acción terrorista, definida esta como la llevada a cabo por personas integradas en organizaciones o grupos criminales que tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Será aplicable igualmente, a las víctimas de los actos dirigidos a alcanzar los fines señalados en el párrafo precedente aun cuando sus responsables no sean personas integradas en dichas organizaciones o grupos criminales». Por tanto, pese al engrosamiento y desarrollo de la definición técnica de la acción terrorista y la eliminación de la exigencia de la pertenencia material a una banda, resulta dudoso que los hechos ventilados en el recurso contencioso-administrativo de la recién citada sentencia de la Audiencia Nacional, fuesen susceptibles de ser integrados en el marco protector de la nueva Ley por idénticos argumentos jurídicos.

En particular, el recurrente en su defensa «refiere los hechos ocurridos en Vitoria, que culminaron el 3 de marzo de 1976 con huelga general y asamblea de trabajadores en la iglesia de San Francisco, así como la actuación de las fuerzas de orden público que irrumpieron en la iglesia, produciendo la muerte de tres personas el mismo día y una cuarta (hospitalizada) días después, así como una gran cantidad de heridos. Los hechos fueron denunciados ante los tribunales ordinarios que se inhibieron a favor de los militares que archivaron las diligencias».

Sin embargo y por lo que se refiere al fondo de la cuestión, ha de tenerse «en cuenta que la Ley 32/99, de 8 de octubre, tras señalar en su Exposición de Motivos que la misma constituye una expresión de reconocimiento y solidaridad en orden a ofrecer a las víctimas del terrorismo la manifestación de profundo homenaje, precisa que no pretende mejorar o perfeccionar las ayudas o prestaciones otorgadas al amparo de la legislación vigente, sino hacer efectivo el derecho de los damnificados a ser resarcidos o indemnizados en concepto de responsabilidad civil, subrogándose el Estado frente a los obligados al pago de aquellas, extendiendo la protección a las víctimas del terrorismo, tanto si las mismas tuvieran reconocido su derecho en virtud de sentencia firme como en aquellos supuestos en los que no concurriera tal circunstancia; ya en su articulado comienza por señalar en el artículo 1 su objeto, que no es otro que asumir el pago de las indemnizaciones a quienes han sufrido actos terroristas que les son debidas por los autores y demás responsables de tales actos, añadiendo en el artículo 2, como ámbito de aplicación, que las víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana tendrán derecho a ser resarcidos por el Estado, que asumirá con carácter extraordinario el abono de las correspondientes indemnizaciones, en concepto de responsabilidad civil y de acuerdo con las previsiones de esta Ley, estableciendo como beneficiarios en su artículo 3 a las víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana. Concluyendo el artículo 5 con la determinación de los requisitos para el reconocimiento de las indemnizaciones que son: sentencia firme reconociendo el derecho a indemnización por responsabilidad civil por hechos de los antes indicados; cuando, sin mediar sentencia, se hubieran llevado a cabo diligencias judiciales o incoado procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos. En semejantes términos se expresa el Reglamento aprobado por Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre. De los indicados preceptos y la Exposición de Motivos que se han relatado, se deduce que *el presupuesto necesario para que se origine el derecho a la reparación es que los perjuicios indemnizados tengan como causa hechos susceptibles de calificarse como terrorismo e integrar el correspondiente delito, pues así se señala expresamente en los indicados preceptos y se desprende del hecho de que la finalidad de la Ley, descrita en su Exposición de Motivos y su articulado, consiste en la subrogación del Estado en la responsabilidad civil derivada de tales delitos y no el establecimiento de nuevas indemnizaciones, ello con independencia de que sean cometidos por banda armada, elementos terroristas o personas que alteren gravemente la paz y seguridad ciudadanas, expresiones que no hacen sino integrar el concepto de terrorismo que se emplea en sentido de hecho delictivo y que, por lo tanto, ha de resultar de las previsiones del Código Penal que los define y califica*».

En definitiva, la subrogación del Estado en la responsabilidad civil de los delitos de terrorismo no daba lugar al nacimiento de una indemnización fundada en otro capítulo resarcitorio, destacándose el carácter extraordinario del abono y

apartándose de cualquier atisbo relacionado con la responsabilidad patrimonial ordinaria.

7. DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL INCENDIO DEL HOTEL CORONA DE ARAGÓN EN ZARAGOZA: LA SOLIDARIDAD DE LAS VÍCTIMAS Y SU INCLUSIÓN EN EL ÁMBITO PROTECTOR DE LAS NORMAS ES UNA DECISIÓN DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

El Dictamen del Consejo de Estado 977/2000, de 3 de marzo de 2000, se pronuncia favorablemente sobre la consulta formulada por el Ministerio del Interior y la posibilidad de incluir, en aplicación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, a los damnificados por el incendio en el Hotel Corona de Aragón el 12 de julio de 1979.

«En efecto, la consulta es un supuesto subsumible, en su caso, en la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, que no son propiamente indemnizaciones, sino ayudas que responden a un *principio o razón de solidaridad con las víctimas del terrorismo, Ley por cuya virtud el Estado asume una función protectora para con las víctimas, y no lo hace por razón de responsabilidad, sino de solidaridad, no en su acepción jurídica (derecho u obligación in solidum), sino como expresión del testimonio de honor y reconocimiento a quienes han sufrido actos de terrorismo y es en consideración a este testimonio por lo que asume el pago de indemnizaciones que les son debidas por los autores y responsables de tales actos*. Así se deduce claramente del preámbulo de la Ley 32/1999. Tal consulta, si bien se formula con ocasión de una pretensión deducida por la..., tiene un alcance general, pues el ministro consultante desea conocer el parecer del Consejo de Estado respecto a la posibilidad de incluir en el ámbito de la citada Ley 32/1999 a los damnificados por el incendio producido en el Hotel Corona de Aragón, de Zaragoza, el 12 de julio de 1979. La consulta es así, como se ha dicho, potestativa y no preceptiva, dados los términos del artículo 22.13 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, que se contrae a las reclamaciones en concepto de indemnización de daños y perjuicios, pero no obviamente a los supuestos asistenciales, como los que están en la base de la presente consulta».

Sigue el dictamen afirmando la diferenciación entre las indemnizaciones resultantes de la condena criminal por actos terroristas, de los casos en los que no concurre, como es el hecho controvertido, una condena de esta naturaleza.

Y declara lo siguiente: «La Ley 32/1999, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, dentro de la finalidad común enunciada en su propio título, *distingue dos supuestos nítidamente diferenciados*: Uno: Aquel en que existe una sentencia penal firme en que hayan sido reconocidas indemnizaciones a víctimas del terrorismo en concepto de responsabilidad civil por actuaciones terroristas o de personas integradas en grupos armados. Para tal supuesto, cuando los perjudicados no hayan sido efectivamente indemnizados a cargo del responsable penal o civil, el Estado asume el pago de las indemnizaciones declaradas en sentencia y se subroga, frente al responsable penal y civil, en la posición jurídica de la víctima. Se articula así una figura de subrogación en los términos que regula el artículo 8.º de la citada Ley. En tal supuesto, la sentencia penal condenatoria y declarativa de la responsabilidad se erige en título suficiente para reconocer el derecho de los dañados, en los términos regulados en el apartado a) del artículo 5.1 de la Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo».

El segundo supuesto será: «Cuando, por el contrario, no media sentencia, el apartado b) del mismo artículo citado requiere, como presupuesto necesario de

la prestación de solidaridad, que se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales o incoado los procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos. En tal hipótesis, si bien se requiere la previa instrucción penal, el precepto citado establece que «la condición de víctima o derechohabiente, la entidad de los daños sufridos, la naturaleza de los actos o hechos causantes y los demás requisitos legalmente exigidos, podrán acreditarse ante la Administración General del Estado por cualquier medio de prueba admisible en derecho».

Finalmente, en virtud de lo expuesto y pese a la ausencia de condena en vía penal el Consejo de Estado emite informe favorable, destacando los siguientes tres extremos: *a)* La finalidad asistencial y no de responsabilidad de la Ley 32/1999 de cuya aplicación se trata. En su virtud no son de exigir las circunstancias cuya concurrencia es imprescindible para actuar la responsabilidad del Estado, sino otras de apreciación más discrecional derivada de criterios no compensatorios sino de solidaridad; *b)* La existencia de indicios acreditados mediante la convergente consideración de las decisiones judiciales recaídas sobre la cuestión de que en la causación de los daños pudo intervenir una acción realizada con la finalidad de alterar la paz y seguridad ciudadanas, a que se refiere el artículo 2 de la Ley 32/1999 como supuesto delictivo distinto del estrictamente referido a los actos de terrorismo o perpetrados por bandas organizadas y armadas (cabe recordar las rigurosas doctrina y jurisprudencia que fijan este último concepto de «bandas organizadas y armadas»). Indicios insuficientes como prueba en un proceso penal pero adecuados para fundamentar una decisión administrativa como la prefigurada en la Ley; y, por último, *c)* La doctrina legal de este Consejo favorable al carácter asistencial de las indemnizaciones previstas en la normativa referente a ayuda de las víctimas de terrorismo, especialmente en la Ley 32/1999 y su procedencia en casos como el consultado, doctrina recogida en la nota de la Subsecretaría del Departamento de origen.

De modo que «puede estimarse la pretensión deducida por, para sí y sus hijos, en los términos previstos en el artículo 3 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, y su Reglamento de 17 de diciembre y en la cuantía que resulte de lo previsto para los casos de fallecimiento. Que el criterio a que se refiere el presente dictamen es extensivo a los damnificados por el incendio del Hotel Corona de Aragón, acaecido el 12 de julio de 1979».

8. LA FINALIDAD ASISTENCIAL DE LA NORMATIVA PROTECTORA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO Y A LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LOS DAMNIFICADOS AL RESARCIMIENTO: LOS ACTOS DE TERRORISMO INDIVIDUAL

Tanto la interpretación teleológica como la sistemática exigen traer a colación las modificaciones introducidas por el denominado Código Penal de la democracia en los tipos penales en cuestión. En este sentido, dichas modificaciones en la tipificación legal, conlleva que los presupuestos necesarios hayan de ser reconducidos a la protección de la víctima.

Exponente de las anteriores consideraciones, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso), de 8 de mayo de 2006, declara lo siguiente: «Para la resolución del presente recurso ha de partirse de la exposición de los siguientes antecedentes fácticos narrados por la ponente en los siguientes términos: *a)* El señor don Juan Pablo es funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, y como tal sufrió lesiones y daños graves en el transcurso de una manifestación celebrada el 14 de abril de 1977 en Madrid, en conmemoración del

aniversario de la proclamación de la República Española, al impactar contra el vehículo oficial en el que prestaba servicio un artefacto incendiario lanzado por varios agitadores no identificados, pero al parecer miembros del Frente Revolucionario Antifascista y Patriótico —FRAP—; b) En la causa seguida en su día por tales hechos en la Sección 1.^a de lo Penal de la Audiencia Nacional se dictó sentencia número 38 de fecha 25 de febrero de 1982 absolviendo al único procesado de los delitos de que venía siendo acusado. La citada sentencia, por otro lado, no determina que en la comisión del acto delictivo mediase una banda armada, ni pone de manifiesto un nexo causal entre los hechos constitutivos del tipo de delito de terrorismo y el resultado lesivo producido. Sin embargo sí reconoce que el actor sufrió por ello heridas de las que tardó en curar 420 días, habiéndole quedado deformidades por quemaduras».

La sentencia estima el recurso sobre la inclusión del recurrente entre los damnificados por actos terroristas, revisando como ya se ha dicho, el ordenamiento jurídico específico a la luz de los principios que sustentan la tutela de las víctimas, dado el común criterio inspirador que persigue favorecer a los perjudicados: «para ello hemos de partir que dicha Ley pretende —como dice en su Exposición de Motivos— ser una expresión de reconocimiento y solidaridad con las víctimas del terrorismo, no pretende mejorar o perfeccionar las ayudas o prestaciones otorgadas al amparo de la legislación vigente, sino hacer efectivo por razones de solidaridad el derecho a los damnificados a ser resarcidos o indemnizados en concepto de responsabilidad civil subrogándose el Estado frente a los obligados al pago de aquellas».

«Pues bien, de la aplicación de las normas anteriores a los hechos del presente recurso resulta que, aunque como dice el Abogado del Estado, no se puede determinar el origen y causa del arrojamiento del cóctel determinante de las lesiones, lo cierto es que se produjo en un contexto de extremada violencia, como puede deducirse de lo que se extrae del expediente, provocado por personas y organizaciones próximas al Frente Revolucionario Antifascista y Patriótico. Y aun cuando la Sala no desconoce que en nuestro ordenamiento el terrorismo requiere los dos elementos siguientes que señala la Administración en su Resolución de 24 de mayo de 2001, de una parte el estructural o de organización (conducta realizada por personas que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas permanentes para atentar contra la seguridad del sistema); y de otra, el teleológico (finalidad específica de subvertir el orden constitucional, la seguridad del Estado o el sistema democrático o alterar gravemente la paz pública), lo cierto y verdad es que el Código Penal de 1995 introdujo una importante novedad en su artículo 577, que permite sancionar los casos de ejercicio de violencia política no organizada, también denominados en la doctrina terrorismo individual, es decir, aquellos supuestos donde para ser calificado como terrorista no es preciso, como en el resto de previsiones típicas, pertenecer o estar integrado en una banda armada, organización o grupo terrorista, sino que es suficiente con cometer determinadas acciones delictivas (homicidios, lesiones, incendios, etc.) con miras no solo a subvertir el orden constitucional, sino también, y esto es lo decisivo a los efectos debatidos, a alterar gravemente la plaza pública (concepto jurídico indeterminado que la dogmática y la propia legislación aproximan al de seguridad ciudadana, vinculado a la protección de personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidad».

«En suma, el artículo 577 y ello con incluso mayor claridad desde la modificación operada por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, ha prescindido

del aludido elemento estructural o de pertenencia a una organización terrorista, sancionando «a los que sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualquier delito de incendios, estragos, daño de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560 o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones, o sustancias o aparatos explosivos inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes. A la luz de lo reseñado, conviene traer nuevamente a colación el texto del artículo 2.1 de la Ley 2/1999, en cuanto considera comprendidas en el ámbito protector de la Ley a las víctimas de actos de terrorismo, añadiendo las de hechos perpetrados por personas o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana, siendo esta última enunciación en la que pueden incardinarse los hechos reflejados someramente en el apartado 2.º de los razonamientos de la presente resolución, toda vez que el legislador la ha separado en una conjunción disyuntiva y no copulativa de la frase anterior, por lo que ha de inferirse que un acto individual o incluso grupal pero ajeno a una organización estable que altere gravemente la paz y seguridad ciudadana, puede dar lugar a la asociación de las normativas relativas a la solidaridad con las víctimas del terrorismo, como sería el caso, en el que una persona resulte herida en el curso de graves incidentes de cariz político, en los que se producen lanzamientos de cócteles molotov procedentes de individuos cuyo sesgo ideológico se desconoce en circunstancias de grave alteración de la paz pública».

Prosigue la sentencia recordando que «abona esta tesis la doctrina contenida en dictamen del Consejo de Estado, de 30 de marzo de 2000, obrante en la demanda de los presentes autos, y relativo a los damnificados por el incendio producido en el Hotel Corona de Aragón de Zaragoza, el día 1 de julio de 1979, y que ha dado lugar a las resoluciones favorables de la Administración (Informe del Subdirector General de Atención al Ciudadano y de Asistencia a las Víctimas del terrorismo de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, de 12 de diciembre de 2001) y que *mutatis mutandi* es predicable respecto del objeto ahora estudiado: La finalidad asistencial y no de responsabilidad de la Ley 32/1999 de cuya aplicación se trata. *En su virtud no son de exigir las circunstancias cuya concurrencia es imprescindible para actuar la responsabilidad del Estado sino otras de apreciación más discrecional derivada de criterios no compensatorios sino de solidaridad*».

III. LOS TITULARES DE LOS DERECHOS Y PRESTACIONES DE LA NUEVA LEY 29/2011, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO Y EL ABONO EXTRAORDINARIO POR PARTE DEL ESTADO DE LAS INDEMNIZACIONES

Como se deduce de lo anticipado en las líneas anteriores, la nueva Ley refunde ayudas, prestaciones e indemnizaciones que se puedan devengar en favor de los

afectados por actos de terrorismo. En particular, su artículo cuarto, por lo que se refiere a los titulares de derechos y prestaciones, tiene la virtud de enmendar alguna de las deficiencias puestas de relieve por la mejor doctrina.

En aquel sentido, la normativa aplicable a estos supuestos era manifiestamente mejorable, así DÍAZ ALABART aseveraba que «no puede decirse que la solución adoptada en nuestro país sea la perfecta. Entre sus carencias más importantes se puede señalar el monto de las indemnizaciones previstas. En la mayor parte de las ocasiones estas resultan totalmente insuficientes si tomamos en cuenta la gravedad de los daños causados. A esa insuficiencia hay que añadir el que la exclusión de determinados sujetos de los hipotéticos beneficiarios de esas indemnizaciones carece frecuentemente de justificación suficiente. Así, con un criterio excesivamente restrictivo, para el que no se dan razones objetivas, se excluyen de los posibles beneficiarios del resarcimiento en caso de muerte, tanto a ascendientes como descendientes si no lo son en primer grado. En cambio, en algunos supuestos se incluyen entre los beneficiarios a los hermanos. En el mismo sentido, parece deseable incluir entre los posibles beneficiarios a la pareja de hecho de la víctima, y no solo en el supuesto que contempla el Real Decreto actualmente en vigor, de que tenga hijos comunes con el fallecido, y estos se encuentren bajo su guarda. Otra insuficiencia de la regulación vigente es que se excluyan absolutamente como daños indemnizables los causados en las cosas. Aunque indiscutiblemente tienen menos gravedad que los que afectan a las personas, en algunos casos también pueden resultar dramáticos» (5).

Dice ahora el artículo 4 de la nueva Ley, sobre los *Titulares de los derechos y prestaciones*: «Se considerarán titulares de los derechos y prestaciones regulados en la presente Ley a: 1. Las personas fallecidas o que han sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista y que, a los efectos de la Ley, son consideradas como víctimas del terrorismo. 2. Las personas que en el supuesto de fallecimiento de la víctima, al que se refiere el apartado anterior, y en los términos y con el orden de preferencia establecido en el artículo 17 de esta Ley, puedan ser titulares de las ayudas o de los derechos por razón del parentesco, o la convivencia o relación de dependencia con la persona fallecida. 3. Las personas que sufran daños materiales, cuando, conforme a este artículo, no tengan la consideración de víctima de actos de terrorismo o de titular de ayudas, prestaciones o indemnizaciones. 4. Los términos del reconocimiento de la consideración de víctima o destinatario de las ayudas, prestaciones e indemnizaciones serán los que establezca para cada una de las situaciones esta Ley y sus normas reglamentarias de desarrollo. 5. En el supuesto de fallecimiento serán considerados como víctimas del terrorismo, exclusivamente a efectos honoríficos, de respeto, dignidad y defensa pública de estos valores, el cónyuge del fallecido o persona ligada con él por análoga relación de afectividad, los padres y los hijos, abuelos y hermanos. Todo ello sin perjuicio de los derechos, prestaciones, indemnizaciones y demás ayudas que les otorga la presente Ley. 6. Los familiares de los fallecidos hasta el segundo grado de consanguinidad, y las personas que, habiendo sido objeto de atentados terroristas, hayan resultado ilesas, a efectos honoríficos y de condecoraciones, sin derecho a compensación económica alguna.

(5) «La responsabilidad estatal por los actos de bandas armadas y terroristas», en *ADC*, 1990, pág. 430.

Para poder atender al alcance de esta ampliación legal, conviene tener presente el dictado del artículo 14 sobre la *Delimitación de los derechos y prestaciones*: 1. Las personas comprendidas en el artículo 4, apartado primero, tendrán los derechos y las prestaciones establecidas en esta Ley por los daños personales que les hayan causado las acciones terroristas. Si como consecuencia de la actividad delictiva la víctima hubiese fallecido, los titulares serán las personas que se indican en el artículo 4 apartado segundo de la Ley. 2. Las personas comprendidas en el artículo 4, apartados 1 y 2, tendrán, asimismo, derecho a que el Estado les abone la cantidad impuesta a los condenados en concepto de responsabilidad civil en virtud de sentencia firme por terrorismo, en los términos previstos en esta Ley. 3. Las personas comprendidas en el artículo 4, apartados 1 y 2, tendrán derecho a obtener las prestaciones de los regímenes públicos de protección social con el alcance y régimen específico establecidos en la presente Ley. 4. Las personas comprendidas en el artículo 4, apartado 3, tendrán derecho a percibir las indemnizaciones por daños materiales previstas en esta Ley. 5. Las pensiones extraordinarias derivadas de actos terroristas se regirán por las disposiciones específicas del Sistema de la Seguridad Social o del Régimen de Clases Pasivas del Estado que corresponda.

Y las cuestiones que se han traído al debate, ventiladas por los distintos órganos judiciales y la doctrina acerca de la naturaleza de dicha asunción, quedan resueltas en el artículo 20 de la Ley. En este precepto se aclara el sistema para abono por el Estado de la responsabilidad civil fijada en sentencia y se ratifica la excepcionalidad de este sistema que, en ningún caso implicará la asunción de otras responsabilidades y en particular, las subsidiarias.

De modo que el artículo 20, literalmente declara: *Abono por el Estado de la responsabilidad civil fijada en sentencia. Carácter extraordinario del abono*. 1. El Estado asumirá, con carácter extraordinario, el abono de las indemnizaciones correspondientes, impuestas en sentencia firme en concepto de responsabilidad civil, por la comisión de alguno de los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley. 2. Las indemnizaciones se extenderán únicamente a los daños físicos o psíquicos. 3. La indemnización se abonará a las víctimas de terrorismo o a las personas indicadas en el artículo 17 y, en defecto de ellas, a sus herederos o a quien se fije como destinatarios en la resolución judicial que se adopte. 4. La cantidad total a abonar por el Estado, en concepto de responsabilidad civil fijada en sentencia, no podrá exceder de las siguientes cuantías: Fallecimiento: 500.000 euros. Gran invalidez: 750.000 euros. Incapacidad permanente absoluta: 300.000 euros. Incapacidad permanente total: 200.000 euros. Incapacidad permanente parcial: 125.000 euros. Lesiones no invalidantes: 100.000 euros. 5. Cuando las personas, a las que se refiere el apartado 3, hubieren percibido la ayuda por daños personales, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, la cuantía del abono extraordinario por parte del Estado se extenderá únicamente a la diferencia existente entre la cantidad fijada como responsabilidad civil en sentencia firme, con los límites del apartado anterior, y la cantidad percibida como ayuda por los daños personales. 6. En el supuesto de que la cuantía de la indemnización fijada en sentencia firme sea igual o inferior a la percibida como ayuda por daños personales, la Administración no desarrollará ninguna actividad. 7. En ningún caso el abono previsto en este artículo supone la asunción de responsabilidad civil subsidiaria por parte del Estado en los procesos penales.

Y tal y como declaran las sentencias que en vía penal ventilan las responsabilidades criminales y civiles que se devenguen de la comisión de un delito de esta

naturaleza (6), procederá, en justa consecuencia con lo anterior, la subrogación del Estado en las acciones de responsabilidad civil (7).

IV. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS: EL PROTOCOLO DE COLABORACIÓN PARA LA TUTELA, ATENCIÓN Y AYUDA A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO Y EL FUTURO ESTATUTO EUROPEO DE LAS VÍCTIMAS

En la memoria de la Fiscalía General que se remonta a 2008, avanzaba sobre la Audiencia Nacional, que «la actividad de asistencia y protección a las víctimas: la Fiscalía mantiene contactos permanentes con la Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo del Ministerio del Interior, que después de varios años de trabajo con las víctimas atesora una extraordinaria experiencia de su problemática, y con la Abogacía del Estado, que ejercita las acciones civiles en que el Estado se subroga, habiendo elaborado un Protocolo de colaboración para la tutela, atención y ayuda a las víctimas del terrorismo, conscientes de que una colaboración en el cumplimiento de los fines de las tres instituciones supondrá un nuevo paso en la progresiva mejora de la actuación pública respecto de las personas que han sufrido tan grave y ciego daño. También se ha completado en lo posible la base de datos existente sobre las causas por hechos terroristas, base de datos que se actualiza permanentemente con los nuevos procedimientos. Para todo ello se ha creado una sección u oficina en la Fiscalía, dotada de los recursos humanos y materiales necesarios, que además alcance la normalización de contactos personalizados con las víctimas directas e indirectas de hechos terroristas, con la finalidad de ofrecerles cobertura jurídica y contacto con la administración de justicia desde el primer momento en que son conocidas».

Por su parte RODRÍGUEZ URIBES, en su momento Director General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo, teniendo en cuenta la denunciada existencia de indemnizaciones no percibidas por alguna de las víctimas del atentado del Hipercor del año 1987, sostuvo lo siguiente: «Las víctimas del terrorismo y sus familias

(6) Vid., entre otras muchas, SAN (Penal), de 21 de julio de 2011, «en relación con estas indemnizaciones, se reconoce el derecho de subrogación del Estado por las cantidades que haya abonado, con aplicación del artículo 8 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas de terrorismo, a cuyo tenor el Estado se subrogará en los derechos que asisten a los beneficiarios contra los obligados inicialmente en el resarcimiento como autores de los delitos. Además los condenados también deberán indemnizar a los propietarios de los inmuebles en los daños causados, incluyendo el mobiliario y demás efectos, a los propietarios de vehículos en el importe de los daños establecidos, y a los lesionados que sufrieron desperfectos en sus pertenencias, por el importe en que hayan sido tasados. El Consorcio de Compensación de Seguros igualmente se subrogará en las cantidades que haya abonado a los perjudicados».

(7) Artículo 21. *Subrogación del Estado en las acciones de responsabilidad civil*. 1. El Estado se subrogará en las acciones que los perceptores de las indemnizaciones y prestaciones recibidas en aplicación de esta Ley puedan ejercer contra los responsables de los actos de terrorismo hasta el límite de la indemnización satisfecha por el Estado. A estos efectos deberán, con carácter previo a la percepción de las ayudas y prestaciones, transmitir al Estado las acciones civiles correspondientes. 2. Los destinatarios de las indemnizaciones y prestaciones por terrorismo a quienes la sentencia judicial hubiera reconocido derechos de resarcimiento por un importe superior al recibido del Estado en aplicación de esta Ley, conservarán la acción civil para reclamar la diferencia a los responsables de la acción delictiva causante de los daños.

merecen que las distintas administraciones públicas y los numerosos colectivos y asociaciones que las representan trabajemos de la mano, con confianza, con la máxima sensibilidad y solidaridad y con un sentido alto del interés general. Un ejemplo de este trabajo coordinado y común se produjo a raíz del vigésimo aniversario del atentado de ETA en el Hipercor de Barcelona, el acto terrorista más indiscriminado de la banda, en el que murieron 21 personas y 45 resultaron heridas. La ACVOT organizó el homenaje con éxito y con altura de miras. Ese día, aunque habíamos tenido conversaciones previas en el mismo sentido, la asociación catalana denunció públicamente que todavía, veinte años después, había víctimas (de entre los heridos) que no habían sido indemnizados. Al día siguiente nos pusimos a trabajar y, efectivamente, descubrimos que once personas no habían recibido compensación económica alguna pese a que la sentencia de 2003 de la Audiencia Nacional se la reconocía expresamente. Desde entonces, hemos ido localizando a estas personas, en un goteo a veces difícil, para informarles de sus derechos y para facilitarles los trámites que exige la ley, entre otros la solicitud previa del interesado. Pero hemos tomado una decisión más importante y trascendente: ante la sospecha de que la misma situación se haya podido producir en otros casos, estamos revisando, una a una, con carácter general, todas las sentencias firmes por terrorismo que ha habido en nuestro país, desde el principio, para comprobar, a partir de nuestras bases de datos sobre ayudas, si se ha producido el mismo problema. No debe pasar desapercibido que se trata de personas que han sufrido en sus carnes el zarpazo terrorista, directamente y que, teniendo sus derechos reconocidos en sentencias firmes, no los han hecho efectivos por desconocimiento». En definitiva, las anteriores líneas constituyeron el fundamento programático del denominado "Programa de recuperación de sentencias", pretende localizar a todos aquellos ciudadanos que no han cobrado indemnización como víctimas de ataques terroristas y explicarles la posibilidad de hacerlo».

En cuanto al Ministerio de la Presidencia, informaba en marzo de 2011, en su Informe sobre el Plan de Derechos humanos y el seguimiento de la acción en el interior y la protección de las víctimas del terrorismo, «el montante total del apoyo directo por todos los conceptos (fallecimientos, lesiones, incapacidades, ayudas materiales, ayudas extraordinarias, ayudas sanitarias, becas) ha ascendido en 2010 a 23.027.398 €. En el año 2011 (enero a mayo) asciende a 6.921.639,35 €. Lo que hace un total de 29.949.037,35 €. El montante total de las ayudas (familiares, escolares, psicológicas, prótesis, médicas, transportes, intérpretes, daños materiales, jurídicas) en colaboración con la Fundación de Víctimas del Terrorismo ha ascendido a un total de 151.666,48 € en 2010. Entre enero y mayo del 2011 asciende a 61.330,12 €. Lo que hace un total de 212.996,60 €».

La doctrina penal ha incidido en la necesidad de configurar un sistema donde se recojan los derechos de las víctimas de asuntos penales, y, en especial, de las que resulten de la comisión de delitos de terrorismo: así una de las vías será la concreción de un Estatuto de la Víctima, donde se especifique su papel como parte también del proceso y no solo como destinatario de las actuaciones correspondientes (8).

(8) V.gr., afirma SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH: «Instaurar mecanismos dirigidos a la reparación del daño causado a la víctima. En este sentido, y en lo que se refiere a la reparación de carácter económico, el sistema tradicional, que atribuye la responsabilidad al

Y si ha sido anunciada recientemente la futura redacción de un Estatuto de la víctima, lo cierto es que la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, contiene dos mandatos muy precisos para el Ejecutivo. De una parte, la Disposición Adicional sexta. *Carta Europea de Derechos de las Víctimas del Terrorismo*. El Gobierno apoyará e impulsará la aprobación de la Carta Europea de Derechos de las Víctimas del Terrorismo, redactada en colaboración con todas las asociaciones de víctimas del terrorismo del ámbito europeo.

Y de otra, su Disposición Final primera prevé el necesario *Desarrollo reglamentario*. 1. El Gobierno, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia, Economía y Hacienda, del Interior y de Trabajo e Inmigración, desarrollará reglamentariamente lo dispuesto en la misma. 2. En el plazo de un año, la Administración General del Estado establecerá los criterios esenciales para la elaboración de los protocolos de actuación para situaciones derivadas de un atentado terrorista. Igualmente, en dicho plazo, impulsará y coordinará la elaboración, ejecución y difusión de esos protocolos de actuación por parte del conjunto de Administraciones Públicas competentes en la materia.

IV. REFLEXIONES FINALES

La aprobación y entrada en vigor de la nueva Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo, resulta especialmente destacable, no solo porque ha ampliado su alcance y fines, sino también a la vista de la inclusión en los capítulos resarcitorios tanto a los daños personales como a los materiales. A mayor abundamiento, sus prescripciones tienen la cualidad de ser de aplicación retroactiva para quienes, en aplicación de la legislación anterior, hayan podido recibir cantidades inferiores a las que en concepto de ayudas o indemnizaciones les pudiera corresponder de conformidad a las establecidas por la renovada norma (9).

delincuente, muestra claras insuficiencias, que aconsejan la creación y desarrollo de los sistemas estatales de reparación. Esta necesidad, que ha sido reconocida en diversos instrumentos internacionales, se fundamenta, bien en el principio de solidaridad, derivado de la idea de Estado Social de Derecho, bien en el principio de responsabilidad, como obligación de los poderes públicos por el fracaso en su función de prevenir el delito. Los sistemas estatales de reparación existentes en nuestro ordenamiento interno acuden al primer principio expuesto como justificación y fundamento del sistema»; «un segundo objetivo básico que debe proponerse el sistema jurídico penal es evitar la victimización secundaria. Diversos instrumentos internacionales reconocen la existencia de este proceso y fijan los criterios y orientaciones para su prevención, que en síntesis son los siguientes: a) Reconocimiento del estatuto jurídico de la víctima, esto es, de su condición de sujeto de derechos durante el proceso penal y durante todas las actuaciones» («La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español», en *ADPCP*, 2004, pág. 302).

(9) Dice la Disposición Adicional primera. *Aplicación retroactiva a quienes ya hubieran obtenido ayudas e indemnizaciones*. Quienes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley hubieran percibido como resultado total del importe de las ayudas y del pago, en su caso, de las cuantías por responsabilidad civil fijada en sentencia firme, una cuantía inferior a la señalada en el anexo I de esta Ley podrán solicitar en el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor del Reglamento de la Ley, el abono de las diferencias que pudieran corresponderles.

En resumidas cuentas, el nuevo texto legal ha recogido alguna de las demandas de los sectores afectados por la barbarie terrorista, así como el sentido de parte de los pronunciamientos que aquí se han recogido. El sistema, por tanto, se sigue fundando en la responsabilidad civil de los criminalmente responsables de un acto terrorista, por lo que se reitera la distinción existente entre la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, y la función asistencial del Estado, en cuya virtud indemniza a las víctimas, subrogándose en las acciones civiles que a los perjudicados puedan corresponder.

Con todo y como suele resultar habitual, tanto al desarrollo reglamentario de la norma habrá de estarse, como al futuro Estatuto de la Víctima donde se ratifique el compromiso del Estado con las víctimas, les confiera el protagonismo necesario en los procedimientos y se garantice la totalidad de sus derechos y facultades.

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada en nota a pie de página:

- ÁLVAREZ GÁLVEZ y DÍAZ VALCÁRCEL: «Acerca de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en los daños causados por el terrorismo», en *La Ley*, 3, 1985.
- ARARTEKO: *Atención institucional a las víctimas del terrorismo en Euskadi. Informe extraordinario*, Vitoria, 2009.
- CARRANZA: «Una nueva causa de daño resarcible: El terrorismo. Ensayo de soluciones jurídicas», en *ADC*, 1978, págs. 315 a 337.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: «Españolidad (y dinero) para las víctimas extranjeras del 11-M», en *RDP*, 11, 2004, págs. 684 a 713.
- DÍAZ ALABART: «La responsabilidad estatal por los actos de bandas armadas y terroristas», en *ADC*, 1990, págs. 429 a 491.
- DOLZ LAGO: «Las actuaciones del Ministerio Fiscal en defensa de la dignidad de las víctimas del terrorismo», en *La Ley*, 7.302, 2009.
- DOMÍNGUEZ LUIS: «Responsabilidad patrimonial y acción terrorista: concurrencia de nexo causal por inactividad de la Administración», en *REDA*, 1996, 90, págs. 285 a 298.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: «La obligación de indemnizar por parte del Estado en los supuestos de daños a las personas causados por bandas o grupos armados (Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero)», en *ADC*, 1980, págs. 869 a 913.
- FUSTER-FABRA TORRELLAS: *Responsabilidad civil derivada de actos de terrorismo*, Barcelona, 2001.
- IRIBAS SÁNCHEZ DE BOADO: «La nueva Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo», en *AJA*, 411, 28 de octubre de 1999.
- LOBET ANGLÍ: *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid, 2010.
- LLOVERAS: «Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Evolución normativa y aplicación jurisprudencial», en *InDret*, 3, 2002, págs. 1 a 25.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: «De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas», en *RVAP*, 19, 1987.
- MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ: «La obligación estatal de indemnizar los daños causados por las bandas armadas», en *REDA*, 48, 1985.

- MIR PUIGPELAT: «Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su Reglamento de desarrollo», en *InDret*, 1, 2000 págs. 1 a 25.
- MÚRTULA LAFUENTE: *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Madrid, 2006.
- REDONDO HERMIDA: «La víctima del terrorismo. Una reflexión jurídica», en *Diario La Ley*, 807, 2007.
- ROCA AGAPITO: «Análisis del nuevo régimen jurídico-económico de las víctimas del terrorismo», en *La Ley*, 7.776, 2012, págs. 1 a 12.
- ROCA TRIÁS: «Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño», en *ADC*, 2004, págs. 901 a 928.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH: «La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español», en *ADPCP*, 2004, págs. 225 a 305.
- SERRANO GALVIS: *Tesis doctoral: Reparación de los daños causados por el terrorismo*, dirigida por LLAMAS POMBO, Salamanca, 2009.
- SORO MATEO: «Terrorismo y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», en *Anales de Derecho*. Murcia, 24, 2006, págs. 251 a 266.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 18 de febrero de 1991 (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo).
- STS de 21 de mayo de 1987 (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo).
- STS de 6 de octubre de 1986 (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo).
- STS de 15 de noviembre de 1985 (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo).
- STS de 15 de julio de 1985 (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo).
- STS de 3 de junio de 1985 (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo).
- STS, de 18 de noviembre de 1984 (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo).
- SAN de 21 de julio de 2011 (Penal).
- SAN de 23 de julio de 2002 (Contencioso-Administrativo).
- SAN de 21 junio de 2002 (Contencioso-Administrativo).
- STSup de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso), de 8 de mayo de 2006.
- Dictamen del Consejo de Estado 977/2000, de 3 de marzo de 2000.

RESUMEN

TERRORISMO Y RESPONSABILIDAD CIVIL DAÑOS PERSONALES Y MATERIALES

La Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo, ha aprobado ciertas novedades en el régimen de indemnizaciones, ayudas, prestaciones, garantías y condecoraciones. De este modo, además de definir la acción

ABSTRACT

TERRORISM AND CIVIL LIABILITY BODILY INJURY AND PROPERTY DAMAGE

Act 29/2011 of 22 September on acknowledgement and comprehensive protection for the victims of terrorism has approved certain new developments in the damage, aid, benefit, guarantee and decoration procedure. In addition to defining terrorist action, the act includes people who have been injured among

terrorista, incluye entre sus víctimas a quienes hayan sufrido daños, aun cuando sus responsables no sean personas adscritas a organizaciones o grupos criminales. Asimismo, la regulación tendrá aplicación retroactiva a quienes ya hubieran obtenido ayudas e indemnizaciones inferiores a las establecidas en su Anexo primero, cuyo plazo comenzará a computarse a partir del año de la publicación del Reglamento de la Ley. Por tanto, en estas líneas se revisará el régimen jurídico legal en materia de resarcimiento, así como las especialidades fijadas por el Tribunal Constitucional, la Sala de lo Civil y la de lo Penal del Tribunal Supremo y, por lo que se refiere a la Audiencia Nacional, su Sala de lo Contencioso-Administrativo y Penal.

the victims of terrorism, even when the persons responsible for that injury are not members of criminal groups or organizations. In addition, the regulation implementing the act will be applied retroactively to people who have already obtained aid and damages of sums lower than those established in Annex One, under a deadline whose countdown will begin in the year when the regulation is published. So, this paper will review the legal framework in matters of redress and the special features established by the Constitutional Court, the Civil Division and the Criminal Division of the Supreme Court and the Administrative and Criminal Division of the National Court.

1.7. Concursal Civil

LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO Y LA INEFICACIA DE LOS ACTOS QUE CONTRAVIENEN AQUELLAS

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO COMO EFECTO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE EL DEUDOR.—II. LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL DEUDOR EN LAS SUCESIVAS FASES DEL CONCURSO.—III. LA INTERVENCIÓN Y LA SUSPENSIÓN.—IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LIMITACIONES QUE SE IMPONEN AL CONCURSADO.—V. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO.—VI. ACTOS REALIZADOS POR EL CONCURSADO EN CONTRAVENCIÓN DE SUS LIMITACIONES PATRIMONIALES. INEFICACIA DE TALES ACTOS.—VII. LA SUBSANACIÓN DEL ACTO ANULABLE: 1. LA CONFIRMACIÓN DEL ACTO ANULABLE. 2. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN (PRESCRIPCIÓN SANATORIA).—VIII. LA ANULACIÓN DEL ACTO REALIZADO EN CONTRAVENCIÓN DE LAS LIMITACIONES IMPUESTAS AL CONCURSADO.—IX. EL BIEN OBJETO DEL ACTO ANULABLE HA SIDO ADQUIRIDO POR UN TERCERO HIPOTECARIO.—X. TRATAMIENTO REGISTRAL DE LOS ACTOS VOLUNTARIOS SOBRE BIENES DEL CONCURSADO, EN LA FASE COMÚN Y EN LA FASE DE CONVENIO: 1. EN LA FASE COMÚN. 2. EN LA FASE DE CONVENIO.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO COMO EFECTO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE EL DEUDOR

La declaración de concurso produce para el deudor una serie de limitaciones de sus facultades patrimoniales y personales, limitaciones que se establecen en beneficio de sus acreedores y para asegurar el buen fin del concurso. En cuanto a las limitaciones personales, el artículo 41 LC establece que: «los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos y libertades fundamentales del deudor en materia de correspondencia, residencia y libre circulación serán los establecidos en la LO para la Reforma Concursal» (LO 8/2003). A estas limitaciones personales se añade el deber de colaboración e información del deudor señalado en el artículo 42 LC en relación con el artículo 45 LC.

Las limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor vienen descritas en el artículo 40 LC, en relación con los artículos 43 y 44 (este último aplicable en el caso de concursado que ejerce una actividad profesional o empresarial). Estas limitaciones son efecto legal inmediato del auto de declaración de concurso (1), pues en él la ley exige hacer constar (art. 21.1.2.º) «los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio [concursal], así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales» [facultades de estos que dependerán del régimen de intervención o de suspensión a que quede sujeto el concursado]. Como el auto produce sus efectos de inmediato (arts. 21.2 y 44.2, inciso segundo LC) y es ejecutivo aunque no sea firme (2), las limitaciones patrimoniales las padece el concursado desde

(1) La admisión a trámite de la solicitud de concurso no produce alteración alguna en las facultades de administración y disposición del deudor, salvo las que se pudieran derivar de las medidas cautelares que el Juez decida adoptar (art. 17 LC).

(2) El auto judicial es ejecutivo, aunque no sea firme (art. 21.2 LC), y el recurso que contra la estimación de la solicitud de declaración concurso puede interponerse (recurso de apelación) no tendrá efecto suspensivo salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario (art. 20.2 LC). En este sentido, la SAP de Salamanca (Sección 1.ª), de 9 de mayo de 2011 (AC 2011/1220), ante la alegación de la apelante de que los administradores concursales no habían tomado posesión hasta el 9 de abril de 2007, siendo su primera reunión el día 10, por lo que el acto debatido (contrato de cesión en arrendamiento de una clínica, como unidad patrimonial de explotación), celebrado el 9 de abril de 2007, no se trataba de un acto de disposición o administración que hubiese debido ser intervenido por los administradores concursales, y en cuanto tal, susceptible de anulación, afirma que «el Auto declarando el concurso tiene una importancia capital dentro del procedimiento concursal, hasta el extremo de que puede considerarse como resolución de referencia para todos los efectos que el concurso produce. Sus efectos se inician con la firma de la resolución, y aun cuando es cierto que el deudor, en el concurso voluntario, conserva la posesión y las facultades de administración y disposición, sometiéndose a la intervención de la administración concursal, también lo es que en ausencia de administración concursal y hasta la aceptación de los administradores concursales, el deudor podrá realizar los actos propios de su tráfico o giro que sean imprescindibles para la continuación de su actividad [no siéndolo el acto debatido], siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado (art. 44.2 LC).

En el caso, si concurren, pues, los requisitos necesarios para la acción de anulación. Como indica la parte apelada, la concursada realiza toda una serie de actividades, constatadas documentalmente, al margen de la administración concursal, que en una normal y lógica confrontación de las diferentes fechas de los mismos, suponen una infracción de la restricción de su capacidad de obrar que deriva de su situación concursal ya declarada, y que en cuanto tal hace anulables, no nulos, los actos del deudor que infrinjan esas limitaciones. La falta de confirmación o convalidación del acto (se entenderá esta producida bien de forma

la fecha del mismo, con independencia de que se haya dado o no publicidad al susodicho auto (en el *BOE*, de forma gratuita y mediante extracto; mediante publicidad complementaria acordada por el juez de oficio o a instancia de interesado; mediante inserción en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca y mediante inscripción en el Registro Civil, Registro Mercantil u otros registros públicos de personas jurídicas así como en los Registros de bienes y derechos (singularmente, el Registro de la Propiedad) (arts. 23 y 24 LC, modificados por la Ley 38/2011).

Hay que destacar que frente al sistema anterior a la LC, las limitaciones patrimoniales que se imponen ahora al concursado atienden a «las necesidades de cada concurso». De modo que el juez, previa audiencia de los administradores concursales y a iniciativa de estos, puede modular los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor, en función de los concretos factores de cada concurso (3). En efecto, en el caso del concurso, de acuerdo con el derogado artículo 1914 del Código Civil, la declaración de concurso incapacitaba al concursado para la administración de sus bienes y en el caso de la quiebra, el artículo 878 del Código de Comercio, establecía que declarada la quiebra, el quebrado quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes. Frente a estos efectos automáticos e inalterables durante el procedimiento (equivalentes a lo que hoy se conoce como suspensión, según MARTÍNEZ FLÓREZ) (4), la LC *gradúa los efectos del concurso sobre el deudor*. Esto es, los efectos que produce la declaración de concurso en las facultades de administración y disposición del deudor sobre la masa activa del concurso vienen determinadas por la solicitud del concurso, ya que en caso de concurso voluntario el deudor queda sometido a la intervención por la administración concursal de tales facultades mediante su autorización o conformidad, mientras que en caso de concurso necesario, queda sometido a la suspensión del ejercicio de tales facultades, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 5, 5 bis y 22 LC en relación con el art. 40). Ahora bien, *estos efectos pueden ser modificados por el juez en el propio auto de declaración de concurso o a lo largo del procedimiento* (art. 40.3 y 4 LC) (5), con la salvedad de que, abierta la liquidación, el deudor necesariamente queda sometido a la suspensión de sus facultades de administración y disposición (art. 145.1 LC).

Si el concurso se califica como culpable, dicha calificación conlleva «la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período ... En caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal, excepcionalmente la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente

expresa, bien de forma tácita cuando la administración concursal, conociendo la causa de la anulabilidad, actúa de modo que implique la renuncia a la acción) y la propia conducta de los demandados, a que hace relación la sentencia de instancia en su fundamento de derecho cuarto, no hace sino corroborar la tesis explicitada».

(3) FERNÁNDEZ SEJO, J. M., y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., «Efectos del concurso», en *Memento práctico concursal 2012*. Ediciones Francis Lefebvre, S. A., Madrid, 2011, pág. 170.

(4) MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», en *Comentario de la LC*. Rojo, A., y BELTRÁN, E. (coords.), Civitas Ediciones, S. L., 1.ª ed., Madrid, 2004, págs. 773 y 774.

(5) Según MARTÍNEZ FLÓREZ, cabría incluso que motivadamente el Juez combinase la intervención y la suspensión para determinadas categorías de actos (*op. cit.*, pág. 781). Cosa que consideran imposible, dado el tenor legal, FERNÁNDEZ SEJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA (FERNÁNDEZ SEJO, J. M., y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., «Efectos del concurso», *op. cit.*, pág. 174).

de la empresa o como administrador de la sociedad concursada» (art. 172.2.2.º LC) (6). Del precepto se desprende que la inhabilitación general del deudor para administrar bienes solo está prevista con carácter sancionador para el caso de concurso culpable y se limita a bienes y personas ajenas, no a los bienes propios del deudor, pudiendo hacerse extensiva a otras personas además del deudor. De hecho, el artículo 173 LC contempla la posibilidad de que los administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada sean inhabilitados, en cuyo caso, se indica que cesarán en sus cargos y que si el cese impidiese el funcionamiento del órgano de administración o liquidación, la administración concursal convocará junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados.

El Proyecto de LC (art. 172.2.2.º y 173.1) preveía la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar *los bienes propios durante un período de cinco a veinte años y en consecuencia, el nombramiento de un curador que se encargase de la administración de sus bienes, con las facultades que determinase el Juez*. Todo ello se suprimió del texto legal durante la tramitación parlamentaria, por lo que parecería que como consecuencia de la declaración del concurso culpable, no podrían imponerse limitaciones patrimoniales para la administración de *sus bienes* a las personas afectadas. *Sin embargo, aunque la cuestión merecería estudio más detenido, como el artículo 178.1 LC señala que «en todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición sobre el deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación...», cabría entender que el juez concursal podría en la sentencia firme de calificación imponer ciertas limitaciones patrimoniales para la administración y disposición de sus bienes a las personas afectadas por la calificación con el fin de garantizar sus responsabilidades por los créditos que queden pendientes (art. 178.2 LC), por el déficit del concurso (art. 172 bis), así como la devolución de los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o recibidos de la masa activa (art. 172.2.3.º) y la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3.º y 3 LC).*

Finalmente, hay que señalar en esta breve introducción que las limitaciones que se imponen al deudor como consecuencia de la declaración de concurso (art. 40 LC) despliegan sus efectos en el ámbito sustantivo (ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso) y *en el ámbito procesal*. Además, el artículo 43.1 LC se encarga de señalar el modo en que deben ejercerse las facultades de administración y disposición sobre la masa activa: *en todo caso, atendiendo a la conservación de esta del modo más conveniente para los intereses del concurso* (7).

(6) Hay que tener en cuenta que la Disposición Final 2.ª de la Ley 38/2011 (de reforma de la LC) modifica el apartado 2.º del artículo 13 del Código de Comercio, que queda redactado del siguiente modo:

«No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales:

... 2.º Las personas que sean inhabilitadas por sentencia firme conforme a la LC mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación. Si se hubiera autorizado al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada, los efectos de la autorización se limitarán a lo específicamente previsto en la resolución judicial que la contenga».

(7) En el ámbito del ejercicio de facultades de administración y disposición hay que tener en cuenta también que «por la declaración de concurso se extingue para el concursado

II. LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL DEUDOR EN LAS SUCESIVAS FASES DEL CONCURSO

Como ya hemos indicado, el auto de declaración de concurso produce unos efectos inmediatos sobre las facultades patrimoniales del concursado, sometiéndole a la intervención de los administradores concursales o bien, siendo sustituido por estos (8). *Dichos efectos se extinguen con la aprobación judicial del convenio* [por lo que iniciada la fase de convenio, en tanto este no es aprobado por el juez, siguen rigiendo las normas de la fase común (art. 112 LC) y entre ellas, el art. 40 LC], *quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio*, salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el artículo 42 LC que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento (art. 133.2 LC) (9). La eficacia del convenio supone el cese de los administradores concursales que rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que este señale. No obstante, conservarán plena legitimación para continuar los incidentes en curso así como para actuar en la Sección sexta [Sección de calificación] hasta que recaiga sentencia firme. *Con el previo consentimiento de los interesados, en el convenio se podrá encomendar a todos o a alguno de los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones*, fijando la remuneración que se considere oportuna. Ello coherente con el artículo 137 LC, según el cual: «el convenio podrá establecer *medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor*. Su infracción constituirá incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada del juez por cualquier acreedor» (10).

En caso de apertura de la fase de liquidación, el deudor queda suspendido necesariamente en el ejercicio de sus facultades patrimoniales (art. 145.1), y sometido a determinadas interdicciones de derecho público [Disp. Adic. 1.^a-3.^a (11); art. 7.3 RN, 280.1 LH y 44.3 EOMF].

el mandato en el que sea parte, y por equivalencia el apoderamiento, tanto el que hubiese recibido como el que hubiese conferido (art. 1732.3.º CC)». BLANQUER UBEROS, R., «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 43, junio de 2005, pág. 58.

(8) Otras normas diversas de la LC pueden establecer limitaciones para los sujetos declarados en concurso. Así por ejemplo, el artículo 20.b) de la LCAP, modificado por la Disposición Final 13.^a LC, prohíbe a los sujetos declarados en concurso contratar con las Administraciones Públicas.

(9) De acuerdo con el artículo 133.1 LC: «el convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza. Al pronunciarse sobre el retraso de la eficacia del convenio, el juez podrá acordarlo con carácter parcial».

(10) El artículo 137.2 LC continúa indicando: «Las medidas prohibitivas o limitativas serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite».

(11) «Todas las declaraciones de incapacidad de los quebrados o concursados y las prohibiciones para el desempeño por estos de cargos o funciones o para el desarrollo de cualquier clase de actividades establecidas en preceptos legales no modificados expresamente por esta ley se entenderán referidas a las personas sometidas a un procedimiento de concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación».

Concluido el concurso, por cualquier causa, de acuerdo con el artículo 178.1 LC, «cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición sobre el deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación o de lo previsto en los capítulos siguientes».

Como la administración concursal es designada en el auto de declaración de concurso (art. 21.1.2.º LC), y si bien su nombramiento es comunicado al designado por el medio más rápido, su aceptación puede tardar algunos días (máximo de cinco desde el recibo de la comunicación), la LC, para garantizar la integridad de la masa activa, ante la posibilidad de actuación de un deudor concursado sujeto a intervención o suspensión, sin control por parte de una administración concursal que aún no ha aceptado su encargo, prevé en el artículo 17 LC la posibilidad de que el juez pueda adoptar medidas cautelares, al admitir a trámite la solicitud de concurso, que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, *debiendo, una vez declarado el concurso, pronunciarse sobre la eficacia de tales medidas, que en su caso, se pueden mantener*.

III. LA INTERVENCIÓN Y LA SUSPENSIÓN

Como hemos ya indicado, en caso de concurso voluntario el deudor queda sometido a intervención, como regla general. La Exposición de Motivos de la LC señala que, de este modo, el legislador ha querido estimular la pronta declaración del concurso por el propio deudor, que quedará al frente de su actividad, lo que no ocurriría en caso de concurso necesario (art. 44.3 LC). Si el deudor es sometido a intervención en el ejercicio de las facultades de administración y disposición del patrimonio concursal, continúa administrando y disponiendo de los bienes integrados en la masa activa (por lo tanto, conserva la capacidad de decisión y la iniciativa en la gestión de su negocio), pero antes de actuar precisará la autorización de la administración concursal. Aunque el artículo 40.1 de la LC habla de «autorización o conformidad», el término conformidad parece que debe tomarse como sinónimo de autorización. Esto es, parece que no cabría que el concursado actuase y luego la administración concursal diese su conformidad *a posteriori*. Si el acto se realiza sin ser autorizado, solo cabe que la administración concursal lo impugne mediante el ejercicio de la acción de anulación o lo confirme (*arg. ex art. 40.7 LC*). Además la LC utiliza los términos «autorización» y «conformidad» como sinónimos (vid. arts. 51.3 y 54.1 LC). La autorización es una «declaración de voluntad emitida por la administración concursal por virtud de la cual permite al concursado ejercer la facultad de administración o disposición en el sentido propuesto» por aquel, siempre que el acto propuesto se dirija a la conservación del patrimonio concursal del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43). La Ley no exige una forma especial para tal autorización. Sólo se exige una forma determinada cuando la decisión de la administración concursal no es de trámite o de gestión ordinaria, caso en que se consignará por escrito y será firmada, en su caso, por todos sus miembros (art. 35.3 LC). La labor, pues, de los administradores concursales consiste en un control previo de la actuación del concursado, incluso en el terreno procesal (art. 51.3, en el caso de juicios declarativos en tramitación al momento de la declaración de concurso y art. 54.2, para el ejercicio de nuevas acciones tras la declaración de concurso) si bien, en el caso de que la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, podrá interponerla ella misma con autorización del juez del concurso (art. 54.2 *in*

fine). Si el concursado, de forma reiterada, no actuase de acuerdo con los principios señalados en el artículo 43 LC, o de cualquier modo lesionase los intereses de la masa de acreedores, el juez, a solicitud de la administración concursal, y oído el concursado, podrá mediante auto acordar el cambio de la situación de intervención a la de suspensión, motivando los riesgos que se pretenden evitar y las ventajas que se quieran obtener (art. 40.3 y 4 LC). Si la administración concursal, por su parte, se negase de forma sistemática e injustificada a otorgar su autorización, el concursado, al amparo del artículo 37.1 LC podría solicitar la separación de su cargo para los administradores concursales y ejercitar acciones de responsabilidad (art. 36.1 y 6 LC). En el caso de que el deudor ejerciera una actividad profesional o empresarial, el artículo 44.2 LC prevé que para facilitar la continuación de dicha actividad, la administración concursal podrá otorgar una autorización general (y no individualizada para cada acto), para actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad, que por razón de su naturaleza o cuantía, sea conveniente someter a esa autorización general (arts. 43.1 y 44.2 LC) (12). En el caso de que el concursado pretenda *gravar o enajenar bienes y derechos que integran la masa activa*, antes de la aprobación judicial del convenio o de la apertura de la liquidación, además de la autorización de la administración concursal precisará de la autorización del juez (art. 43.2 LC), la cual se solicitará por escrito, siguiendo posteriormente los trámites detallados en el artículo 188 LC (13).

La suspensión en el ejercicio de las facultades de administración y disposición (en el ejercicio, pues la titularidad de las mismas continúa correspondiendo al concursado) es el régimen normal en caso de concurso necesario. El ejercicio de tales facultades se encomienda en tal caso a los administradores concursales, no pudiendo el deudor realizar actos de administración sobre bienes de la masa activa ni personalmente ni a través de representante. Corresponde a la administración concursal, en este caso, adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial (art. 44.3 LC) y sustituir al deudor, en el ámbito de sus competencias, en los procedimientos judiciales en trámite. Ello no impide que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas, no recaerán sobre la masa del

(12) La LC en su artículo 44.2, y para el caso de que se hubiera determinado en el auto de declaración de concurso la intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, prevé que, sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso (art. 21.1.4.º LC), hasta la aceptación de los administradores concursales, el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico *que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado*. Aunque la LC no prevé para el caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor que el deudor actúe por sí solo antes de la aceptación del cargo por los administradores concursales, en opinión de CURIEL LORENTE, opinión que compartimos, cabe pensar que debiendo asegurarse la continuidad de la empresa (art. 44.1 y 4 LC), el deudor pueda realizar determinados actos en las mismas condiciones que en el caso de intervención, es decir, cuando tales actos resulten imprescindibles, con obligación de realizarlos en las condiciones normales de mercado (CURIEL LORENTE, F., «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Tomo II. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), 1.ª ed., Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor, 2009, pág. 4845).

(13) MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», *op. cit.*, págs. 778 y 779.

concurso (art. 51.2 LC). En cuanto al ejercicio de nuevas acciones posteriores a la declaración de concurso, en caso de suspensión, corresponde a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal (aunque el deudor puede personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido). Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio (art. 54 LC). La suspensión está limitada al tiempo que dura el concurso, pudiendo terminar antes con la aprobación judicial del convenio.

Teniendo presente que la administración concursal, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, estará integrada en todo caso por un único miembro, tanto en el procedimiento ordinario como en el abreviado (art. 27.1 y 191 quáter LC), salvo el caso de concursos ordinarios de especial trascendencia en que el juez nombrará además del administrador concursal previsto en el artículo 27.1, un administrador concursal acreedor (titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado, de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe (pudiendo nombrar a la representación legal de los trabajadores, si la hubiere, que deberá designar un profesional economista, titulado mercantil auditor de cuentas o abogado), *se ha modificado la forma de ejercer el cargo por la administración, y por lo tanto la forma de intervenir o sustituir al concursado* (14). En este sentido, el reformado artículo 35.2 LC (cfr. su redacción anterior) señala que cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros, las funciones de este órgano se ejercerán de forma conjunta. *Las decisiones se adoptarán de forma mancomunada, salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez les atribuya individualizadamente. En caso de disconformidad, resolverá el juez, que podrá requerirle una información específica o una memoria sobre el estado de la fase de concurso* (art. 35.2 y 4 LC). *La resolución judicial revestirá la forma de auto y será irrecurrible, no pudiendo plantearse tampoco incidente concursal sobre la materia resuelta* (art. 35.5).

Para garantizar el correcto ejercicio por la administración concursal de sus funciones de intervención o sustitución del concursado, aparte del principio sentado en el artículo 43.1 o del control judicial en el artículo 43.2 LC, y de su régimen de responsabilidad (art. 36), la LC en su artículo 151, en sede de liquidación (aunque el precepto es igualmente aplicable en la fase común del concurso, así como con ocasión de la elaboración o del cumplimiento del convenio), establece la *prohibición de que los administradores concursales adquieran por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integran la masa activa del concurso bajo sanción de nulidad del acto* que contravenga tal prohibición (arg. ex art. 1459 CC en relación con el art. 6.3 CC). Además, los administradores que infrinjan la prohibición de adquirir quedarán inhabilitados para el ejercicio de su cargo, deberán reintegrar a la masa, sin contraprestación alguna, el bien o derecho que hubieran adquirido y el administrador concursal que fuere acreedor,

(14) Con anterioridad a la reforma, los administradores concursales eran nombrados en número de tres (salvo el supuesto de procedimiento abreviado, en que bastaba con un solo administrador) y actuaban de forma colegiada decidiendo por mayoría, aunque si por cualquier circunstancia solo estuvieran dos en el ejercicio del cargo, actuaban de forma mancomunada. Tanto en uno como en otro caso, el Juez podía atribuir competencias a alguno de los administradores de forma individualizada. A falta de acuerdo de los administradores, decidía el Juez (art. 35 LC).

perderá el crédito de que fuere titular. Del contenido del auto por el que se acuerde la inhabilitación se dará publicidad en el Registro Público Concursal, regulado en el artículo 198 LC, en su sección segunda, con valor meramente informativo o de publicidad notoria [art. 198.1.b) y 2]. Serán de aplicación también, los artículos 37, 38 y 39 LC, sobre separación del cargo mediando justa causa, nuevo nombramiento, rendición de cuentas del administrador inhabilitado y separado (art. 38.4, aplicable en caso de cese de un administrador concursal antes de la conclusión del concurso), y recursos.

Si el deudor concursado es una persona jurídica, pese a la declaración de concurso, *los administradores de la misma no pierden esa condición, aunque el ejercicio de sus atribuciones se verá afectado por el régimen de intervención o suspensión a que quede sujeta la concursada*. Esta situación se mantiene hasta la apertura de la liquidación, caso en que, de acuerdo con el artículo 145.3 LC, se declarará la disolución de la persona jurídica si no estuviese acordada y, *en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquellos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte* (15) (16).

(15) FERNÁNDEZ SEJO, J. M., y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., «Efectos del concurso», *op. cit.*, págs. 174 y 175.

(16) Destacamos por su novedad, la redacción que la Ley 38/2011 ha dado al artículo 48 LC, así como los nuevos artículos 48 bis; ter y quáter:

Artículo 48. Efectos de la declaración de concurso sobre los órganos de las personas jurídicas deudoras: «1. Durante la tramitación del concurso, *se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición*.

2. La administración concursal tendrá derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada. A estos efectos, deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los integrantes del órgano que ha de reunirse.

La constitución de junta o asamblea u otro órgano colegiado con el carácter de universal no será válida sin la concurrencia de la administración concursal. *Los acuerdos de la junta o de asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal*.

3. *Los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso. En caso de suspensión, las facultades de administración y disposición propias del órgano de administración o liquidación pasarán a la administración concursal. En caso de intervención, tales facultades continuarán siendo ejercidas por los administradores o liquidadores, con la supervisión de la administración concursal, a quien corresponderá autorizar o confirmar los actos de administración y disposición*.

Los apoderamientos que pudieran existir al tiempo de la declaración de concurso quedarán afectados por la suspensión o intervención de las facultades patrimoniales.

4. Si el cargo de administrador de la persona jurídica fuera retribuido, el juez del concurso podrá acordar que deje de serlo o reducir el importe de la retribución, a la vista del contenido y la complejidad de las funciones de administración y del patrimonio de la concursada.

5. A solicitud de la administración concursal, el juez podrá atribuirle, siempre que se encuentren afectados los intereses patrimoniales de la persona jurídica concursada, el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a esta en otras entidades».

Artículo 48 bis. Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los socios: «1. Durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de esta anteriores a la declaración de concurso.

En el caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, *sin que pueda cambiarse esta situación (art. 40.5 LC). Corresponde al heredero o herederos, o a los titulares de las facultades de administración y disposición del caudal relicto, según el título sucesorio, la posición de deudor concursado al que se hubiese suspendido su ejercicio (17).*

Como ya hemos indicado, el juez puede en el auto de declaración de concurso, modificar los efectos legales determinados por la solicitud de concurso, de manera que acuerde la intervención en caso de concurso necesario y la suspensión en caso de concurso voluntario, adoptando la solución más adecuada al caso concreto. Para ello puede atender a factores como «la situación patrimonial del deudor, su comportamiento, las posibilidades de conservación de la empresa o la circunstancia de que el deudor hubiera incumplido con anterioridad el deber de solicitar el concurso en el plazo establecido por la Ley» (18). Mientras que la aplicación de la regulación general no precisa motivación sino la simple referencia a la norma cumplida (art. 22 LC, en relación con el art. 40 de la misma), en este caso, el juez deberá motivar su decisión señalando los riesgos que se pretenden evitar y las ventajas que se quieran obtener (art. 40.3), atendiendo también al principio sentado en el artículo 43 LC.

Igualmente, en cualquier momento de la fase común, hasta la aprobación del convenio o hasta la liquidación y con posterioridad al auto de declaración de

2. Durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación, en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento».

Artículo 48 ter. Embargo de bienes: «1. Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá acordar, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley.

El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime y podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.

2. De igual manera, durante la tramitación del concurso de la sociedad, el juez, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos del socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso, en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pudiendo, a solicitud del interesado, acordarse la sustitución del embargo por aval de entidad de crédito.

3. Contra el auto que resuelva sobre la medida cautelar cabrá recurso de apelación».

48 quáter. Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora: «Declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores».

(17) BLANQUER UBEROS, R., «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 43, junio de 2005, pág. 66.

(18) MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», *op. cit.*, pág. 787.

concurso, el Juez puede mediante auto, a solicitud de la administración concursal (19) y oído el concursado, alterar las situaciones de intervención o de suspensión a que se encuentra sujeto el concursado (art. 40.4 LC). Dicha modificación puede venir determinada por el conocimiento posterior de datos relativos a la situación patrimonial del concursado, o de datos relativos a su comportamiento anterior a la declaración. Igualmente, puede venir determinada por el comportamiento del concursado posterior a dicha declaración; por la solución prevista del concurso (por el hecho de que se presente una propuesta de convenio o se solicite la liquidación), etc. Aunque la ley no prevé que los acreedores estén legitimados para solicitar la alteración, si la mayoría de ellos fuese favorable al cambio y exigiese a la administración concursal presentar la correspondiente solicitud, la negativa de esta podría considerarse como incumplimiento del deber de actuar en interés del concurso, y del deber de actuar con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal (art. 35.1 LC), lo que podría conllevar una responsabilidad (art. 36.1) o la separación del cargo (art. 37). La decisión del juez es discrecional, debe adoptar la forma de auto y ser sometida a la misma publicidad prevista para la declaración de concurso (arts. 23 y 24). Si como consecuencia del cambio el deudor pasa de la situación de intervención a la de suspensión, será de aplicación el artículo 51.2 LC. Si el concursado pasa de la situación de suspensión a la de intervención, la administración concursal perderá la legitimación para actuar en los juicios de tipo patrimonial y será sustituida por el concursado (art. 54.2 LC) (20).

Las obligaciones nacidas de actos realizados por el concursado conforme al sistema acordado en el auto de declaración de concurso, o en auto de modificación posterior, tienen plena validez y vinculan el patrimonio concursal, siendo considerado crédito contra la masa el que resulte a favor de quien hubiera contratado con el concursado sujeto a intervención, que estuviese autorizado por la administración concursal o que contase con su conformidad y el de quien hubiese contratado con la administración concursal legitimada, en caso de suspensión (art. 84.2.9.º y 154 LC, en relación con el art. 84.2.5.º y el art. 44.2 y 3 LC, en caso de continuación en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional) (21).

(19) O de oficio, en opinión de DOMÍNGUEZ CALATAYUD [DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., «Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Tomo II. GÓMEZ GÁLIGO, J. (Coord.), 1.ª ed., Editorial Aranzadi, S. A., Cízur Menor, 2009, pág. 4884].

(20) MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», *op. cit.*, págs. 791 a 794.

(21) Si las obligaciones que contrae el concursado nacen directamente de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso, y hasta la conclusión del mismo, parece lógico que en este caso, para que el crédito generado a favor de tercero tenga la consideración de crédito contra la masa no es necesaria la intervención de la administración concursal.

En caso de continuación en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, cuando el concursado está sujeto a intervención, como la administración concursal puede otorgar una autorización general para determinados actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad, por razón de su naturaleza o cuantía, para facilitar dicha continuación en la actividad, cuando el acto a realizar exceda de la cuantía fijada o sea de otra naturaleza o se trate de un acto que no sea propio del giro o tráfico pero que se precisa para continuar la actividad, será necesario que la administración concursal otorgue una autorización especial (art. 44.2 *a sensu contrario*).

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LIMITACIONES QUE SE IMPONEN AL CONCURSADO

Cuestión que preocupa a la doctrina es la relativa a la naturaleza jurídica de estas limitaciones que se imponen al concursado, como consecuencia de la declaración de concurso.

Para MARTÍNEZ FLÓREZ, los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor *no pueden ser calificados como una incapacidad de obrar*, citando en este sentido las SSTs de 2 de diciembre de 1999 [RJA 1999/415]; 12 de junio de 2000; 14 de junio de 2000 [RJA 2000/5286] y 8 de febrero de 2001 [RJA 2001/2046]. Señala la autora que la intervención y la suspensión no son cualidades personales del sujeto, sino limitaciones que se imponen a la persona no directamente en cuanto tal, sino en cuanto titular de un patrimonio destinado a un fin específico, como es la satisfacción de los acreedores. Además tal limitación está vinculada al procedimiento concursal, y sigue operando incluso después de la muerte del concursado (art. 182 LC) alcanzando a los herederos mientras no concluya el procedimiento, lo que no sucede con la incapacitación del artículo 200 del Código Civil o con la incapacidad para contratar del menor no emancipado. Además la limitación se refiere solo a los bienes que integran la masa activa del concurso, pero el concursado puede administrar y disponer los bienes inembargables. El concursado no sufre una inidoneidad general para realizar una o varias categorías de actos, sino solo una inidoneidad concreta (realizar actos de administración y disposición sobre unos bienes determinados). Estamos pues en presencia de limitaciones objetivas o reales. El concursado tiene capacidad de obrar pero tiene limitado el ejercicio de algunas facultades que integran el contenido de los derechos subjetivos de que es titular. *Estaríamos pues en presencia de prohibiciones de disponer y de administrar. Mientras la incapacidad actúa como medida de protección del incapacitado, la prohibición atiende al interés general o a intereses de terceros, cuyos derechos podrían verse afectados por el acto prohibido.* Que se está en presencia de prohibiciones de disponer lo ha sentado el Tribunal Supremo en las resoluciones anteriormente citadas. En el caso de la intervención, se estaría en presencia de una prohibición de disponer sin el consentimiento de otros sujetos: los administradores concursales. Pero como la integridad del patrimonio concursal solo queda garantizada si, además de la disposición, se prohíbe al concursado la administración, el concursado está sometido también a una prohibición de administrar. Ahora bien, para explicar completamente la situación jurídica del concursado, hay que contemplar la correlativa atribución de funciones a la administración concursal. *En el caso de la suspensión, la actuación de los administradores concursales debe calificarse como de una representación legal, pues sus poderes emanan de la Ley y los efectos de los procesos, actos y negocios jurídicos celebrados por aquellos se producen en cabeza del concursado. No es óbice a esta representación legal que el concursado no sea un sujeto incapaz de obrar, puesto que el Derecho positivo prevé algún supuesto de representación legal de personas capaces (por ejemplo, la representación legal del ausente).* Esa calificación proporciona una disciplina a la que recurrir para resolver los problemas que no estén expresamente contemplados en la normativa concursal. *En el caso de intervención, los administradores concursales tienen un control del ejercicio de las facultades de administración y disposición por el concursado, aproximándose su labor a*

la de los órganos encargados de asistir a los menores o incapacitados (curador, por ejemplo) (22).

También se inclina por esta interpretación Antonio PAU, quien tras indicar que Federico DE CASTRO consideraba que la declaración de concurso no determinaba un cambio de estado civil, ni tampoco una verdadera o completa incapacitación patrimonial pero que sin embargo, se trataba de una situación que afectaba ampliamente a la capacidad de obrar de la persona, argumenta: «Si el deudor tuviera su capacidad limitada no podría celebrar acuerdos de quita o espera (que hoy —como antes el Código de Comercio— prevé el art. 100 LC), ni seguir al frente de su empresa, cuando así se decida (art. 44.2 LC); y no parece que pueda negarse la posibilidad de que el concursado celebre negocios sobre sus bienes, sometidos a la condición suspensiva de que concluya el concurso, y el bien, por no haberse realizado, se mantenga en el patrimonio —ya libre— del deudor» (23).

Sin embargo, FERNÁNDEZ SEJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA consideran que si bien la declaración de concurso no lleva aparejada restricción alguna de la capacidad jurídica del deudor para ser titular de derechos y obligaciones en el ámbito sustantivo y procesal, sin embargo, *sí que conlleva una limitación a su capacidad de obrar más o menos intensa*. La limitación más intensa (suspensión) no le priva totalmente de su capacidad de obrar, sino solo en el aspecto patrimonial y ni siquiera totalmente, pues por ejemplo, conserva su facultad de testar (art. 40.6 LC) (24). El Anteproyecto de LC de 1995 parecía decantarse por esta solución (arts. 46 a 53).

Una tercera posición es la de quienes consideran, como BLANQUER UBEROS, que como la limitación de más intensa eficacia (la suspensión) parece no privar, al concursado de la aptitud subjetiva para realizar actos de administración y disposición sobre los bienes inembargables o sobre los bienes, derechos y obligaciones ajenos cuya administración y disposición tuviese encomendada (patria potestad, tutela [art. 244 CC en relación con la Disp. Adic. 1.^ª-3 LC]) (25), no estaríamos en presencia de una restricción de la capacidad de obrar del concursado. Además, como la posibilidad de que un acto del deudor pueda ser convalidado o confirmado «se apoya en la existencia del elemento esencial y necesario para la validez del acto o contrato como es el consentimiento del concursado... esta consideración... conduce a la valoración de la limitación, sea la necesidad de intervención o sea, la suspensión, como una *restricción de la legitimación subjetiva propia del titular de un derecho*... Las situaciones de intervención o de suspensión no afectan [se dice] a la circunstancia personal consistente en la capacidad de obrar, sino que *condicionan la situación de poder resultante de la titularidad de los derechos*...» (26).

(22) MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», *op. cit.*, págs. 782 a 786.

(23) PAU, A., *Las limitaciones patrimoniales del concursado*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, págs. 11 y 14.

(24) FERNÁNDEZ SEJO, J. M., y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., «Efectos del concurso», *op. cit.*, págs. 175 y 176.

(25) En efecto, así parece, si bien deberá tenerse en cuenta el artículo 167 del Código Civil, referente a la patria potestad y los artículos 247 y 270 del Código Civil, referentes a la tutela.

(26) BLANQUER UBEROS, R., «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 43, junio de 2005, págs. 61 y 62. Esta posición también era mantenida por el profesor GARCÍA AMIGO (conversación privada).

V. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO

Las limitaciones que impone la Ley alcanzan a la totalidad del patrimonio concursal, esto es, bienes y derechos que integran la masa activa del concurso. Pero el deudor continúa ejerciendo sin ninguna restricción todos los derechos que carezcan de trascendencia patrimonial, como los derechos personales (por ejemplo, relativos al estado civil), familiares (27)...; puede actuar procesalmente

(27) Pero si el derecho que sea tiene trascendencia patrimonial, el ejercicio de las facultades de administración y disposición queda sujeto a la intervención o suspensión. Así por ejemplo, un acuerdo con el cónyuge no concursado (del que el concursado se encuentra separado judicialmente) en materia de modificación de las medidas definitivas fijadas en el convenio regulador aprobado judicialmente, en el seno de un procedimiento de modificación de medidas, puede entrañar claramente la realización de actos dispositivos sobre la masa activa del concurso, si, como ocurre en el caso resuelto por la SAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 5 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/411695), se reconoce una deuda por la pensión compensatoria debida hasta junio de 2006 (151.711,56 €), se amplía la pensión a 914,18 euros mensuales, y se atribuye el uso del domicilio conyugal a la cónyuge no concursada. Y si bien la Audiencia considera que la razón de la anulación del acuerdo *no es tanto el contenido exacto de la transacción, como el defecto de capacidad para consentir la misma, derivado de tener intervenido el ejercicio de sus facultades patrimoniales (art. 51.3 LC), los argumentos de la sentencia en cuanto a que el consentimiento del concursado a la modificación de medidas, aun aprobado judicialmente, no deja de ser un acto de disposición, son interesantes*. Señala así la Audiencia: «El objeto del incidente en el curso del cual se ha dictado la sentencia que ahora se recurre se limita a la validez del acto de disposición del concursado, señor Maximino, al convenir con la señora Rosaura una modificación de las medidas definitivas del originario convenio regulador de separación, modificación que se reseña en los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Sabadell, número 3, de 15 de junio de 2007, que lo aprobó.

El señor Maximino fue declarado en concurso *por auto de fecha 17 de noviembre de 2006*, que expresamente acordó que el deudor conservara las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero su ejercicio quedaba sujeto a la intervención de la administradora concursal, mediante su autorización o conformidad. La administradora concursal tomó posesión de su cargo el día 28 de noviembre de 2006.

Por otra parte, consta que con posterioridad, una vez limitado el ejercicio de sus facultades patrimoniales, el señor Maximino *prestó su consentimiento a la modificación de las medidas definitivas, aprobadas en su día en el proceso de separación judicial. Esta modificación, tal y como fue convenida por el señor Maximino con la señora Rosaura, supone un acto de disposición patrimonial por el concursado, porque, además de reconocer una deuda por la pensión compensatoria debida hasta junio de 2006 (151.711,56 euros), se amplía la pensión a 914,18 euros mensuales, y se atribuye el uso del domicilio conyugal a la señora Rosaura. Siendo un acto de disposición patrimonial, no consta que hubiera sido autorizado ni confirmado por la administradora concursal, razón por la cual está afectado por un vicio de anulabilidad*, que consiste en que una de las partes en la transacción, el señor Maximino, al tiempo de prestar consentimiento, se encontraba intervenido en el ejercicio de sus facultades patrimoniales, en cuanto que precisaba la autorización o la confirmación de la administradora concursal.

No consta que la administración concursal hubiera autorizado esta transacción ni que, más tarde, una vez aprobada judicialmente, la haya confirmado. A este respecto, *no bastaba con que se hubiera notificado a la administración concursal la existencia del procedimiento de medidas, sino que era necesario que se hubiera recabado expresamente su autorización o, a posteriori, su confirmación (art. 40 LC)*. En este sentido, *como el acuerdo de modificación de medidas se alcanzó en el curso de un procedimiento judicial y con posterioridad a la declaración*

en todo lo que le permita la Ley, incluyendo las actuaciones del propio procedimiento de concurso. Incluso si el deudor es una persona física, mantendrá facultades patrimoniales plenas respecto de los bienes inembargables y podrá disponer por testamento de todo su patrimonio (art. 40.6 LC), si bien, en caso de que fallezca, lo normal es que sea declarado a continuación el concurso de la herencia (art. 182 LC) (28) (29). Pero el concursado no puede actuar por sí

de concurso, se trataba de una transacción, y para que el consentimiento del señor Maximino fuera válido debía contar con la autorización de la administradora concursal, conforme a lo prescrito en el artículo 51.3 LC.

Por ello, conforme al artículo 40.7 LC, y antes de que caduque la acción, la administradora concursal está legitimada para pedir la anulación del acuerdo transaccional, no siendo impedimento para ello que hubiera sido aprobada por el Juzgado de primera instancia que conoció del procedimiento matrimonial, en el curso del cual se aprobaron en su día las medidas que ahora se pretende modificar.

El hecho de que la deuda reconocida en la modificación de medidas fuera anterior a la declaración de concurso no justifica la validez de la transacción, pues se trataría de un crédito concursal que debe reconocerse dentro del concurso, por el preceptivo trámite, y un reconocimiento de deuda en otro procedimiento judicial no deja de constituir un acto de disposición afectado por la limitación de facultades patrimoniales del artículo 40 LC. Y, en cualquier caso, la razón de la anulación, no es tanto el contenido exacto de la transacción como el defecto de capacidad para consentir la misma por parte del señor Maximino, derivado de tener intervenido el ejercicio de sus facultades patrimoniales como consecuencia de haber sido declarado en concurso de acreedores, de ahí que la consecuencia de esta anulación sea dejar sin efecto dicha modificación de medidas, recobrando valor, consiguientemente, las que se pretendía modificar. De ahí que deberá estarse a las mismas para conocer si está vigente la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar...

El crédito que la señora Rosaura pudiera tener frente al señor Maximino por las mensualidades de la pensión compensatoria no abonadas hasta la declaración de concurso, sin perjuicio de su concreta determinación en el trámite de reconocimiento de créditos, será un crédito concursal (art. 49 LC), cuyo abono queda afectado a las reglas y formas de pago determinadas por la solución concursal por la que se opte (convenio o liquidación y pago).

(28) Artículo 182 LC: «1. La muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto.

2. La representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos.

3. La herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso».

Señala BLANQUER UBEROS que la eficacia de la última voluntad se subordina a los efectos del concurso sobre la herencia. Los efectos del fenómeno sucesorio, en caso de fallecimiento del concursado antes de la conclusión del concurso, se posponen y subordinan al cumplimiento del convenio aprobado o a la liquidación. Concluido el concurso, la realización del fenómeno sucesorio se ajustará plenamente a lo dispuesto por el causante en su última voluntad (BLANQUER UBEROS, R., «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», *op. cit.*, pág. 56).

(29) El artículo 46.6 del Anteproyecto de LC de 1995, expresamente señalaba: «Se exceptúan del ámbito de la suspensión o de la limitación de la capacidad de obrar los actos de administración y de disposición del deudor que tengan carácter personalísimo o se refieran a su patrimonio inembargable, la presentación de propuestas de convenio y la formulación de impugnaciones y recursos contra los acuerdos de síndicos e interventores o contra las resoluciones del Juez del concurso».

solo ni tampoco por medio de representante, en la administración o disposición de la masa activa del concurso (30).

(30) Incluso puede anular la administración concursal cargos, que con inicial autorización de la entidad concursada, obtenida antes del concurso, haga una entidad bancaria en cuenta corriente que el concursado tuviese abierta en la entidad para el pago de deudas con la entidad, *si se verifican después de la declaración de concurso sin la autorización de la administración concursal*. Es lo que ocurrió en el caso resuelto por la SAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 31 de enero de 2008 (AC 2008/1777), que confirma la de instancia: «La sentencia recaída en el incidente concursal de que el presente rollo dimana, accediendo en parte a lo solicitado por la Administración Concursal y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40, 7 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, *acordó la anulación de determinados cargos que, sin la intervención de esta, y en una de las cuentas corrientes que, en la sucursal de La Algaba de la demandada Banco Santander Central Hispano, S. A., tenía abiertas la concursada Transfrío Rinconada, S. L., había efectuado dicha entidad bancaria para el cobro de las amortizaciones del préstamo hipotecario y del contrato de arrendamiento financiero o leasing que había concedido a la concursada* y, más concretamente, acordó dicha resolución la anulación de los cargos que sirvieron para el cobro de las cuotas del préstamo hipotecario vencidas con posterioridad al 15 de agosto de 2005 y de las relativas a las cuotas de leasing vencidas con posterioridad al 14 de julio del mismo año.

Y, consentida y acatada dicha resolución por la demandada Banco Santander Central Hispano, S. A., que, incluso, ha procedido a la retrocesión de las cantidades que se cobró en su día, la apelaron, sin embargo, por una parte, la concursada, y, por otra, Guirado Transportes Internacionales Reunidos, S. A., Rugisa, S. L., y don Raúl, quienes, como coadyuvantes todos ellos y para sostener, con plena autonomía, la postura de dicha entidad bancaria, tal y como autoriza el artículo 193.2 de la LC se habían personado en el incidente concursal y contestado la demanda origen del mismo, insistiendo, en sus respectivos escritos interponiendo el recurso de apelación, en sus alegaciones de la primera instancia, de que, aunque se trate de la cuenta corriente de la concursada, el dinero de la misma que sirvió para el pago de las amortizaciones del préstamo hipotecario y del leasing, no era de esta, sino de los otros coadyuvantes, que, como hipotecantes no deudores y avalistas, directamente interesados en evitar que, por falta de pago, pudieran salir a subasta sus fincas, o se ejecutara el aval, transfirieron o ingresaron en dicha cuenta las cantidades que después se destinaron al pago de las correspondientes amortizaciones, de acuerdo con la entidad bancaria, que, según afirman, les impuso la necesidad de que tales pagos los efectuaran a través de la cuenta corriente de la concursada, y de acuerdo con la administración concursal, que, según manifiestan, también autorizó los correspondientes cargos efectuados en dicha cuenta.

Pues bien, una vez delimitados, aunque sea someramente, los términos del debate en esta alzada, hay que decir que el tribunal comparte por completo el criterio de la juzgadora a quo al acordar la anulación de los cargos concretos a los que su sentencia se refiere. De las pruebas practicadas se deduce, efectivamente, que la Administración Concursal autorizó determinados cargos efectuados en la cuenta corriente de Transfrío Rinconada, S. L., para el pago de las amortizaciones de que se trata. Así resulta de los documentos números 2 y 17 de los aportados con el escrito de contestación de esta última, pero, sin embargo, no consta que fueran autorizados aquellos, efectuados a partir de unas determinadas fechas, a los que se refiere la sentencia apelada.

Tales cargos, necesariamente, han de contar con el consentimiento o la autorización de la Administración Concursal, como consecuencia de la intervención por esta de los actos de administración y disposición de la concursada, que decreta el artículo 40.1 de la LC por lo que, a falta de prueba de tal autorización, la consecuencia no puede ser otra que la de su anulación, conforme a lo dispuesto en el apartado 7 de dicho precepto.

Cuesta trabajo aceptar las manifestaciones de los apelantes de que los ingresos y transferencias efectuadas a la cuenta corriente de la concursada, no obstante las limitaciones derivadas del concurso, fuera la única alternativa posible que la entidad bancaria demandada les ofrecía para poder hacer frente a las amortizaciones del préstamo y del leasing y evitar

De acuerdo con el artículo 40.6 LC: «la intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, *en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal*». La norma parece referirse a que la intervención y suspensión afectan también a *las facultades de administración y de disposición que correspondan al concursado como miembro de dicha sociedad o comunidad*. Según MARTÍNEZ FLÓREZ, «dado que los bienes gananciales o comunes se incluirán en la masa “cuando deban responder de obligaciones del concursado” (art. 77.2) parece razonable considerar que la norma está pensando en las facultades que competan al concursado sobre los bienes comunes *que deban adjudicársele en caso de liquidación de la sociedad o comunidad, aunque no deban responder de las deudas del concursado*» (31). El problema radica en que las facultades sobre bienes comunes adjudicados, no son tales facultades sobre bienes comunes, puesto que ya se ha disuelto y liquidado la comunidad conyugal. Por lo tanto, la norma parecería referirse a que las facultades de administración y disposición que corresponden al concursado sobre los bienes comunes, también se hallan sometidas a intervención o a suspensión, cuando dichos bienes, de acuerdo con el artículo 77.2 LC, pasan a integrar la masa activa por tener que responder de deudas del concursado. En este caso, el precepto prevé que: «*el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal...*», pero puede no hacerlo y es, si no lo hace, cuando siguiendo vigente la sociedad de gananciales o el régimen de comunidad, las facultades que sobre tales bienes comunes tuviese el concursado estarán intervenidas o suspendidas. De modo que debiendo actuar en la sociedad de gananciales, de acuerdo con el artículo 1375 del CC, ambos cónyuges conjuntamente para la gestión y disposición de los bienes comunes, parece que sería preciso que el cónyuge concursado actuara previamente autorizado o bien sustituido por la administración concursal. Probablemente, en este caso, tendrían que tenerse en cuenta también los demás preceptos (arts. 1376 y sigs. CC), relativos a la administración

así la ejecución de la hipoteca y del aval, y lo cierto es que ninguna prueba se ha practicado sobre ello y, ni siquiera, propusieron la testifical del Director de la Sucursal de La Algaba, con el que, según afirman, se entrevistaron para ello.

Y, aunque pueda estimarse acreditado, a través de los extractos bancarios aportados, que los cargos se efectuaron con dinero procedente de transferencias o ingresos realizados por los hipotecantes no deudores y avalistas, *se desconoce, sin embargo, el origen del dinero, que podría proceder de la misma concursada o responder a deudas que con esta tenían aquellos*.

No puede accederse, por ello, a la petición subsidiariamente ejercitada de que las cantidades retrocedidas por la entidad bancaria demandada, les sean entregadas a ellos, a cada uno de acuerdo con el importe de sus respectivas transferencias e ingresos, ya que tal petición va más allá de lo que puede y debe entenderse como actuación de un coadyuvante, puesto que, lejos de limitarse a sostener la postura de la coadyuvada, piden para ellos mismos. Y, mucho menos, puede accederse a la petición de que su importe sea calificado como crédito contra la masa, petición que, entre otras cosas, se formula por primera vez en el escrito de interposición del recurso de apelación, constituyendo, por lo tanto, una cuestión nueva extraña al objeto del incidente concursal (*pendente appellatione, nihil innovetur*).

Consecuentemente, sin necesidad de entrar en más consideraciones y dando por reproducidos los acertados razonamientos de la sentencia de instancia, procede desestimar los recursos de apelación interpuestos y confirmar dicha resolución, imponiendo a los apelantes, conforme a lo dispuesto en el artículo 394, al que se remite el 398, ambos de la LEC, el pago de las costas causadas en esta alzada».

(31) MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», *op. cit.*, pág. 806.

de la sociedad de gananciales, y el artículo 79 LC. En todo caso, consideramos que la determinación del alcance del artículo 40.6 LC, solo puede hacerse previo estudio del artículo 77.2 y concordantes de la LC (como el nuevo art. 49.2, introducido por la Ley 38/2011), por lo que lo dicho solo tiene el valor de una primera aproximación a la interpretación del precepto (32).

Según FERNÁNDEZ SEJO Y GUTIÉRREZ DE LA ROZA la intervención o suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición, a que se refiere la LC en su artículo 40, abarca «todas las actuaciones del deudor de orden patrimonial con una significación activa (ejercicio de derechos) y pasiva (asunción de obligaciones)». Aplicando al concurso las categorías relativas al dominio (este comprende el derecho de uso, disfrute y disposición), resultaría que el concursado no puede ejercitar libremente la facultad de disposición inter vivos, ni a título oneroso ni gratuito, necesitando de la autorización de la administración concursal o bien siendo sustituido por esta. Pero es que además, de acuerdo con el artículo 43.2 LC, «hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez», exceptuándose los actos de disposición incorporados en el apartado 3 del artículo 43 por la Ley 38/2011: actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso; los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario y los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo 44 LC (esta última categoría de actos de disposición ya estaba exceptuada de autorización judicial antes de la Ley 38/2011) (33). En cuanto a las facultades de uso y disfrute quedarían englobadas en un concepto amplio de administración, que, asimismo comprende todas las actuaciones del deudor relativas a la asunción y cumplimiento de obligaciones (34).

Pero según MARTÍNEZ FLÓREZ a la pregunta de si un concursado puede o no contratar habría que responder que si el contrato produce directamente la transmisión no, pues entonces estaríamos en presencia de un acto dispositivo sujeto al artículo 40 LC. Pero si el contrato no produce directamente el efecto transmisivo sino que lo prepara (compraventa de un derecho real posible), siendo la *traditio* la que produce la disposición, entonces el contrato podrá ser realizado libremente por el concursado, siendo la *traditio* la que no puede ser realizada por carecer de la libre disposición de la cosa (art. 1160 CC y art. 40 LC). El poder de disposición (de cuyo ejercicio está suspendido o intervenido el concursado) no sería un requisito del título (contrato), sino del modo (tradición). En cuanto a si el concursado puede o no obligarse, sobre el concursado no recaería una prohibición general de obligarse. No podría obligarse si el acto de asumir obligaciones

(32) Artículo 49.2 LC: «En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal».

(33) Evidentemente, la calificación de un acto como acto de disposición o de administración tiene gran trascendencia, debido al diverso régimen jurídico a que quedan sometidos unos y otros actos, atendiendo al artículo 43 LC.

(34) FERNÁNDEZ SEJO, J. M., y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., «Efectos del concurso», *op. cit.*, págs. 172 y 173.

podría ser calificado por sí mismo como acto de administración o disposición. Pero sí, en caso contrario. Otra cosa es que el concursado no pueda cumplir algunas de dichas obligaciones durante la tramitación del procedimiento concursal, como consecuencia de la prohibición de administrar y de disponer a la que está sometido.

No puede interpretarse que cuando la LC señala que «la intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso» (art. 40.6 LC) quiere indicar que el concursado *no puede asumir obligaciones*. La facultad de obligarse se refiere a *obligaciones futuras*, obligaciones que se pueden contraer tras la declaración de concurso (art. 84.2.4.º, 10.º LC, etc.). Ahora bien, las obligaciones que asuma válidamente el concursado (esto es, en el ámbito que puede hacerlo) tras la declaración de concurso, o *bien deben satisfacerse como deudas de la masa* (art. 84 LC), o *bien no pueden cumplirse con los bienes integrantes de la masa activa*.

«En conclusión, pues, la intervención y la suspensión del concursado se refieren a la facultad de administrar y disponer de los bienes y derechos; pero no de las obligaciones, porque estas se contraen, se cumplen, se incumplen, se modifican o se extinguen, pero no se administran ni disponen (35). Cuestión distinta es que

(35) Las obligaciones sí se administran y disponen, sin ninguna duda, *si se trata de créditos que el concursado tiene frente a terceros, y que por lo tanto, integran la masa activa del concurso*. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 19 de junio de 2009 (JUR 2009/472791), viene a afirmar que un acuerdo con una deudora de la concursada por el que esta concede un fraccionamiento de pago de la deuda, *consiste en un acto de administración sobre una obligación que ha de integrarse en el concurso (como crédito en la masa activa)*, que grava los derechos de la concursada, por cuanto supone un aplazamiento sobre la fecha prevista de cumplimiento de la obligación, y, por otra parte, conlleva renuncia de derechos en relación con los posibles intereses por demora. Literalmente, indica la Audiencia:

«Se recurre en apelación en el presente caso la sentencia dictada en primera instancia que estimó la demanda incidental interpuesta por la administración concursal de la entidad TRANSPORTE URGENTE FRIGORÍFICO, S. L. U., solicitando la declaración de nulidad del acuerdo de fecha 25 de abril de 2007, firmado entre la concursada y la entidad SURTIDOS CÁRNICOS MARTÍN, S. L., por el que se establecía un fraccionamiento del pago de la deuda de 309.402,86 euros de la que es acreedora la entidad concursada y en tanto se había suscrito sin la debida autorización de la administración concursal.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda con imposición de costas a la demandada SURTIDOS CÁRNICOS MARTÍN, S. L., tras establecer en síntesis los antecedentes del caso, en base a la aplicación legal de lo establecido en el artículo 40 de la Ley Concursal al carecer ese acuerdo de la autorización de la administración concursal y a falta de convalidación por esta, tratándose el fraccionamiento de pago de la deuda reconocida por SURTIDOS CÁRNICOS MARTÍN, S. L., de un acto de administración sobre una obligación que debe integrarse en el concurso y por tanto de un acto nulo, careciendo de relevancia el que a su vez tenga la condición de acreedora concursal y las expectativas de cobro de su crédito en el concurso, siendo harto discutible el que tal acto no sea perjudicial y errónea la alegación de parte de que se trataría de uno de los actos no sometidos al control de la administración concursal conforme al acta de intervención suscrita por esta con la entidad concursada.

El recurso de apelación de la representación de SURTIDOS CÁRNICOS MARTÍN, S. L., frente al indicado pronunciamiento, viene a fundarse en que no sería ajustado a derecho por entender que no estaríamos frente a ningún acto de administración, sino que se trataría de un simple acuerdo para el cobro de una deuda, y que en el acta de intervención únicamente se dice que la concursada necesitará autorización de la administración concursal para pagar y cumplir sus obligaciones, para enajenar o gravar sus bienes o derechos, para desistir, renunciar, transigir, allanarse o conciliar litigios o arbitrajes en los que sea parte, sin que en ninguno de tales actos pueda darse cabida al acuerdo cuya anulabilidad se interesa por la administración concursal...

el deudor no pueda, por ejemplo, *cumplir o extinguir dichas obligaciones en la medida en que ello exija realizar un acto de disposición o de administración sobre*

El artículo 40.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece: «En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición de su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad». El número 7 de dicho artículo establece: «Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo solo podrán ser anulados a instancias del administrador concursal y cuando esta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción de nulidad o de la convalidación o confirmación del acto...». Es decir, los actos realizados por el deudor, sin la intervención o confirmación de los administradores del concurso, no son nulos sino anulables, y el único legitimado para dicha anulación son los administradores concursales. El acreedor puede exigir a la administración concursal que se pronuncie sobre el ejercicio de la acción de nulidad o sobre la confirmación o convalidación del acto. Es una posibilidad que la ley otorga al acreedor para su propia seguridad, pero no es una obligación.

Ejercitada en este caso por la Administración concursal la acción de anulación *ex artículo 40.7 LC del acuerdo de aplazamiento de pago concertado entre la concursada y la demandada SURTIDOS CÁRNICOS*, realizado con posterioridad a la fecha de declaración de concurso, que lo fue el 14 de diciembre de 2005, y prescindiendo de la autorización o conformidad de dicho órgano concursal pese a resultar preceptivo al hallarse sometida la concursada al régimen de intervención de las facultades de administración y disposición de su patrimonio (art. 40.1 LC), cabe señalar que *el remedio de ineficacia diseñado por el legislador mediante la acción de anulación en defensa de los intereses de la masa aparece desconectado de cualquier resultado de perjuicio efectivo para la masa activa, estando por lo tanto exonerada la acción de anulación de la carga de alegación y prueba en tal sentido, bastando para su ejercicio la simple realidad del quebranto por la concursada de los límites legales establecidos a propósito de las facultades de disponer o administrar su patrimonio, pues lo realmente relevante vendrá dado por la salida de bienes o derechos de la masa activa mediante una operación inconsonante por la Administración concursal en cuanto que único órgano con capacidad discrecional y soberana para decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso (art. 192.3 LC), lo que a su vez se plasma en que solo a la voluntad de la Administración concursal le corresponde optar bien por el ejercicio de la acción de anulación cuya legitimación le viene encomendada en exclusiva por el artículo 40.7 LC, o bien por la convalidación o confirmación del acto si así lo entiende oportuno*, siendo el Juzgado del concurso el que asume y despliega su jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de la irregular salida de bienes y derechos del patrimonio de la concursada (art. 86 ter núm. 1 LOPJ) y debiendo considerarse necesariamente, pese a lo que se sostiene en el recurso acerca de que no se contraviene el acta de intervención de la concursada de 12 de enero de 2006, en cuanto la misma únicamente refiere que se necesitará autorización de la administración concursal para pagar o cumplir sus obligaciones, para enajenar o gravar sus bienes o derechos, para desistir, renunciar, transigir, allanarse o conciliar litigios o arbitrajes en los que sea parte, que *el concertar el aplazamiento de pago a la concursada se encuentra incardinado precisamente en los actos que gravan los derechos de la concursada y por tanto sea necesaria la autorización de la administración concursal. Debe por tanto necesariamente entenderse que con el acuerdo cuya nulidad se pretende nos encontramos indudablemente ante un acto de administración, de los necesitados de la preceptiva autorización, y que además, a diferencia de lo que sostiene la recurrente, se encuentra comprendido en el acta de intervención entre aquellos actos susceptibles de gravar los derechos de la concursada en cuanto, por un lado, supone un aplazamiento sobre la fecha prevista de cumplimiento de la obligación y, por otra parte, conlleva renuncia de derechos en relación con los posibles intereses por demora. De ahí que no pueda prosperar el recurso de apelación y que haya de convalidarse plenamente la decisión adoptada en primera instancia».*

un bien o derecho integrantes de la masa; o incluso en determinados supuestos que no pueda asumirlas cuando dicha asunción suponga la realización de un acto de administración o de disposición» (36).

VI. ACTOS REALIZADOS POR EL CONCURSADO EN CONTRAVENCIÓN DE SUS LIMITACIONES PATRIMONIALES. INEFICACIA DE TALES ACTOS

De acuerdo con el artículo 40.7 LC: *«los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo solo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando esta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de este. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de esta.*

Los referidos actos no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme».

La LC sanciona, pues, los actos que el deudor realiza contra las limitaciones patrimoniales efecto de la declaración de concurso, con la anulabilidad. Además la realización de tales actos puede constituir también un ilícito penal (art. 251.2.º y 259 CP) (37). La tutela de los acreedores del deudor exige dejar en manos del sujeto que tiene encargado velar por sus intereses (administración concursal), la posibilidad de hacer valer o no la ineficacia de los actos realizados por el concursado, en función de si resultan beneficiosos o no para los intereses del concurso (arg. ex art. 43.1 LC). La administración concursal puede adoptar la decisión que estime más conveniente, pero en el uso discrecional de su facultad debe procurar la satisfacción del interés del concurso y evitar que resulte daño o perjuicio para la masa.

Siguiendo a MARTÍNEZ FLÓREZ hay que precisar que existen dos tesis en torno a la eficacia del acto anulable: una que considera que el acto anulable es válido y eficaz mientras no se anule, y otra que entiende que el acto anulable es inválido e ineficaz desde su origen, si bien puede ser sanado mediante la confirmación.

(36) MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», *op. cit.*, págs. 798, 799, 804 y 805.

(37) Artículo 251.2.º CP: «Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

...

2.º El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de este, o de un tercero».

Artículo 259 CP: «Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto».

A juicio de la autora, los actos del concursado que infringen sus limitaciones patrimoniales son ineficaces *ex tunc*, sin necesidad de ejercitar la acción de anulación. De modo que la administración concursal solo tendría que ejercitar la acción cuando la contraparte en el acto anulable se negase a devolver el bien que hubiese salido de la masa o cuando el acto hubiera accedido al Registro de la Propiedad, para evitar el surgimiento de un tercero hipotecario y dado que la cancelación de los asientos practicados solo puede hacerse en virtud de resolución judicial firme (art. 82 LH) o cuando fuese requerida para pronunciarse sobre el ejercicio de la acción o la convalidación del acto. Esta posición parece acertada porque, como señala la autora, si se considerase imprescindible en todo caso el ejercicio de la acción, ello supondría unos inevitables costes para el concurso. «La propia Ley parece partir de esta idea cuando señala que los actos del concursado realizados en contra de la intervención y de la suspensión no podrán ser inscritos en Registro públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme, pues si los citados actos produjeran los efectos que le son propios no existiría inconveniente para inscribirlos, sin perjuicio de que con posterioridad hubiera de hacerse constar su anulación» (38). En cambio, DOMÍNGUEZ DE CALATAYUD considera que el acto es válido y produce efectos mientras no se ejercite la acción de nulidad por la administración concursal, aunque con eficacia claudicante y por ello no inscribible en el Registro de la Propiedad, hasta que no se produzca la confirmación, caduque o prescriba la acción de nulidad o sea firme la resolución judicial que desestime su ejercicio (39).

Para el ejercicio de la acción de anulación solo está legitimada la administración concursal, ya que la ineficacia se establece en beneficio de los acreedores, cuyo interés hace valer la administración concursal. Pero los acreedores concursales y los titulares de créditos contra la masa (afectados por el acto en cuanto puede aumentar o disminuir la masa activa y sus expectativas de cobro), y quienes hubiesen sido parte en el negocio o acto afectado por la infracción (ya que tienen interés en que exista certidumbre y seguridad jurídica acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio) pueden requerir a la administración concursal para que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la confirmación del acto. La decisión corresponde a la administración concursal que puede incurrir en responsabilidad si no actúa del modo más conveniente para el concurso (art. 36 LC). El requerimiento deberá realizarse por escrito (art. 72.1 y 54.4 LC por analogía).

Durante el tiempo en el que la administración concursal puede instar la anulación del acto, el acto puede aparecer como válido y si el acreedor que hubiere sido parte en la relación contractual afectada de irregularidad se dirige contra la masa activa del concurso, con la finalidad de obtener la satisfacción de su derecho, la administración concursal podrá oponerle la excepción de que dicho crédito no merece la consideración de crédito contra la masa, pues la obligación no fue válidamente contraída por el concursado. Dicho acreedor solo puede requerir a la administración concursal para que se pronuncie acerca del ejercicio de la acción de anulación o de la convalidación o confirmación del acto irregular.

(38) MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», *op. cit.*, pág. 809.

(39) DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., «Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal...», *op. cit.*, pág. 4885.

Este régimen de la anulabilidad supone un cambio respecto de la legislación anterior. El artículo 878 del Código de Comercio establecía que, una vez declarada la quiebra, el quebrado quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes y que todos sus actos de dominio y de administración *posteriores a la época a la que se retrotrajeran los efectos de la quiebra serían nulos*, ya fuesen anteriores o posteriores a la declaración de quiebra. Centrándonos en estos últimos, cabe señalar que los actos realizados con posterioridad a la declaración de quiebra, la doctrina mayoritaria parecía inclinarse (de acuerdo con la línea predominante en la jurisprudencia, por ejemplo, STS de 2 de diciembre de 1999 [RJA 1999/8530]) por considerarlos *radicalmente nulos*. Así GARRIGUES, OLIVENCIA, SÁNCHEZ-CALERO, CERDÁ ALBERO o SANCHO GARGALLO, si bien estos autores y otros señalaban los inconvenientes que presentaba dicho régimen de ineficacia (40).

(40) La STS de 14 de junio de 2000 (RJA 2000/5286), refiriéndose en general a los actos de administración y disposición del quebrado posteriores a la retroacción de la quiebra, y a la posible existencia de subadquirentes protegidos por la fe pública registral, señalaba:

«La nulidad *ipso iure* de los actos de dominio y administración que realiza el quebrado, posteriores a la época a la que se retrotraigan los efectos de la quiebra, tal como impone el artículo 878, párrafo segundo del Código de Comercio, ha sido mantenida reiteradamente por esta Sala: así lo resume la sentencia de 2 de diciembre de 1999 (RJA 1999/8530): La declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos *ipso iure*, nulidad absoluta: así, sentencias de 28 de octubre de 1996 (RJA 1996/7434), 20 de junio de 1996 (RJA 1996/5077) y 26 de marzo de 1997 (RJA 1997/2539). Nulidad que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado, como dice la sentencia de 13 de julio de 1984 (RJA 1984/3980) y reiteran las de 29 de noviembre de 1991 (análoga a RJ 1998, 4047) y 20 de junio de 1996 [RJA 1996/5077]; en cuyo caso corresponde a los síndicos el pedirla, como prevé el artículo 1366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha ocurrido en el presente caso. Nulidad que deriva de la declaración que hace el párrafo primero del mismo artículo 878 del Código de Comercio: declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes: *no se trata de un estado civil, ni una incapacitación, sino una prohibición legal*, lo que implica que los actos de administración y disposición que realice son nulos: así lo fundamenta la sentencia de 13 de julio de 1984 [RJA 1984/3980], antes citada, que dice: siendo tal nulidad consecuencia de la incapacitación del quebrado que se sigue de haber quedado, con efectos de la fecha en que se fije la retroacción, separado de Derecho de todo su patrimonio, reflejándose la obligada inhibición del mismo en la correlativa ineficacia (absoluta, o sea frente a todos) de cuanto actos de dominio y administración haya realizado contraviéndola, no cabiendo tipo alguno de confirmación o convalidación. Sin perjuicio de supuestos en que se mitiga tal nulidad, cuando no se perjudican intereses de acreedores, que aquí no se plantea. Aquí lo que sí se plantea es la relación con los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria: aquel dispone que la inscripción no sana la nulidad y este la protección del tercero hipotecario (principio de la fe pública registral). Debe advertirse que el citado artículo 878 dispone una nulidad de sus actos de dominio y administración, refiriéndose aquel pronombre (sus) al quebrado, por lo que la doctrina que se ha impuesto en la jurisprudencia de esta Sala es que la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha realizado el quebrado sino el adquirente de este, es decir, se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria al que se le aplica el principio de fe pública registral: en este sentido, las sentencias de 12 de marzo de 1993 (RJA 1993/1793), 20 de septiembre de 1993 (RJA 1993/6647) y 28 de octubre de 1996 (RJA 1996/7434)».

Igualmente, a favor de la protección al subadquirente, tercero hipotecario, cabe citar las STS de 14 de febrero de 2006 (RJA 2006/886) y 10 de noviembre de 2010 (RJA 2011/1303).

Otro sector doctrinal, que partía de la imposibilidad de atribuir significado técnico preciso al término nulidad, empleado por el Código de Comercio, y atendiendo

Es interesante también, la SAP de Zaragoza (Sección 5.ª), de 21 de marzo de 2002 (AC 2002/658). En primer lugar, por explicar la *ratio* de la retroacción de la quiebra así como la de una línea jurisprudencial que parecería contradecir la doctrina general antes expuesta sobre la nulidad radical de todos los actos del quebrado posteriores a la época de la retroacción. Señala en efecto la SAP: «Dada la dilación temporal entre la situación de insolvencia, de insuficiencia del patrimonio del deudor, y la resolución judicial que lo declara, el ordenamiento jurídico cuida que jurídicamente ambos momentos, en cuanto a su eficacia, vengan a coincidir. Esta es la finalidad de la retroacción, con la que se pretende impedir la eficacia de actuaciones perjudiciales para la masa, de modo que el caudal de la quiebra sea exactamente el que realmente existía en el momento en que se origina el sobreseimiento en los pagos: evitar que se coloquen en situación privilegiada acreedores que no lo estaban, que se satisfagan obligaciones anticipadamente en perjuicio de la masa, o bien simplemente que al atender el pago a alguno de los deudores en ese estado generalizado de sobreseimiento o de insolvencia, se está rompiendo el principio de igualdad que rige en el ordenamiento jurídico y es parámetro esencial de la ejecución universal...

...En realidad más que excepciones a su doctrina, lo que el Tribunal Supremo hace es entroncar esa nulidad [la del art. 878.2.º C de C] con la finalidad de la retroacción, de manera que podrá concluirse que no es procedente declarar la misma cuando es irrelevante a los efectos de mantener la posición de igualdad de los acreedores desde el momento en el que se produjo el sobreseimiento en el pago por el deudor. En este sentido, la sentencia de 28 de octubre de 1996 [RJA 1996/7434] razonará que: “las únicas matizaciones que aquella nulidad admite son las que están fuera de la lógica del precepto: los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa y los que muestran que las operaciones en cuestión no fueron perjudiciales para la masa de acreedores”. Y la antes citada de 22 de enero de 1999 [RJA 1999/415] razonará que “aquel principio de nulidad absoluta se ha entendido corregido en ocasiones cuando los actos de transmisión o administración del quebrado se declara que no afectan o no son contrarios a los intereses de los acreedores”. En suma, puede concluirse que la lesividad intrínseca del acto para la masa de los acreedores se impone como criterio objetivo y decisivo para determinar la oportunidad de su declaración de nulidad. Por el contrario no es esencial la intención fraudulenta de las partes, pues es el perjuicio a la masa el verdadero objetivo que se trata de evitar con el periodo de retroacción, y su restablecimiento el fin que se persigue, evitando de este modo situaciones de privilegio por parte de cualquier acreedor. Los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre este particular son constantes y son múltiples los supuestos en los que se anula la hipoteca constituida con posterioridad a la fecha de retroacción y antes de la declaración de quiebra, basado en el evidente perjuicio que tal otorgamiento conlleva para los demás acreedores: sentencias de 7 de julio de 1998 [RJA 1998/6271] y de 22 de enero de 1999 [RJA 1999/415]».

La segunda razón que hace interesante a la SAP de Zaragoza citada radica en que recoge la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, según la cual, frente a la nulidad sentada por el artículo 878.2.º del Código de Comercio, no era posible la protección ni tan siquiera de un subadquirente de buena fe. Señala así: «...existe una línea jurisprudencial tan contraria como simultánea en el tiempo a tal doctrina [de protección al subadquirente de buena fe]; y así son de destacar la de 16 de febrero 2000 (RJA 2000/624):

“El segundo motivo alega la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque la finca se adquirió a título oneroso de la entidad Salinera Chacartegui, S. A., que aparecía en el Registro de Propiedad con facultades para transmitir. Aduce, asimismo, infracción de los artículos 37 y 38 de la citada Ley Hipotecaria y añade, que el recurrente no tuvo conocimiento de la suspensión de pagos y posterior quiebra hasta el momento de lectura de la demanda formulada por la sindicatura de la quiebra.

La cita del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pretendiendo el recurrente ser un tercero hipotecario, olvida que la fe pública registral no puede sanar o convalidar un contrato nulo por encontrarse dentro del periodo de retroacción de la quiebra. Así se ha recogido en las

principalmente a la función de tutela de los acreedores, propia de la inhabilitación, venía considerando que dichos actos estaban afectados por otros tipos de ineficacia, sin que hubiese plena coincidencia entre todos ellos sobre los rasgos de dicha ineficacia (GARCÍA VILLAVERDE, URÍA, MENÉNDEZ, BELTRÁN, JIMÉNEZ ESCÁRZAGA, MARTÍNEZ FLÓREZ, DE LA CÁMARA) (41).

sentencias de este Tribunal, de 15 de noviembre de 1991 [RJA 1991/8406] y 2 de diciembre de 1999 [RJA 1999/8530].

El artículo 878.2 del Código de Comercio resulta terminante en cuanto declara nulos (*ipso iure*) los actos de administración y desposesión realizados por el quebrado sobre bienes de su patrimonio dentro de la fecha o periodo de retroacción de la quiebra y dicha nulidad es absoluta —sentencias de 28 de octubre de 1996 [RJA 1996/7434], 20 de junio 1996 [RJA 1996/5077], 26 de marzo de 1997 [RJA 1997/2539] y 2 de diciembre de 1999 [RJA 1999/8530]—. Dicha nulidad deriva de la inhabilitación del quebrado a partir de la declaración de quiebra que realiza el párrafo primero del artículo 878 citado, no cabiendo por ello ningún tipo de convalidación o confirmación de los actos citados”.

Y la de 22 de mayo de 2000 [RJA 2000/3938]:

“Pero cuando esta Sala ha examinado recursos que directamente planteaban la presunta protección de los subadquirentes por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, *su tendencia ha sido la de declarar, como regla general, la inoperancia de este precepto frente al rigor del artículo 878 del Código de Comercio. Siendo exponente ya clásico de esta línea interpretativa la sentencia de 17 de marzo de 1958 [RJA 1958/1436], su criterio ha sido ratificado más recientemente pese a las muchas críticas que recibió de la doctrina científica. Así, la sentencia de 15 de noviembre de 1991 [RJA 1991/8406]... declaró rotundamente que devienen automáticamente nulas las hipotecas constituidas con posterioridad a la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra, y se prescinde para declarar tal nulidad de la buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes de los bienes del quebrado, puesto que la Ley no hace distinciones: la de 16 de marzo de 1995 [RJA 1995/3482] (recurso núm. 2730/1991), que el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio hace distinción alguna ni excepciones de su imperatividad al régimen registral”, dando lugar a un “vicio de origen” que no se subsana por transmisiones posteriores, “sino que se arrastra y las vicia igualmente”, si bien en el concreto caso examinado el Tribunal de apelación había apreciado mala fe en los subadquirentes; y la muy reciente de 16 de febrero del corriente año (recurso núm. 1450/1995) se apoya en la anterior para declarar que: “La nulidad de los actos realizados con posterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra no queda impedida por la existencia de terceros de buena fe» afectando la nulidad a todas las ventas posteriores”.*

La SAP de Zaragoza a que nos referimos, sin decantarse por ninguna de las dos posiciones mantenidas por el Tribunal Supremo en torno a los subadquirentes de buena fe, niega en el caso la protección del artículo 34 LH, por ser el subadquirente, tercero de mala fe. Así indica: «...esta buena fe [exigida por el art. 34 LH] mal puede predicarse en relación a quien profesionalmente debería conocer la insolvencia de la quebrada, aun al margen de la notoriedad que la misma pudo alcanzar y que efectivamente alcanzó. Más en medios empresariales y, sobre todo, financieros. Es sencillamente inverosímil que la Caja desconociera la situación concursal de la entidad de quien traía causa el derecho de propiedad que su cliente le iba a ofertar para constituir sobre el mismo una garantía hipotecaria y que, además de constar el transmitente en el título, confesadamente se reconoce que se comprobaba la historia registral: se reconoce no solo que se conocía a la quebrada, aunque no se mantuvieran relaciones comerciales con la misma (contestación a la primera posición: f. 738), si no que analizaban las cargas del inmueble y su procedencia (contestación a la quinta posición)».

(41) MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «Comentario al artículo 40 LC», *op. cit.*, pág. 774. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., «Efectos del concurso», *op. cit.*, pág. 176. DÍAZ MORENO, A., «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo II. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2004, pág. 1846.

«Por lo que concierne al expediente de suspensión de pagos, el artículo 6 LSP disponía que serían “nulos o ineficaces” los actos realizados por el suspenso sin el concurso de los interventores (cuando dicho concurso fuera necesario con arreglo al propio art. 6). Conviene recordar a este propósito que, en ocasiones, el Tribunal Supremo ha venido a acercar la ineficacia prevista en el artículo 6 LSP al régimen “típico” de la anulabilidad (SSTS de 22 de abril de 1980 [RJA 1980/1531], 22 de abril de 1987 [RJA 1987/2722], y 5 de marzo de 1991 [RJA 1991/2030]); especialmente al señalar que la Ley se limitaba a abrir la posibilidad de que los interventores (o, en su caso, los acreedores) pudieran ejercitar las acciones que les correspondieran para obtener la declaración de ineficacia de los actos que les resultasen perjudiciales. En otros casos, sin embargo, el Tribunal Supremo ha mantenido que la norma legal imponía una sanción de nulidad radical y absoluta (STS de 14 de febrero de 2002 [RJA 2002/1345])» (42).

El régimen de anulabilidad previsto en la Ley Concursal para los actos que infringen las limitaciones patrimoniales a que ha quedado sujeto el concursado como consecuencia de la declaración de concurso, se predica, evidentemente de actos *posteriores a la declaración de concurso*. Para los actos del concursado, realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, y que sean perjudiciales para la masa activa, aunque no haya existido intención fraudulenta, la LC prevé las llamadas *acciones de reintegración de la masa o acciones rescisorias concursales* (art. 71 y sigs. LC). Ejercicio de acciones rescisorias que no impide el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquellas contiene el artículo 72 LC. Este régimen de acciones rescisorias sustituye a la antigua retroacción de la quiebra del artículo 878 CC (43).

(42) DÍAZ MORENO, A., «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infringen las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición», *op. cit.*, págs. 1846 y 1847.

(43) Que el régimen de anulabilidad previsto en la LC para los actos que infringen las limitaciones patrimoniales a que ha quedado sujeto el concursado, se predica *de actos posteriores a la declaración de concurso*, queda patente en la SAP de A Coruña (Sección 4.^a), de 13 de diciembre de 2010 (JUR 2011/54554). Señala esta en su Fundamento de Derecho quinto: «La Administración Concursal ejercita la acción de anulación en defensa de los intereses de la masa por el pago hecho a la TGSS por la entidad concursada *con posterioridad a la fecha de declaración del concurso (25-9-2008) sin su previa autorización*, en concepto de cotizaciones sociales (cuota obrera y patronal) correspondientes a los meses de agosto y septiembre (este último hasta la fecha de declaración del concurso), que no convalida dicho órgano con posterioridad. Lo realmente trascendente radica en la acreditación de la salida de bienes o derechos de la masa activa mediante una operación llevada a cabo por la concursada prescindiendo de la Administración Concursal.

Dicha acción es el remedio que se ha previsto en la Ley de reintegración a la masa de los bienes de la concursada, cuando el pago se ha llevado a cabo por la entidad concursada para satisfacer un crédito, con posterioridad a la declaración del concurso, sin consentimiento de la Administración Concursal en cuanto es el único órgano con capacidad de decisión, vulnerando aquella las facultades de disponer o administrar su patrimonio, con independencia además de si el pago realizado es de un crédito concursal o para satisfacer un crédito contra la masa, pues para el éxito de la acción de anulación basta con la acreditación del pago hecho por la concursada sin autorización de dicho órgano concursal [la concursada estaba sujeta a intervención].»

VII. LA SUBSANACIÓN DEL ACTO ANULABLE

1. LA CONFIRMACIÓN DEL ACTO ANULABLE

«La confirmación y la convalidación constituyen una declaración de voluntad del sujeto legitimado para ejercitar la acción de anulación (la administración concursal) por virtud de las cuales dicho sujeto sana los actos afectados por la infracción, los cuales de ese modo van a producir todos sus efectos» (MARTÍNEZ FLÓREZ) (44). Se trataría de una situación semejante a la que prevé el Código Civil en el artículo 1259. La confirmación deberá producirse si el acto es beneficioso para el concurso de acuerdo con el artículo 43.1 LC. Si se trata de confirmar un acto dispositivo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 43.2 LC parece que sería necesaria la autorización del juez. La confirmación, según las reglas generales del Código Civil, puede ser expresa o tácita (art. 1311 CC). Si se trata de confirmar un acto que no puede ser considerado de gestión ordinaria, la confirmación deberá efectuarse necesariamente por escrito, con firma de todos los miembros de la administración concursal (art. 35.3 LC). De acuerdo con el artículo 1312 del Código Civil, la confirmación no necesita el concurso de la contraparte; es un acto unilateral. La confirmación puede producirse en cualquier momento, en tanto no haya caducado la acción de anulación. De acuerdo con el artículo 1309 del Código Civil, la confirmación extingue la acción de anulación. Opera retroactivamente, sanando el acto desde su celebración (*ex tunc*). Las obligaciones que hubiera asumido el concursado y que todavía no hubieran sido ejecutadas, tendrían la consideración de créditos contra la masa (art. 84.9.º LC) (45).

La decisión de la administración concursal de confirmar el acto anulable «podrá venir determinada por la posibilidad de incorporación a la masa activa de aquello que hubiese recibido, o debiese recibir, el concursado a consecuencia o por causa del acto convalidado, o por el interés, relacionado con la continuación de la actividad del concursado y la continuación de una relación de clientela, de dejar vinculado al concurso, o a su masa activa, a la relación contractual sanada», etc. (46).

2. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN (PRESCRIPCIÓN SANATORIA)

Según el artículo 40.7 LC, la acción de anulación caducará: al cumplirse un mes desde la fecha del requerimiento formulado a la administración concursal, habiendo durante ese plazo inactividad por parte de esta. En otro caso (si no hay tal requerimiento), con el cumplimiento del convenio por el deudor o con la finalización de la liquidación.

En el primer caso, al sancionarse la inactividad de la administración concursal con la caducidad de la acción se persigue que la situación de incertidumbre sobre

(44) Según FERNÁNDEZ SEJO Y GUTIÉRREZ DE LA ROZA por confirmación debe entenderse la ratificación expresa del negocio y la referencia de la Ley a la convalidación podría interpretarse como la aceptación de una ratificación tácita en paralelo con lo que dispone el artículo 1311 del Código Civil (FERNÁNDEZ SEJO, J. M., y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., «Efectos del concurso», *op. cit.*, pág. 176).

(45) MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», *op. cit.*, págs. 810 a 812.

(46) BLANQUER UBEROS, R., «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», *op. cit.*, pág. 64.

la eficacia o ineficacia del acto no se prolongue excesivamente. La consecuencia de la inactividad de la administración concursal es la convalidación del acto por prescripción sanatoria (que es un caso de confirmación tácita). Como el plazo de un mes es un plazo de caducidad, esta se produce automáticamente por el paso del tiempo, no siendo susceptible de interrupción ni de suspensión.

Si no hay requerimiento, la acción caduca con el cumplimiento del convenio por el deudor. Con la eficacia del convenio (art. 133.1 LC), cesan los efectos de la declaración de concurso y también los administradores concursales (art. 133.2 LC), de modo que la acción de anulación sola podrá ser ejercitada cuando en el propio convenio se hubiera atribuido dicha función a la administración concursal (art. 133.4 LC) o a otros sujetos. La caducidad de la acción de anulación se produce con la firmeza del auto que declare el cumplimiento del convenio o, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento.

Si no hay requerimiento, la acción también puede caducar con la finalización de la liquidación. Como dice MARTÍNEZ FLÓREZ, si la liquidación finaliza con satisfacción total de los acreedores, no podrá ejercitarse la acción de anulación porque habrá desaparecido el interés de los acreedores en cuyo beneficio se había establecido la ineficacia de los actos del concursado. «Los actos de administración y de disposición realizados por el concursado sobre bienes cuya liquidación no hubiera sido necesaria para la satisfacción de los acreedores quedarán convalidados con la conclusión del concurso» (47).

Si la liquidación concluye sin satisfacción total de los acreedores, de acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 152 LC, «concluida la liquidación de los bienes y derechos del concursado y la tramitación de la Sección de calificación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe final justificativo de las operaciones realizadas y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas *ni otros bienes o derechos del concursado*» (como pueden ser bienes o derechos objeto de actos anulables, ineficaces desde su origen). Por lo tanto, no podrá tener lugar la finalización del concurso en tanto existan pendientes de ser ejercitadas acciones de anulación de actos del concursado realizados en contra de la limitación del ejercicio de las facultades patrimoniales, en tanto acciones dirigidas a devolver a la masa del concurso lo que salió de ella indebidamente. Si la administración concursal emite informe favorable a la conclusión, entonces deberá manifestar que tales actos han sido confirmados por ser favorables al concurso. Señala MARTÍNEZ FLÓREZ que si la administración concursal desconociera la existencia de los bienes objeto del acto anulable y concluyera el concurso, conocidos después, podría solicitarse la reapertura, pero entonces, caducada la acción de anulación, lo procedente sería ejercitar acciones de reintegración (arg. ex art. 179.1 y 3 LC) (48).

Según lo expuesto antes, los actos del deudor *que infrinjan las limitaciones a sus facultades de administración y disposición de su patrimonio* no podrán ser inscritos en Registros públicos *mientras no sean confirmados o convalidados, o hasta que se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme.*

(47) MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», *op. cit.*, pág. 814.

(48) MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», *op. cit.*, págs. 812 a 815.

VIII. LA ANULACIÓN DEL ACTO REALIZADO EN CONTRAVENCIÓN DE LAS LIMITACIONES IMPUESTAS AL CONCURSADO

Si la administración concursal ejercita la acción de anulación (a través de un proceso incidental ante el juez del concurso, regulado en los arts. 192 a 196 LC) (49), o bien las partes no tendrán que realizar las prestaciones recíprocas prometidas o bien, si el acto o contrato se consumó deberán restituirse las prestaciones realizadas de acuerdo con el artículo 1303 del Código Civil (las cosas con sus frutos y el precio con sus intereses) para restablecer la situación anterior a la celebración del acto anulable (50). El concursado deberá devolver la contraprestación recibida como deuda de la masa (arg. *ex art.* 84.2.8.º LC, salvo que hubiese mala fe en el titular del crédito). Si efectivamente este contrato con el concursado *conociendo su situación de concurso y la infracción que el acto suponía de las limitaciones patrimoniales impuestas a aquel, y el perjuicio que ocasionaba a la masa del concurso*, podrá apreciarse la existencia de mala fe y sostenerse que deba perder todo derecho a restitución (arg. *ex arts.* 166 y 172.2.3.º LC), e incluso deba indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa (arg. *ex art.* 73.2 LC). Si la contraparte que contrató con el concursado era de buena fe, podría exigir al concursado, una vez concluido el concurso, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (art. 1101 CC). Si la restitución de la contraprestación in natura no es posible se entregará el equivalente pecuniario (art. 1307 CC).

Ahora bien, *ex artículo 1304 del Código Civil, si la masa activa del concurso no se enriqueció con la contraprestación que recibió el concursado porque este la retuvo y no la puso a disposición del concurso*, no existiría obligación de restituir por parte de la administración concursal, y la otra parte en el acto anulado ni podrá insinuar su crédito en el concurso (por ser un crédito posterior a la declaración) ni podrá ser titular de un crédito contra la masa. Dicha contraparte podrá actuar contra el concursado mediante acciones como la reivindicatoria o la acción de enriquecimiento injusto, o si el concursado no puede devolver el bien (porque lo consumió, destruyó, etc.), solo podrá obtener el equivalente *una vez concluido el concurso*. Además, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1308 del Código Civil, *la contraparte no puede ampararse en la*

(49) De estos preceptos ha sufrido modificación por la Ley 38/2011, el artículo 194.4 LC.

(50) En este sentido, la SAP de Salamanca (Sección 1.ª), de 9 de mayo de 2011 (AC 2011/1220), señala: «Al igual que en el Derecho Civil la declaración de ineficacia de un negocio jurídico conlleva como consecuencia principal la recíproca restitución de las prestaciones, esto es, la devolución de la cosa con sus frutos y del precio con sus intereses, *lo propio acontece en el procedimiento concursal*. En el caso, así debe ocurrir; por cuanto la entidad UGSI, S. L., intervino en la forma en que lo hizo sabiendo, en todo momento, la situación y estado de la entidad concursada, y por tanto, las consecuencias que podían derivarse de todo ello. *UGSI contrató con la concursada y transfirió a su favor toda la facturación de esta. Y todo ello aconteció sin intervención alguna de la Administración Concursal, quien, por otro lado, en el transcurso de su labor, no ha encontrado, debidamente documentada ninguna contraprestación de UGSI a favor de la concursada en virtud del mencionado contrato privado [de cesión de la clínica de la concursada como unidad de explotación]*».

La anulación, en consecuencia, en cuanto genera la devolución de las respectivas prestaciones objeto del contrato, provoca la restitución de los bienes afectados a la masa activa del concurso, pero también, simultáneamente, el nacimiento de un crédito en quien contrató con la ahora concursada, a la devolución del precio o contraprestación que en virtud del mismo acto recibió la concursada. El cual, como se ha dicho, aquí no consta».

excepción contemplada en dicho precepto, para negarse a realizar la devolución del bien obtenido a costa de la masa del concurso. Lo contrario sería hacer a los actos que infringen las limitaciones patrimoniales del concursado, oponibles a la masa de acreedores del concurso, en contra del sentido de la imposición de tales limitaciones que es evitar la disminución indebida del patrimonio concursal. Dicha excepción de incumplimiento de la obligación de restitución, si podrá ser opuesta por la contraparte del concursado a los órganos concursales, cuando la prestación que ella entregó al concursado, sí que hubiera entrado a formar parte de la masa del concurso (51).

Hay que tener en cuenta que la responsabilidad, establecida en el artículo 178.2 LC, una vez concluido el concurso, debe entenderse impuesta, en general, respecto de obligaciones contraídas por el concursado de las que no debiera responder en forma alguna la masa activa del concurso.

IX. EL BIEN OBJETO DEL ACTO ANULABLE HA SIDO ADQUIRIDO POR UN TERCERO HIPOTECARIO

Aunque el artículo 40.7 LC señala que los actos del concursado que infrinjan las limitaciones establecidas en el artículo 40 LC no podrán ser inscritos en Registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme, la realidad es que dado lo previsto en el artículo 18 LH y la posibilidad de que no conste todavía en el Registro de la Propiedad la declaración de concurso, con indicación de la situación de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado, se hace posible que accedan al mismo actos anulables verificados por el concursado. Ciertamente esta posibilidad cada vez es más reducida pues el artículo 24.6 LC señala que «el traslado de la documentación necesaria para la práctica de los asientos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado a los registros correspondientes» y que «*excepcionalmente, y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible*, los oficios con los edictos serán entregados al *procurador del solicitante del concurso*, con los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo». Además el nuevo artículo 24.7 LC indica que «*reglamentariamente podrán establecerse mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los que, con arreglo a lo previsto en los apartados anteriores, habrán de hacerse constar el auto de declaración y las demás vicisitudes del concurso*» [así entre el Registro Civil y el Registro de la Propiedad].

Aunque la parte que contrata con el concursado haya confiado en los pronunciamientos registrales, y por lo tanto, en la libertad de disposición de sus bienes por parte del concursado, el acto no deja de ser anulable desde el punto de vista del Derecho sustantivo civil y la inscripción que de su adquisición hiciere esa parte no convalidaría el acto o contrato (art. 33 LH). El que contrata con el concursado es parte en el acto afectado por la ineficacia y no tercero. Por ello no puede obtener la protección del Registro de la Propiedad. Sí que resultaría protegido el subadquirente posterior, si reúne los requisitos del artículo 34 LH, frente a la anulación del derecho del transmitente [por la administración concursal] por causa [limitaciones patrimoniales del concursado] que no consta en el

(51) MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», *op. cit.*, págs. 816 y 817.

Registro. El problema que fundamentalmente se plantea en torno a la protección de un posible tercero hipotecario es el de su buena fe: si esta se ve afectada por la publicación de la declaración de concurso en el *BOE*, a través del Registro Mercantil, Civil, etc.

X. TRATAMIENTO REGISTRAL DE LOS ACTOS VOLUNTARIOS SOBRE BIENES DEL CONCURSADO, EN LAS FASES COMÚN Y DE CONVENIO

1. EN LA FASE COMÚN

Los actos otorgados con sujeción a las limitaciones establecidas en el auto de declaración de concurso, o en auto posterior de modificación de las limitaciones, serán válidos y, por lo tanto, susceptibles de inscripción, *acreditando en cada caso el requisito complementario que sea procedente (conformidad de los administradores concursales, autorización del juez, etc.)*. Por el contrario, los actos que infrinjan tales limitaciones no serán válidos, y en tanto soporten la condición de anulables, no pueden ser objeto de inscripción en Registros públicos (art. 40.7). La inscripción podrá practicarse si pierden su carácter de anulables mediante confirmación (esta, para poder practicar la inscripción, deberá constar en documentación auténtica, quedando acreditada mediante copia autorizada del documento otorgado); desestimación de la acción de nulidad (esta resulta de una resolución judicial firme dictada dentro del propio procedimiento concursal, por lo que deberá ser acreditada mediante testimonio de la resolución dictada) o caducidad de la acción (en cuyo caso, para practicar la inscripción será necesario aportar documento judicial que exprese que se ha producido el transcurso del plazo de un mes desde la fecha del requerimiento efectuado a la administración concursal para que se pronuncie sobre el ejercicio de la acción de nulidad o la confirmación del acto; que se ha cumplido el convenio o que ha finalizado la liquidación, sin que conste, en ningún caso, la interposición de la acción de nulidad) (52).

Señala CURIEL LORENTE que en esta fase: «en lo que a efectos registrales se refiere, no cabe desconocer las dificultades que existirán para permitir el acceso de los actos de enajenación o gravamen exceptuados de la necesidad de autorización judicial [art. 43.3 LC], particularmente cuando sean otorgados solamente por el deudor [art. 44.2 LC]. El caso más frecuente será el de constructores o promotores, para cuya actividad empresarial la adquisición o enajenación o gravamen de inmuebles es objeto típico.

¿Cómo se apreciará el hecho de ser el acto imprescindible para la continuidad de la empresa y de que se realiza en condiciones normales de mercado? Creo que no puede bastar, a efectos registrales, la mera manifestación al respecto del deudor, y dado que partimos del supuesto de que los administradores concursales no han aceptado todavía el cargo, no queda más medio eficaz que *la resolución judicial acreditativa de tales circunstancias, lo que, indirectamente, implica un control de validez del acto otorgado...*» (53).

(52) CURIEL LORENTE, F., «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Tomo II. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), 1.ª ed., Editorial Aranzadi, S. A., Cízur Menor, 2009, págs. 4842 y 4843.

(53) *Op. cit.*, pág. 4845.

2. EN LA FASE DE CONVENIO

El propio convenio ha de ser objeto de publicidad registral, debiendo hacerse constar los pactos que delimiten las facultades de administración y disposición del deudor (art. 137.2 LC) o que prevean actos concretos de enajenación o gravamen de sus bienes.

Si el deudor realiza actos que contrarían las medidas limitativas o prohibitivas del ejercicio de sus facultades de administración y disposición establecidas en el convenio, tal infracción no se sanciona ni con la nulidad ni con la anulabilidad del acto, sino entendiendo que ello supone incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada del juez por cualquier acreedor (art. 137.1 LC). *El acto contrario a las medidas prohibitivas o limitativas puede acceder a los registros públicos, aunque figuren inscritas en ellos dichas medidas. La inscripción no impide dicho acceso (art. 137.2 LC). Pero la constancia registral de las limitaciones permitirá hacer valer contra cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite para recuperar el bien transmitido.* De lo dicho se deduce que los actos contrarios al contenido del convenio quedan sujetos a un régimen de rescindibilidad similar al de los actos perjudiciales para la masa activa realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

La amenaza de rescisión para los titulares registrales se extenderá indefinidamente hasta que sea cancelada la restricción, lo que no ocurrirá mientras no se cancele la inscripción del convenio, por su cumplimiento o por la terminación de la liquidación a que su incumplimiento hubiera dado lugar (54).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BLANQUER UBEROS, R.: «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 43, junio de 2005.
- CONTRERAS DE LA ROSA, I.: «Efectos básicos de la declaración de concurso sobre el deudor en la nueva Ley Concursal. Especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo II, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2004.
- CURIEL LORENTE, F.: «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Tomo II. GÓMEZ GÁLIGO, J. (coord.), 1.^a ed., Editorial Aranzadi, S. A. Cízur Menor, 2009.
- DÍAZ MORENO, A.: «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo II. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2004.

(54) *Op. cit.*, págs. 4846 a 4848. En el presente trabajo prescindimos del análisis del tratamiento registral de los actos de enajenación que se producen en la fase de liquidación, ya que ello exige un previo estudio de la forma de llevarse a cabo las distintas operaciones de liquidación, estudio complejo que aquí no podemos abordar.

- DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: «Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Tomo II. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), 1.ª ed., Editorial Aranzadi, S. A., Cízur Menor, 2009.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B.: «Efectos del concurso», en *Memento práctico concursal 2012*. Ediciones Francis Lefebvre, S. A., Madrid, 2011.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «Comentario al artículo 40 LC», en *Comentario de la LC*. ROJO, A., y BELTRÁN, E. (coords.), Civitas Ediciones, S. L., 1.ª ed., Madrid, 2004.
- PAU, A.: *Las limitaciones patrimoniales del concursado*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Madrid, 2004.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 17 de marzo de 1958 (*RJA* 1958/1436).
- STS de 22 de abril de 1980 (*RJA* 1980/1531).
- STS de 13 de julio de 1984 (*RJA* 1984/3980).
- STS de 22 de abril de 1987 (*RJA* 1987/2722).
- STS de 5 de marzo de 1991 (*RJA* 1991/2030).
- STS de 15 de noviembre de 1991 (*RJA* 1991/8406).
- STS de 12 de marzo de 1993 (*RJA* 1993/1793).
- STS de 20 de septiembre de 1993 (*RJA* 1993/6647).
- STS de 16 de marzo de 1995 (*RJA* 1995/3482).
- STS de 20 de junio de 1996 (*RJ* 1996/5077).
- STS de 28 de octubre de 1996 (*RJA* 1996/7434).
- STS de 26 de marzo de 1997 (*RJA* 1997/2539).
- STS de 7 de julio de 1998 (*RJA* 1998/6271).
- STS de 22 de enero de 1999 (*RJA* 1999/415).
- STS de 2 de diciembre de 1999 (*RJA* 1999/8530).
- STS de 16 de febrero 2000 (*RJA* 2000/624).
- STS de 22 de mayo de 2000 (*RJA* 2000/3938).
- STS de 12 de junio de 2000 (*RJA* 2000/4408).
- STS de 14 de junio de 2000 (*RJA* 2000/5286).
- STS de 8 de febrero de 2001 (*RJA* 2001/2046).
- STS de 14 de febrero de 2002 (*RJA* 2002/1345).
- STS de 14 de febrero de 2006 (*RJA* 2006/886).
- STS de 10 de noviembre de 2010 (*RJA* 2011/1303).
- SAP de Zaragoza (Sección 5.ª), de 21 de marzo de 2002 (*AC* 2002/658).
- SAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 31 de enero de 2008 (*AC* 2008/1777).
- SAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 5 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/411695).
- SAP de Madrid (Sección 28.ª) de 19 de junio de 2009 (*JUR* 2009/472791).
- SAP de A Coruña (Sección 4.ª), de 13 de diciembre de 2010 (*JUR* 2011/54554).
- SAP de Salamanca (Sección 1.ª), de 9 de mayo de 2011 (*AC* 2011/1220).

RESUMEN

*LIMITACIONES PATRIMONIALES
DEL CONCURSADO
ACTOS INFRACTORES.
ANULABILIDAD. RESCISIÓN
INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO
DE LA PROPIEDAD*

La Ley Concursal, frente al régimen anterior del Código de Comercio y del Código Civil, permite graduar los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del concursado, adaptándolos a las circunstancias del caso, y acoge como sanción para los actos del deudor que infringen tales limitaciones un régimen de anulabilidad, frente al régimen anterior de nulidad que la jurisprudencia deducía del artículo 878.2.º del Código de Comercio.

ABSTRACT

*LIMITATIONS ON A BANKRUPT
PERSON'S ASSETS
ACTS OF INFRINGEMENT.
ANNULLABILITY. RESCISSION
REGISTRATION IN THE PROPERTY
REGISTRY*

The terms of the Bankruptcy Act, in contrast to the previous set-up under the Code of Commerce and the Civil Code, allow the effects that a declaration of bankruptcy has on the bankrupt's asset-handling faculties to be graduated in order to adjust to the circumstances of the case. The Bankruptcy Act also features an annullability procedure to penalize any acts by the bankrupt that infringe those limitations, in contrast to the previous nullity procedure, which was deducted by case law from article 878.2 of the Code of Commerce.

2. MERCANTIL

LA FILIALIZACIÓN DE ACTIVIDADES SOCIALES Y EL DERECHO DE SEPARACIÓN EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 10 DE MARZO DE 2011

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DESARROLLO INDIRECTO DEL OBJETO SOCIAL Y SU MODIFICACIÓN SUSTANCIAL.—III. EL TRATAMIENTO DE LA FILIALIZACIÓN DE ACTIVIDADES.—IV. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 10 DE MARZO DE 2011.—V. RECAPITULACIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En un trabajo anterior nuestro (1), si bien tangencialmente, nos ocupamos sobre la polémica al hilo de las cláusulas de objeto indirecto reguladas en el artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil de 1989, desaparecido tras la reforma de 1995 (2) (3). En la actualidad y con carácter general puede seguir considerándose como acertada la doctrina asentada por el Centro Directivo que entiende facultado al órgano de administración para fundar sociedades y constituir filiales, según su Resolución de 6 de diciembre de 1954 (*RJ* 1954/2970) y en su también Resolución de 18 de mayo de 1986 (*RJ* 1986/3040) donde se afirmaba lo siguiente:

«Considerando

en efecto, que una modesta participación en otra Sociedad, aun con objeto diverso de la participante, no justifica, en principio, que haya una modificación del objeto social, sin que por ello se desconozca que a través de adquisiciones escafonadas de pequeñas participaciones sociales no importantes cuantitativamente se pueda llegar a transformar la esencia de la Sociedad, y es que toda esta materia tan delicada por los problemas que conlleva escapa la mayor parte de las veces de la función calificadora del Registrador Mercantil, ya que al faltar un límite objetivo concreto que separe lo lícitamente permitido a los administradores en su actuación

(1) REDONDO TRIGO, «El autocontrato en la fundación de sociedades», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 728.

(2) Vid., al respecto, MASSAGUER FUENTES: «La doctrina de la DGRN en torno a la mención estatutaria relativa al objeto social: un primer balance a la aplicación del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. II (Estudio), 1993.

(3) Igualmente, vid. CABANAS TREJO-BONARDELL LENZANO, «Síntesis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el objeto social», en *La Notaria*, 2/2000, febrero de 2000, págs. 93-112.

social de lo que puede suponer una desviación de su función en perjuicio del interés social o de los socios, tiene su campo más idóneo en el contencioso;

Considerando

que no hay que olvidar que toda participación en otra Sociedad supone, por su propia naturaleza, una forma de inversión, y que el mismo legislador español autoriza tales tipos de inversiones a fin de desarrollar el mercado de valores, y por último, que cuando estas aparezcan en conexión con un elemento cuantitativo del objeto social debe ser consentida al igual que si existe una ligazón económica y una tal comunidad de intereses que confiere a la adquisición o suscripción de acciones un carácter funcional respecto al logro de la Sociedad participante, como ocurrió en el supuesto que motivó la Resolución de 6 de diciembre de 1954 (RJ 1954/2970);

Considerando

en definitiva, que como declaró la mencionada Resolución, el objeto de una Sociedad constituye su razón de ser y delimita las atribuciones del órgano representativo, pero no puede calificarse con criterio estrecho, que impediría a una Sociedad, sin tener que modificar sus Estatutos a través de una nueva que a tales fines se crea, obtener logros análogos a sus fines —en este caso concreto, relacionados con la administración del patrimonio propio o ajeno— decididos por el órgano de gestión, todo lo cual no ha de confundirse con la ampliación de operaciones reguladas en el artículo 86, y en el presente caso sigue inalterado el objeto o fin primordial de la Sociedad fundadora, no es importante su aportación —80.000 pesetas—, en relación con el volumen de capital con que cuenta para sus fines, y que admitida la inversión de fondos sociales en la adquisición de acciones de otra Sociedad el resultado práctico sería el mismo, pues por este medio indirecto se pueden crear lazos de dependencias y subordinación de empresas que por conservar su respectiva personalidad jurídica, el artículo 149 de la Ley de Sociedades Anónimas las exime de requisitos especiales».

Al hilo de lo anterior y aunque para los casos de aportaciones de rama de actividad y mucho antes de la aprobación de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, ya la importante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de junio de 1994 (RJ 1994/4915), al tratar un supuesto de aportación de rama de actividad como caso diferente a la escisión (4), es cierto que se planteó si dicha aportación de rama de actividad suponía un acto que excedía de la competencia del órgano de administración y que necesitaba la intervención de la Junta General de la correspondiente sociedad, al afirmar lo siguiente:

«Desde la perspectiva de los socios, su posición queda suficientemente garantizada con la aplicación de las normas propias de los aumentos de capital con aportaciones no dinerarias (informe pericial, régimen de responsabilidad del aportante, informe de los administradores, quorum cualificado...), en concreto, en la sociedad

(4) El tratamiento legislativo ofrecido a las aportaciones de rama de actividad en la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles al conceptualizarlas como una forma de segregación en su artículo 71 ha sufrido bastantes críticas, destaca, a nuestro juicio, la efectuada por SERRA CALLEJO, «¿Es la aportación de rama de actividad una modificación estructural?», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 28.

aportante, la posición social y económica de aquellos permanece inalterada (aunque, en rigor, y aunque no se plantee la cuestión en el recurso, es discutible si, en función del volumen de la aportación en relación con el patrimonio de la sociedad aportante, sería preciso el acuerdo de la Junta general, al exceder el acto de la competencia de los administradores), y, desde la posición de los socios de la sociedad receptora de la aportación, por la necesidad de cumplir los requisitos exigidos para la ampliación de su capital social. Además, en el presente supuesto, todo posible perjuicio se disipa desde el momento en que los acuerdos son adoptados en sendas Juntas universales con el voto unánime de todos los socios».

Además al analizar la figura de la aportación de rama de actividad desechó la aplicación analógica de la normativa reguladora de la escisión, vedando así en este caso dicha aplicación analógica en materia de modificaciones estructurales, al afirmar lo siguiente:

«De los razonamientos anteriores se desprende que no resulta admisible, a la vista de la situación actual de nuestro Derecho positivo, la pretensión de reconducir el supuesto hacia un efecto de sucesión universal, con simultáneo reconocimiento de un derecho de oposición a los acreedores: El carácter excepcional que este sistema de transmisión de patrimonios tiene en nuestra legislación, en la que tan solo se reconoce en los casos de fusión y de escisión (cfr. arts. 233, 252 y 253 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) —aunque, ciertamente, de manera más limitada en la escisión parcial— (cfr. art. 259 del mismo cuerpo legal), así como la falta de una normativa que expresamente establezca esa solución para la transmisión inter vivos de los conjuntos empresariales integrados por un complejo de relaciones jurídicas activas y pasivas, obstaculiza definitivamente una aplicación analógica de la normativa de la escisión, por lo demás, innecesaria, por falta, como se ha evidenciado, de auténtica laguna legal».

Por lo tanto, a nivel del Centro Directivo en operaciones de aportaciones de rama de actividad declaró la posible necesidad de la intervención de la Junta General —según las circunstancias de la operación— así como la inaplicación analógica en materia de modificaciones estructurales.

No obstante lo anterior y también sobre modificaciones estructurales la cuestión del fraude de ley ha sido también tratada en nuestra Jurisprudencia, destacando la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2006 (*RJ* 2006/360), que estimó la existencia de fraude de ley en un caso de aportaciones no dinerarias efectuadas por una sociedad para la constitución de otra; asunto que fue planteado por unos acreedores —demandantes— que adquirieron sus créditos atraídos por la apariencia de solvencia de la deudora cambiaria —demandada—, habiéndose producido una cesión de unidad patrimonial sin inclusión del pasivo. El Tribunal Supremo condena a la demandada a cumplir la norma que pretendió eludir; o sea, la normativa de la escisión. Entre sus considerandos se aprecia lo siguiente:

«Ercros, S. A., acordó solicitar, solicitó y obtuvo unos beneficios fiscales a la luz de la entonces vigente Ley 76/1980, por una segregación que, conforme al artículo 15 de la misma, merecía el mismo tratamiento fiscal favorable que la escisión parcial propiamente dicha, aunque hubiera mantenido en su activo las acciones de Ertoil, S. A. Y se entiende que, según dicho precepto, la segregación, al tener por objeto un conjunto o bloque de elementos componentes de una rama unitaria de actividad o

negocio, generaba una sucesión también en todos los elementos pasivos integrados en la unidad económica escindida.

Sin embargo, Ercros, S. A., apartándose de su actuación concluyente anterior, ejecutó la operación como si se tratara de otra distinta; es decir, como si fuera una mera aportación no dineraria de rama de actividad, aprovechando la coyuntura de un cambio normativo que se iba a producir de inmediato y al que se acogió para defender su posición ante acreedores como la demandante, si bien no en aquello que le perjudicaba: en la sujeción de la misma al régimen tributario general».

Como hemos podido comprobar, antes de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, conceptos propios de la parte general de nuestro Ordenamiento Jurídico, tales como la aplicación analógica o el fraude de ley en operaciones societarias, tales como la fusión, la escisión y las aportaciones de rama de actividad, fueron objeto de recurso ante la imprecisión o inexistencia de regulación de alguna de aquellas figuras. Sin embargo, tampoco es que podamos afirmar que con la aprobación de la referida Ley 3/2009 y la Ley de Sociedades de Capital nos encontremos con un panorama legislativo que ofrezca una regulación clara de las operaciones societarias o modificaciones estructurales citadas, siendo deseable una reforma de nuestro Derecho de Sociedades que se acometiera teniendo presente las soluciones que nuestra práctica requieren, todo ello en aras de una mayor competitividad económica y seguridad jurídica.

Ello es claramente apreciable en el caso de las filializaciones de actividades donde entendemos que existen dos normas jurídicas como son el artículo 72 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles que sujeta a la regulación de la escisión, cuando proceda, la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria, y el artículo 346.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital, que concede un derecho de separación al socio en casos de modificación sustancial del objeto social.

También cabe precisar que la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2010 (RJ 2010/5693), sentó doctrina con carácter general sobre qué debe entenderse una mera modificación del objeto social y cuándo hay una auténtica sustitución del objeto social que otorga el derecho de separación del socio, en los siguientes términos:

«En las sociedades de responsabilidad limitada incumbe a la mayoría decidir libremente, por el trámite de la modificación de los estatutos, un cambio del objeto social, sea por la sustitución por otras, por la ampliación o por la reducción parcial de las actividades en que aquel consista —arts. 44, apartado 1, letra d), y 53, apartado 2, de la Ley 2/1995, de 23 de marzo—.

Sin embargo, el legislador ha querido armonizar esos poderes de la mayoría con el respeto a la voluntad del socio disidente, cuando la modificación del objeto social alcance el nivel de una sustitución. Lo hace mediante el reconocimiento, al que no hubiera votado a favor del acuerdo, del derecho a separarse de la sociedad con reembolso de sus participaciones —art. 95, letra a), de la Ley 2/1995—.

Tal derecho de separación, por la causa específica de que se trata, la tomó el artículo mencionado —apartándose de la Ley de 17 de julio de 1953 (RCL 1953/909/1065), que guardaba silencio al respecto, salvo en su Disposición Transitoria tercera, para otro supuesto— del artículo 147, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley

de Sociedades Anónimas —Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206)— que, a su vez, lo había hecho del apartado cuarto del artículo 85 de la Ley de 17 de julio de 1951 (RCL 1951/811/945) —referido al “cambio de objeto”— y este del artículo 2437 del Codice Civile italiano —que condiciona el “recesso” a “il cambiamento dell'oggetto”, entre otras modificaciones “dell'atto costitutivo”—.

El legislador español de 1989 trató de poner fin a las dudas que había suscitado, en cuanto a su sentido y alcance, la fórmula “cambio de objeto” utilizada en la Ley de 1951, reconociendo el derecho solo en los supuestos de “sustitución”, término que da idea de reemplazo y de poner una actividad en el lugar de otra, no de una ampliación o reducción, que constituyen, en principio, operaciones de menor alcance.

No obstante, con razón se ha indicado que —al margen de los supuestos patológicos de las modificaciones estatutarias diseñadas para eludir el derecho de separación del socio disidente, mediante el expediente de mantener en los estatutos el objeto social originario para dar la falsa apariencia de una mera adición objetiva— la sustitución no debe ser calificada desde una visión absoluta —conforme a la que solo sería admisible el derecho de separación cuando aquella fuera total, esto es, con reemplazo en el texto estatutario de una actividad por otra—, sino relativa, atendiendo como razón identificadora del objeto social a la sustancia del mismo que permite definirlo como tipo, poniéndola en relación con el fin de la norma, que no es otro que respetar la voluntad del socio que ingresó en una sociedad que explotaba un determinado negocio, admitiendo que condicione su permanencia a la de la finalidad objetiva que fue la base de su relación con aquella.

No habrá, pues, sustitución cuando la modificación, por adición o supresión, resulte intrascendente desde aquel punto de vista y, menos, en los casos de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos, a los que se ha referido en numerosas ocasiones la Dirección General de los Registros y del Notariado —Resoluciones de 17 de febrero (RJ 1992/1531) y 8 de junio de 1992 (RJ 1992/5730), 18 de agosto (RJ 1993/7117) y 11 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9116)...—, pero sí cuando se produzca una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta: caso de la eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino distinto del previsto en los estatutos...».

Así pues, existirá una sustitución de objeto social que lleva aparejada el derecho de separación del socio en caso de «transformación sustancial» del objeto que haya supuesto una «mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad», suponiendo dicho cambio en la sociedad su conversión «en una realidad jurídica o económica distinta», como es el «caso de eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias, o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino del previsto en los estatutos».

La importancia de la doctrina de esta sentencia se nos revela incluso en los trabajos legislativos que dieron lugar a la redacción actual del artículo 346.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital, que reconoce el derecho de separación del socio ante la «sustitución o modificación sustancial del objeto social», donde con

cita de la misma, se propuso por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso la siguiente Enmienda (núm. 19) (5):

«Se propone añadir un nuevo apartado al artículo 1 del Proyecto que modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, modificando la letra a) del apartado primero del artículo 346 que tendrá el siguiente texto:

“a) Modificación sustancial del objeto social”

JUSTIFICACIÓN

La Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951 (art. 86, párrafo cuarto), reconocía derecho de separación a los socios en caso de “cambio” del objeto social. La expresión legal dio lugar a muy distintas interpretaciones: mientras algunos consideraban que ese derecho existía siempre que se produjera cualquier cambio del artículo estatutario, relativo a la actividad o actividades a que se dedicaba la sociedad, otros exigían que se tratase de un cambio sustancial, negando que el derecho existiera en los supuestos de reducción o de ampliación del objeto. La Ley 19/1989, de 25 de julio, trató de poner fin a esta incertidumbre, acogiendo la tesis más estricta, según la cual el derecho de separación solo se concedía en caso de sustitución del objeto social, que es la expresión que ahora recoge la Ley de Sociedades de Capital (art. 346.1, letra “a”). La modificación, por extremada, no ha sido afortunada, hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha considerado necesario realizar una interpretación correctora para reconocer el derecho a separarse de la sociedad, siempre que se produzca “una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta” [STS (1.a) de 30 de junio de 2010]. Se impone, pues, siguiendo este criterio jurisprudencial, encontrar ese punto intermedio entre las modificaciones accidentales o secundarias del objeto y la radical sustitución del objeto. La enmienda propone que el derecho de separación se reconozca en todos aquellos casos de modificación “sustancial” del objeto social, introduciendo así una fórmula flexible que los Tribunales de Justicia habrán de modular en atención a las circunstancias de cada caso».

En definitiva y al hilo de lo anterior, el problema planteado y resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011 (RJ 2011/2765), es precisamente el de «transformación sustancial» y derecho de separación, mostrándose el Alto Tribunal a favor del reconocimiento del derecho de separación a los socios ante un supuesto de modificación estatutaria para incluir el ejercicio indirecto de las actividades sociales a través de la correspondiente filial. Dicho derecho de separación se concedió a favor de los socios que no votaron a favor de la referida modificación estatutaria.

(5) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura, 30 de mayo de 2011. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado al proyecto de ley de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital e incorporación a la Directiva 2007/36, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

Ante ello, lo que cabe decir en un primer lugar es que según las propias palabras del legislador antes citadas, esta «transformación sustancial» o «modificación sustancial», es una «fórmula flexible que los Tribunales de Justicia habrán de modular en atención a las circunstancias especiales de cada caso», debiéndose reconocer el derecho de separación ante aquellos supuestos de modificación sustancial del objeto social siempre que dicho cambio en la sociedad suponga su conversión «en una realidad jurídica o económica distinta», pero insistimos, que dicha interpretación no implica la consagración de un derecho de separación con carácter absoluto ante cualquier modificación sustancial, sino que este debe ser atendido en función de las circunstancias especiales de cada caso, al tratarse la novedad legislativa de una «fórmula flexible».

II. EL DESARROLLO INDIRECTO DEL OBJETO SOCIAL Y SU MODIFICACIÓN SUSTANCIAL

A nuestro juicio, una primera aproximación a la problemática suscitada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011, pasa por el análisis del desarrollo indirecto del objeto social a través de una sociedad participada, así como por el entendimiento del concepto «modificación sustancial».

A este respecto, ha de señalarse que el derogado artículo 117.4 del Reglamento de Registro Mercantil de 1989 prescribía lo siguiente:

«4. Si se pretendiera que las actividades integrantes del objeto social puedan ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo, se indicará así expresamente» (6).

Como expuso MESSEGUER (*op. cit.*) (7), el derogado artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil no había de conectarse con el ámbito de represen-

(6) Como afirmaba MESSEGUER (*vid., op. cit.*), «la inteligencia del alcance de este imperativo legal no es cuestión obvia en absoluto. En principio es norma que parece destinada a impedir que en nuestro ordenamiento se abra una polémica similar a la producida en Italia en torno al artículo 2361 del Codice Civile: *L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nell'atto costitutivo, no consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo* (en este sentido, ya CABANAS, R., *RDM*, núm. 205, 1992, págs. 497 y 498), en particular en lo que hace a la no admisibilidad de la conversión de un ejercicio directo de la empresa social en un ejercicio indirecto mediante participaciones de control en otra sociedad (FANELLI, G., «Limiti e condizioni di legittimità delle partecipazioni di società ad altre imprese», en *Riv. dir. civ.*, 1960, I, págs. 52 y sigs., págs. 69 y 70; FERRARA, F. Jr. y CORSI, F., *Gli imprenditori e le società*, 8.ª ed., A. Giuffrè, Milán, 1992, págs. 747 y 748) y, de modo especial últimamente, sobre la posibilidad de que una sociedad operativa pudiera convertirse en una sociedad *holding* pura o no, sin necesidad de modificar su objeto (GALGANO, F., *Diritto commerciale. Le società*, 3.ª ed., Zanichelli, Bologna, 1992, pág. 226; DI SABATO, F., *Manuale delle società*, 2.ª ed., UTET, Turín, 1987, pág. 352)».

(7) «No puedo compartir esta lectura en su totalidad. Los “actos de participación”: constitución de otras sociedades y adquisición de acciones y participaciones sociales, no son actividad sino acto. Carece de sentido, por lo tanto, regular “actos” donde se regulan “actividades”. De hecho, la vinculación de la mención estatutaria considerada con las facultades de representación del órgano de administración entra en conflicto con la expresa prohibición de que la cláusula estatutaria, relativa al objeto social, incluya los actos precisos

tación de los administradores sociales, sino con la propia actividad de la sociedad en cuanto al modo de ejercicio y contenido de la misma.

En relación con esto último, coincidimos con MESSEGUER (*op. cit.*) que el propio artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil solo venía a exigir la mención estatutaria del ejercicio indirecto del objeto social a través de participadas, pero sin que ello supusiera la revisión de la acertada doctrina anterior a dicha norma reglamentaria en cuanto a la validez de la participación en la sociedad dominada con objeto idéntico, auxiliar o complementario.

En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (tantas veces citada por nuestra doctrina), de 6 de diciembre de 1954 (RJ 1954/2970), razonó del siguiente modo: *«el objeto... de una sociedad... concreta y delimita las atribuciones del órgano representativo, pero no puede calificarse con un criterio estrecho que impida a la sociedad, sin tener que modificar sus estatutos, a través de una sociedad que a tales fines se crea, la explotación de subproductos, materias primas necesarias u otras análogas relacionadas con sus fines»; argumento que también fue seguido (por la igualmente utilizada por nuestra doctrina de forma reiterada a estos efectos) por la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986/2637) cuando estableció que «ni... se puede considerar que tal acuerdo suponga, en este concreto caso, una inversión que, lejos de modificar o alterar el objeto social, contribuya a él, habida cuenta del importante dato de que (la sociedad participada)... tiene por objeto el comercio y distribución, entre otros, de productos alimenticios, cuales los de la ahora participante».*

Después de ubicar el mandato reglamentario del artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil de 1989, dentro de las actividades sociales y no dentro de las facultades de representación del órgano de administración, MESSEGUER (*vid., op. cit.*) concreta el ámbito de aplicación del mismo dentro de lo que denomina «participaciones empresariales» en clara conexión con la Teoría del Derecho de Grupos, ya que a través de estas se desarrolla indirectamente el objeto social de la dominante con creación de relación unitaria, en contraposición a lo que llama «participaciones capitalistas» que simplemente suponen la inversión en otras sociedades sin creación de grupo societario, ya que no supone gestión de la actividad de la participada y coordinación de actividades entre dominante y participada.

Pues bien, es en estas participaciones empresariales para las que se ha requerido por el Tribunal Supremo la coincidencia del objeto social de la dominante con la dominada para evitar el derecho de separación del socio ante una modificación del objeto social. De esta forma, la meritada sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986/2637), establece que: *«a través de la suscripción de acciones en el momento fundacional por una Sociedad o su participación mediante compra en otras sociedades, puede llegarse a modificar indirectamente el objeto social de la sociedad operante, cuando la nueva creada en la que se participe tiene un objeto social distinto o extraño al de la primera con vulneración del principio, según el cual toda modificación del objeto social debe ser acordada en Junta General (art. 84 LSA 1951) y, sobre todo, porque se privaría al socio disidente de ejercitar el derecho de separación (art. 85.4.º LSA 1951) que la misma Ley le reconoce», modificación fáctica del objeto social de la sociedad participante que no se produce en el caso porque existe «una ligazón económica y una tal comunidad de intereses*

para su realización. De otro lado, tampoco es técnica estatutaria inobjetable precisamente trasladar, siquiera parcialmente, el régimen estatutario de las facultades de representación a sede de objeto social».

(entre sociedad participante y sociedad participada) que confiere a la adquisición o suscripción de acciones un carácter funcional respecto al logro de la sociedad participante». De igual forma, la antes citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de mayo de 1986 (RJ 1986/3040), expuso lo siguiente: «Considerando que la primera de estas dos cuestiones pone de relieve, una vez más, la importancia del objeto social dentro del campo societario, ya que a través de la suscripción de acciones en el momento fundacional por una Sociedad o su participación mediante compra en otras Sociedades, puede llegarse a modificar inmediatamente el objeto social de la Sociedad operante, cuando la nueva creada en la que se participe tiene un objeto social distinto o extraño a la de la primera con vulneración del principio según el cual toda modificación del objeto social debe ser acordada en Junta General —art. 84 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1951/822 y NDL 28531)— y, sobre todo, porque se privaría al socio disidente de ejercitar el derecho de separación —art. 85-4.º— que la misma Ley le reconoce».

Por ello, MESSEGUER concluye su razonamiento al respecto del siguiente modo: «De ahí la necesidad de que el objeto social de la sociedad dominante sea idéntico o, cuanto menos, esté funcionalmente vinculado, mediante una relación de instrumentalidad o complementariedad, con el objeto social de la sociedad dominada, de forma que la clase de actividad empresarial propia de la segunda resulte amparada por el objeto social de la primera (MESSEGUER, J., *RDM* núm. 192, 1989, págs. 306 a 309, tesis que acoge VICENT, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, 3.ª ed., J. M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1991, pág. 973, y que en Alemania había sostenido HOMMELHOFF, P., *Die Konzernierungspflicht. Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts*, C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1982, págs. 47 y 48, y en Francia por GUYÓN, Y., «Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés», *ob. cit.*, núm. 590, pág. 536, y en Italia, de modo implícito, GALGANO, F., *La societ per azioni*, 2.ª ed., CEDAM, Padua, 1988, pág. 203, o JORIO, A., «Grupo di impresa, holding e socio tirano», en *Rivista di diritto dell'impresa*, 1991, pág. 315 y sigs., pág. 326). Semejante regla de coordinación está claramente formulada en el artículo 117.4 RRM, cuya previsión de ejercicio indirecto se limita a los casos de participación en «sociedades con objeto idéntico o análogo» (al respecto, nótese como GALGANO, F., «La societ per azioni», *ob. cit.*, págs. 203 a 206, repite que la sociedad dominante, *holding* puro o no, ejercita de forma mediata o indirecta la actividad de producción o cambio ejercitada por las sociedades dominadas, y en el mismo sentido, WEIGMAN, R., «Nota a Cass. 26-2-1990», en *Giur. it.*, 1990, I, págs. 714 y sigs., pág. 716). La coordinación de objetos sociales garantiza la exclusiva aplicación de los recursos financieros de la sociedad a la explotación de las actividades constitutivas de su objeto propio, por muy indirecta que sea la forma en que se haga, y evita comprometer la inversión de los socios con los resultados de actividades no consideradas al decidir su entrada en la sociedad».

Cabe recordar sobre el alcance del artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de noviembre de 1991 (RJ 1991/9676), que mantenía el criterio consistente en que pese a dicha norma reglamentaria no era necesaria la existencia de la cláusula estatutaria para posibilitar la participación en sociedades con objeto similar, ya que dicha facultad se encontraba dentro del ámbito de representación de los administradores, manifestándose del siguiente tenor: «El otro defecto impugnado en el presente recurso hace referencia a la inscripción de una cláusula estatutaria por la que se incluye en el objeto social "la creación y promoción de Empresas y Sociedades con objeto similar, y la intervención directa o indirecta en ellas". La previsión debatida no contribuye verdaderamente a com-

pletar la definición del objeto social de la entidad en cuestión, pues no se delimita con ello un ámbito de actividad, sin que únicamente se destaca uno de los modos en que la actividad ya delimitada puede desenvolverse (así lo confirma la propia dicción literal del párrafo 4.º del art. 117 del Reglamento del Registro Mercantil); y tampoco es necesaria su existencia para posibilitar la constitución de esas Sociedades de objeto similar, dado que los administradores de la Sociedad, por el solo hecho de su nombramiento, quedan facultados para la realización de todos los actos jurídicos encaminados a la consecución del fin social (vid. art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas). Ahora bien, no procede rechazar su inscripción, toda vez que viene expresamente amparada en el contenido normativo del párrafo final del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto manifestación de la posibilidad de desarrollo indirecto del objeto social».

En el mismo sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9859), al considerar lo siguiente: «La exigencia legal de que en los Estatutos de las Sociedades Anónimas conste “el objeto social, determinando las actividades que lo integran” —art. 9.b), de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206)—, no alcanza a la necesidad de particularizar los modos a través de los cuales esas actividades puedan ser desarrolladas y sin que tampoco, como ya declarara la Resolución de este Centro Directivo de 25-11-1991 (RJ 1991/9676), sea necesaria una previsión específica que ampare su desenvolvimiento de modo indirecto a través de otras entidades de objeto similar dado que los Administradores de la Sociedad, por el solo hecho de su nombramiento, quedan facultados para la realización de todos los actos jurídicos encaminados a la consecución del fin social, sin que el silencio sobre el particular excluya su posibilidad, ni tan siquiera su expresa prohibición aún inscrita en el Registro Mercantil, tenga más que un alcance interno ineficaz frente a terceros (vid. art. 129 de la misma Ley). No obstante, de existir, el artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1989/2762 y RCL 1990/29) ampara su inscripción, pero sin que ello tenga otro alcance que el meramente aclaratorio o explicativo ni, por tanto, esa previsión tenga que ajustarse a la dicción literal de la norma reglamentaria. Al contemplarse en la misma norma estatutaria, que define el objeto social, la posibilidad de su realización de modo indirecto a través de otras fórmulas asociativas, resulta evidente que el objeto de esta ha de guardar relación con el propio objeto social, pues, de lo contrario, no serían vehículo idóneo para la consecución del mismo».

Por su parte y tras la derogación del artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil, tras la reforma operada en 1995, CABANAS TREJO-BONARDELL LENZANO (vid., *op. cit.*) opinaban que «la desaparición del número 4 del antiguo artículo 117 RRM de 1989 no ha de ser vista como una merma de las posibilidades de participación en otras sociedades y, por consiguiente, de las facultades de los administradores para llevar a cabo esas adquisiciones, sino, justo al contrario, como una ampliación de aquellas, pues no solo se evita cualquier pernicioso propagación de la exigencia de previa habilitación estatutaria a supuestos adquisitivos libres de toda sospecha, sino, además, el llamado ejercicio indirecto del objeto queda exento de tener de cumplir dicho requisito (ya lo había dicho la propia DGRN). Lo único que va a suceder a partir de ahora es que la asunción de participaciones en otras sociedades, aun cuando se halle prevista genéricamente en los estatutos (pues nada obsta para que así se establezca, incluso, en términos idénticos a los del precepto derogado; su inclusión, por tanto, no ha de constituir defecto para su inscripción), no se consentirá, si por la medida o por el objeto de la participación resulta con ello sustancialmente modificado (de hecho) el

objeto social determinado estatutariamente, pero esta es una cuestión a decidir en cada caso y mediante la valoración de todas las circunstancias concurrentes, lo cual, por supuesto, escapa a la competencia del Registrador Mercantil que deba inscribir la escritura fundacional de una sociedad participada por otra u otras (véase Resolución de 11 de marzo de 1992, a propósito de la *constitución* de una sociedad que tenía por objeto el propio de las agencias de viajes, cuando uno de los tres socios fundadores era un Banco).

La derogación del meritado artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil tuvo buena acogida en cierto sector de nuestra doctrina mercantilista como PAZ-ARES (8) que ha opinado que: «La reforma de la reforma, controvertida sobre todo por aquellos que veían en el viejo artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil una pieza adelantada del Derecho de grupos por venir, ha de considerarse acertada. A nuestro modo de ver, en efecto, los inconvenientes prácticos que ocasionaba la cláusula de objeto indirecto eran muy superiores a sus ventajas. El problema que trataba de atajar no reviste, por lo demás especial gravedad, puesto que al fin y al cabo la formación del grupo por esa vía no afecta al corazón del negocio, que continúa en manos de la sociedad matriz.

El verdadero problema se presenta cuando la formación del grupo afecta al corazón del negocio, es decir, cuando conduce a hurtar a la sociedad matriz y, por tanto, a sus accionistas el control directo de partes sustanciales de la explotación. El supuesto paradigmático se presenta con las llamadas operaciones de «filialización», que tienen lugar cuando una sociedad operativa se reestructura como sociedad *holding*. La estrategia empleada a tal fin consiste en segregar los activos industriales o comerciales que constituyen la base de la explotación a favor de una o varias filiales de nueva constitución. La sociedad aporta los activos y, a cambio, obtiene las participaciones».

En función de las anteriores consideraciones sobre el desarrollo indirecto del objeto social, podemos adelantar que en nuestra opinión, la adopción de la sociedad operativa de las características de sociedad *holding* como consecuencia del referido proceso de filialización supone una realización del objeto social de forma indirecta, por lo que si está amparada la antigua actividad de la sociedad *holding* bajo el objeto social de la nueva sociedad dominada que ha recibido los activos correspondientes a través de la correspondiente modificación estructural, no supone que haya de reconocerse a los accionistas de la sociedad dominante una protección especial basada en el ejercicio del derecho de separación —como contrariamente entiende la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011—, aunque sí bajo las medidas protectoras del correspondiente procedimiento de modificación estructural que suponen básicamente la intervención de la Junta General para la adopción del acuerdo social de filialización (art. 72 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles —pese a que, *a priori*, podamos admitir la competencia del órgano de administración para constituir filiales o adquirir participaciones sociales en otras entidades, tal y como hemos expuesto anteriormente—), como continuaremos exponiendo a continuación.

Por otro lado, si bien es cierto que la inclusión en el artículo 346.1.a) de la modificación sustancial del objeto social como supuesto de hecho que supone el derecho de separación del socio junto con la tradicional sustitución del objeto social, operada por la Ley 25/2011, supone un acogimiento positivo de lo

(8) PAZ-ARES, URÍA y MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 2006, Tomo I, pág. 1482.

razonado por nuestra jurisprudencia [sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2010 (*RJ* 2010/5693)], no consideramos que dicha reforma normativa pese a lo relevante de la misma tuviera que incidir en una resolución contraria a la propuesta, con consolidación de la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011, ya que no puede imponerse por los tribunales una aplicación rigorista del artículo 346.1.a), puesto que la misma —como hemos recogido— debe ser considerada como una fórmula flexible en el enjuiciamiento de la misma, según las circunstancias del caso. Es precisamente en este caso que nos ocupa de filialización de actividades y mutación en sociedad meramente *holding* donde entendemos que no ha de aplicarse la consecuencia jurídica del artículo 346.1.a) puesto que pese a poderse considerar *ab initio* dicha mutación o conversión como un supuesto de modificación sustancial, la realidad es otra, ya que lo que verdaderamente tiene lugar no es una modificación sustancial según el razonamiento jurisprudencial citado, sino una realización indirecta del objeto social, cuyo mecanismo de protección precisamente reside en el tratamiento de la filialización como un caso de modificación estructural.

Que dicho cambio legislativo no puede suponer una regulación diferente de la filialización, lo avala también no solo el razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2010 (que como hemos visto es presupuesto de dicha novedad normativa, según indican los trabajos legislativos de esta reforma societaria), sino que tradicionalmente y pese a la dicción literal «cambio» de objeto social en el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, cierta doctrina también entendió incluido en el término «cambio» del objeto social aquellas situaciones de modificación sustancial del mismo, siendo esta normativa la analizada en los casos resueltos tanto por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de diciembre de 1954, (*RJ* 1954/2970) como por la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1986 (*RJ* 1986/2637) (9).

En este sentido, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (10) manifestaba lo siguiente: «Por lo tanto, el término “cambio de objeto”, empleado en el precepto citado, debía ser asimilado al de “modificación sustancial” del objeto social, que podía concretarse, bien en una sustitución de las actividades previstas en los estatutos, bien en la yuxtaposición de otras que, por su importancia o por su falta de afinidad con las establecidas, desvirtuasen por completo el objeto estatutario, supuesto al que era posible asimilar el —muy poco frecuente en la práctica— de reducción “formal” de actividades, siempre que dicha reducción produjera los mismos efectos que han sido expuestos a propósito de la yuxtaposición. Ahora bien, el carácter sustancial de la modificación o la divergencia esencial entre las actividades originariamente previstas y las que mediante la modificación se pretendían legitimar, constituían cuestiones de hecho sobre las cuales habían de pronunciarse los Tribunales en cada caso concreto».

Pese a ello, no es menos cierto que la reciente reforma legislativa de la Ley de Sociedades de Capital viene a disipar dudas sobre el entendimiento de la

(9) Sobre la cuestión en la doctrina bajo la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, puede consultarse: MOTOS, «La separación voluntaria del socio en el Derecho Mercantil español», en *Revista de Derecho del Notariado*, 1956; BROSETA, «Cambio de objeto y ampliación de operaciones sociales en la Ley española de sociedades anónimas», en *Estudios en homenaje a J. Garrigues*, T. 1, Madrid, 1971, y CÁMARA, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, Madrid.

(10) SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, 1990, págs. 300 y 301.

modificación sustancial del objeto social como causa de derecho de separación, que también se suscitaron tras la inclusión del término «sustitución» del objeto social que estipulaba el derogado artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas y la versión inicial del artículo 346.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital, acerca de si podían entenderse también las modificaciones sustanciales del objeto como un supuesto de derecho de separación, superando la interpretación estrictamente literal del meritado artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Así, el propio SAENZ GARCÍA ALBIZU (11) opinaba lo siguiente: «Finalmente cabe hacer referencia a algunas interrogantes que puede plantear la sustitución del objeto social y que encuentran su razón de ser en la necesidad de determinar si solo de aquellos supuestos en los que dicha singular modificación se produzca procederá el ejercicio del derecho de separación, o si, por el contrario, este derecho podrá operar también en ciertos casos en los que técnicamente no quepa hablar de una sustitución del objeto.

Estos problemas se suscitarán, primordialmente, cuando nos encontremos ante un objeto social complejo en el que pretendamos reemplazar algunas de las actividades previstas; en este sentido, una interpretación literal del artículo 147 del texto vigente nos conduciría, de manera inexorable, a negar la posibilidad de actuar el referido derecho siempre que no se hubiera producido una sustitución de todas las actividades previstas estatutariamente. Sin embargo, dicha interpretación constituiría, a nuestro juicio, una verdadera incitación hacia conductas fraudulentas que podrían consistir en mantener, con carácter residual, alguna de las actividades previstas inicialmente con el propósito de hurtar a los socios el ejercicio del derecho que la Ley les reconoce; por tal motivo, propugnamos que en aquellos escasos supuestos en los que sea posible inferir que se ha procedido a la sustitución de las actividades principales de la sociedad, se reconozca la posibilidad de hacer uso de tan reiterado derecho. No debemos ignorar, sin embargo, que, aunque prosperara esta interpretación, su aplicación práctica sería, sin duda, insignificante, pues nos veríamos abocados a ser testigos de excepción del uso abusivo de la técnica de la yuxtaposición, cuyos graves inconvenientes han sido ya puestos de relieve» (12).

(11) Vid., *op. cit.*, págs. 302 y 303.

(12) La innovación producida al respecto por el artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas con la inclusión del término «sustitución», fue entendida mayoritariamente por la doctrina como qué sustitución. PULGAR EZQUERRA, en un trabajo con la idéntica preocupación que ahora nos ocupa, «¿Conversión en *holding* o de cartera? ¿Sustitución o modificación del objeto social?», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 1994-2, pág. 203, se refirió de este modo al respecto: «Para nuestra doctrina más reciente, esta evolución del Derecho Comparado europeo y comunitario explicaría las innovaciones introducidas en la LSA de 1989, en el sentido de, por un lado, suprimir el derecho de separación en los casos de fusión y, por otro lado, limitarlo en los casos de transformación y modificación del objeto social, en concreto en este último supuesto restringiendo el derecho de separación a tan solo una de las modalidades o tipos de modificación del objeto social: la sustitución.

Para estos autores, sustitución ha de entenderse restrictivamente en el sentido de reemplazar las actividades sociales que integraban el objeto por otras actividades nuevas y distintas con la consiguiente modificación estatutaria. Acorde con esta interpretación sostienen asimismo, que la «ampliación, yuxtaposición o reducción de las actividades sociales, aun cuando sean relevantes y sustanciales, no implicarían un supuesto de sustitución» y por tanto no se daría el presupuesto para el ejercicio del derecho de separación que solo jugaría, por tanto cuando el objeto social originario desaparece para ser reemplazado por otro nuevo».

En suma y a nuestro juicio, la reforma del artículo 346.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital, sí que puede considerarse de relevante importancia en nuestro Ordenamiento Jurídico, aunque la misma no puede ser entendida como presupuesto modificativo del tratamiento de la filialización de actividades con mutación de la sociedad en un *holding*, puesto que la protección del socio viene operada en este caso, principalmente, mediante la intervención de la Junta General en la adopción del correspondiente acuerdo social, debido a que esta operación societaria enjuiciada en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011, es precisamente eso, una modificación estructural que conlleva el ejercicio indirecto del objeto social y no una modificación sustancial del objeto, en términos propiamente dichos.

III. EL TRATAMIENTO DE LA FILIALIZACIÓN DE ACTIVIDADES

Los riesgos de una operación de filialización, en cuanto a la protección de los accionistas de la sociedad dominante, han sido puestos de manifiesto por la generalidad de nuestra doctrina. Destaca PAZ-ARES (13), quien puso de manifiesto que este tipo de operaciones suponen evidentemente un fortalecimiento de la posición del órgano de administración y un correlativo debilitamiento del papel de la Junta General de la sociedad dominante, que se observa por ejemplo, en la política de capital o la política de dividendos, al explicar que: «En efecto, si la sociedad matriz queda reducida a una pura sociedad *holding*, la captación de recursos para acometer nuevos proyectos de inversión a través de las oportunas ampliaciones de capital se decidirá en las sociedades industriales operativas y, por tanto, la decisión quedará en manos de los administradores, que son los encargados de gestionar las participaciones de la sociedad matriz. Lo propio sucederá con la política de dividendos. Si el órgano de administración pretende no distribuir dividendos, le bastará con reservar en la filial todos sus beneficios. De esta manera, no lucirán en el balance del *holding* y, por tanto, no podrán ser distribuidos. Los accionistas quedan privados de su facultad de aplicar el resultado».

Si bien es cierto que la política empresarial de inversiones y de operativa puede quedar al albur del órgano de administración de la sociedad tras la filialización, la otra principal preocupación doctrinal como era la política de dividendos queda mitigada por la también reciente reforma del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 25/2011, que sí regula expresamente un nuevo derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos del siguiente modo:

«Artículo 348 bis. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos.

1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

(13) Vid., *op. cit.*, pág. 1483.

2. *El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.*

3. *Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».*

Una posición doctrinal ha defendido tradicionalmente el reconocimiento del derecho de separación ante estas operaciones de filialización.

De esta forma, Esteban VELASCO (14) razonaba que la filialización implica una «modificación de la organización de la sociedad de tal relieve, en relación con los intereses de los socios y los terceros, que está justificado que reciba la misma consideración que la propia modificación del objeto en sentido material».

Igualmente destaca en esta línea, RODRÍGUEZ ARTIGAS (15), quien estimaba que la filialización «puede ser equivalente a una sustitución del objeto social, puesto que la sociedad puede, en virtud de esta cláusula, convertirse en una sociedad *holding* y dejar de desarrollar directamente las actividades que integran su objeto social. Con la particularidad además, de que el socio minoritario puede pasar a convertirse, dentro del grupo formado como consecuencia del ejercicio indirecto del objeto de su sociedad, en un accionista externo (...), aunque no se trate estrictamente de una sustitución del objeto, si no se concede a la minoría el derecho de separación como consecuencia de una modificación sustancial de las actividades sociales, es evidente que esa minoría puede quedar totalmente desprotegida».

En la misma línea y comentando la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011 —que ahora nos ocupa— HIDALGO ROMERO (16) opina que: «En efecto, hay que coincidir con la sentencia comentada que la conversión de una sociedad industrial en una sociedad *holding* ha de considerarse como una modificación sustancial del objeto social generadora del derecho de separación, ya que supone la constitución de un grupo de sociedades en la que se producen una serie de peligros y riesgos para los accionistas minoritarios, que precisan de una regulación específica relativa a la actuación empresarial del grupo, al ejercicio del poder de dirección única como actividad empresarial y a la tutela de la minoría —constitutiva del denominado Derecho de grupos de sociedades— del que actualmente adolece nuestro Ordenamiento Jurídico. De ahí que los instrumentos instituidos para la tutela de la minoría en las denominadas «sociedades-isla» (sociedades independientes o no integrantes de ningún grupo), se revelen del todo insuficientes para tutelar a los accionistas minoritarios o externos, que ven sensiblemente debilitada su posición jurídica ante la existencia de un grupo de sociedades. La conversión de una sociedad industrial en una sociedad *holding* debe considerarse, pues, como una modificación sustancial del objeto social en cuanto supone, de un lado, una profunda transformación de la realidad empresarial y jurídica de la sociedad (tanto más en el presente caso, en el que la conversión supone que la actividad de la sociedad deja de estar sometida al control y supervisión del regulador del sector eléctrico), que alcanza

(14) ESTEBAN VELASCO, «El objeto social: algunas consideraciones en torno a un libro reciente», en *Revista de Derecho Mercantil*, 196-197, pág. 409.

(15) RODRÍGUEZ ARTIGAS, «El cambio del objeto social. En particular, el derecho de separación del socio», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas*, III, Madrid, 1994, pág. 167.

(16) HIDALGO ROMERO, «La conversión de una sociedad industrial en sociedad *holding* como supuesto generador del derecho de separación del socio. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2011», en *Revista Aranzadi Doctrinal* 6, octubre de 2011, págs. 37 y 38.

una nueva dimensión, generadora de peligros para el accionista minoritario, sin que en nuestro ordenamiento jurídico tenga una específica respuesta, lo cual no cabe duda que incide sustancialmente sobre la base contractual que sustenta la permanencia del socio en la sociedad y que justificad el derecho a separarse de ella en caso de conversión en una sociedad *holding*».

Sin embargo, con carácter mayoritario, no se ha postulado la doctrina por el reconocimiento del derecho de separación en estos supuestos de filialización.

En este sentido, PAZ-ARES (17) opinaba lo siguiente: «Es de advertir, sin embargo, que este punto de vista [filialización como alteración radical del objeto social con reconocimiento del derecho de separación], aun cuando ciertamente se halla bienintencionado, presenta algunos flancos a la crítica. Resulta artificioso, en efecto, considerar que la conversión de una sociedad operativa en *holding* entraña una sustitución del objeto social. El objeto sigue siendo el mismo, aunque se desarrolle de modo indirecto.

Esto no quiere decir, sin embargo, que la operación pueda ser acordada por los administradores al amparo de la cláusula de objeto indirecto o que no merezca más garantías que las de un simple acuerdo de la Junta General. El problema ha de discutirse en otra sede que guarde relación material con la sustancia de la operación. Y puesto que la filialización mediante la segregación de los activos esenciales de la explotación constituye una reorganización empresarial, esa sede no puede ser otra que la denominada “modificaciones estructurales de la sociedad”. La Ley de Sociedades Anónimas ha contemplado expresamente algunas de estas modificaciones (fusión, escisión, transformación, cesión global de activo y pasivo, etc.), pero guarda silencio sobre otras que igualmente implican una mutación sustancial de la estructura de la empresa y, entre ellas, sobre la que aquí nos ocupa. Y siendo ello así, el silencio o la inadvertencia del legislador ha de suplirse, de conformidad con los procedimientos analógicos establecidos en el Código Civil (art. 4.1), recurriendo a esta normativa y observando, en particular, las garantías de convocatoria, publicidad y *quorums* establecidos para el supuesto similar de la fusión (véanse arts. 103 y 240 LSA). Este es, por lo demás, el punto de vista que parece ir afianzándose en nuestra doctrina».

PULGAR EZQUERRA (18) estimaba lo siguiente: «Sin embargo, esta interpretación no parece encontrar apoyo, ni en la propia doctrina (así en contra expresamente, ALONSO ESPINOSA (19), *Modificación*, cit., pág. 66, e implícitamente todos los autores antes citados que defienden una interpretación restrictiva del término «sustitución» del artículo 147 LSA), ni en la jurisprudencia registral:

De un lado, cuando con motivo de las adaptaciones estatutarias a la nueva LSA de 1989 se modificaron los objetos sociales y se procedió a la correspondiente inscripción registral, la gran mayoría de las sociedades incluyeron dentro del objeto social como novedad la previsión del artículo 117.4 RRM, relativa al desarrollo indirecto del mismo a través de participaciones en otras sociedades, sin que en ningún caso ello se haya entendido como sustitución del objeto social en el sentido del artículo 147 LSA, no habiéndose exigido por el Registro Mercantil constancia alguna respecto al derecho de separación consagrado en el referido artículo 147 LSA».

(17) Vid., *op. cit.*, pág. 1483.

(18) Vid., *op. cit.*, pág. 205.

(19) ALONSO ESPINOSA, «Modificación de estatutos y aumento y reducción de capital», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 8, 1990, pág. 66.

FUENTES NAHARRO, en un interesante trabajo con carácter específico sobre el tema (20), concluye lo siguiente: «De esta forma, podemos concluir señalando que el reconocimiento de la competencia del órgano de socios para decidir sobre estas operaciones, a diferencia de lo que ocurría en torno a la construcción del derecho de separación del socio *ex* analogía con la modificación del objeto social, parece recabar un mayor consenso. Prueba de ello es que en el ámbito de las sociedades cotizadas esta doctrina ha recibido el respaldo del Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG), que incorpora en su Recomendación tercera que: “aunque no lo exijan de forma expresa las leyes mercantiles, se sometan a la aprobación de la junta general de accionistas las operaciones que entrañen una modificación estructural de la sociedad y, en particular...: a) la transformación de sociedades cotizadas en compañías *holding*, mediante ‘filialización’ o incorporación a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, incluso aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas”».

ALFARO ÁGUILA-REAL (21), en una atractiva crónica sobre esta sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011, opina lo siguiente: «(...) Que no hay una alteración del objeto social se comprueba si comparamos el supuesto de filialización con el caso en el que la sociedad vende a terceros todos sus activos o la parte de los activos que constituye la “empresa” que desarrolla unas determinadas actividades de las que forman el objeto social. Por ejemplo, si Telefónica vende a terceros su negocio de móviles o de medios. En tal caso sí que se produciría una modificación de la empresa social y, por tanto, del objeto social. Pero si esa parte del objeto social pasa a ser realizada por una filial, lo que hay es una reorganización jurídica que no modifica la empresa efectivamente desarrollada por el ahora grupo de sociedades. Como parece, el Supremo no comparte esta opinión doctrinal (...).».

A nuestro juicio, el razonamiento doctrinal consistente en el tratamiento de la filialización como un supuesto de modificación estructural es el acertado. Ello es así, que la figura ha pasado a tener un reconocimiento legislativo en nuestro Derecho de Sociedades, sin que sea necesario por tanto el recurso al procedimiento integrador analógico, como con anterioridad con buen acierto se pretendía. De esta forma, el artículo 72 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo 72. Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio.

Se aplicarán también, en cuanto procedan, las normas de la escisión a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria».

No se entiende, pues, que la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, prevea el supuesto con remisión en bloque a las normas

(20) FUENTES NAHARRO, con abundante doctrina nacional y extranjera al respecto: *Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz*. Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, 2008/19, abril de 2008, pág. 25.

(21) Vid. la entrada en el blog de Derecho Mercantil de ALFARO ÁGUILA-REAL del día 7 de noviembre de 2011: *La filialización constituye modificación sustancial del objeto social y da derecho de separación*. <http://derechomercantilespana.blogspot.com/2011/11/la-filializacion-constituye.html>

de la escisión, en cuanto procedan —principalmente en cuanto a la intervención decisoria de la Junta General, en lo que ahora nos atañe—, donde como conocemos no se reconoce un derecho de separación a los accionistas de las sociedades involucradas en la escisión y que se pueda defender en abstracto un derecho de separación para estos supuestos; derecho de separación, no obstante, que sí es reconocido para otra modificación estructural, como es el caso de la transformación de la sociedad previsto en el artículo 15 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

Este argumento legislativo supone una importante traba al reconocimiento del derecho de separación en los supuestos de filialización. Ello unido a que en este tipo de casos, si el objeto social de la dominada coincide con el de la dominante, puede sostenerse que no existe como tal ninguna modificación del objeto social de la dominante sino solo un ejercicio indirecto del objeto social que no requiere siquiera una previsión estatutaria expresa, lo que nos hace decantar por la inadmisibilidad de la existencia de un derecho de separación en los casos de filialización con objeto social de la dominante coincidente con el de la dominada.

IV. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 10 DE MARZO DE 2011

El caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011, versa sobre la modificación del artículo estatutario del objeto social de la Compañía de Electricidad del Condado, S. A. (CECSA), cuya redacción con anterioridad a la modificación propuesta era la siguiente:

«El objeto de la sociedad queda constituido por la realización de las siguientes actividades: a) Directamente, la distribución de energía eléctrica. b) Indirectamente, es decir, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la producción de energía eléctrica de origen térmico, hidroeléctrico o de cualquier otra naturaleza; la compraventa, arrendamiento y explotación de fincas rústicas, desarrollando en las mismas toda clase de actividades agrícolas, forestales o pecuarias».

Por acuerdo de la Junta General de CECSA, celebrada el 26 de noviembre de 2004, con el voto favorable del 82,72 por 100 del capital social, el artículo 2 de los Estatutos quedó redactado en los siguientes términos:

«El objeto de la sociedad queda constituido por la realización de las siguientes actividades: a) Directa o indirectamente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la distribución de energía eléctrica. b) Indirectamente, es decir, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la producción de energía eléctrica de origen térmico, hidroeléctrico o de cualquier otra naturaleza; la compraventa, arrendamiento y explotación de fincas rústicas, desarrollando en las mismas toda clase de actividades agrícolas, forestales o pecuarias».

La compañía HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S. L., titular de 23.730 acciones de la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S. A., equivalentes al 16,5920 por 100 del capital social, pretendió ejercitar el derecho de separación, lo que fue rechazado por el Consejo de Administración en la sesión que tuvo lugar el 1 de abril de 2005.

Por lo tanto, la adición estatutaria contra la que se pretendió el derecho de separación, consistía solo en lo siguiente:

«Directa o indirectamente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la distribución de energía eléctrica».

El razonamiento de nuestro más Alto Tribunal, tras un examen histórico de la legislación aplicable y de las Resoluciones del propio Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado —que hemos apuntado con anterioridad— fue básicamente el siguiente:

«2. Por el contrario, cuando la previsión estatutaria es realizar “directamente, la distribución de energía eléctrica”, la sustitución de la explotación directa por la indirecta, mediante la creación de un grupo de empresas con unidad de dirección, sujetando la dominada a la dirección de la dominante, supone una “sustitución de la actividad” de la sociedad aunque el negocio se desenvuelva en el mismo sector de la industria o del comercio y, a la postre, la “sustitución del objeto”, con alteración de las bases determinantes en su momento de la affectio societatis, ya que al no alterarse la estructura propia la “sociedad isla”, sustituir la “explotación directa” de una actividad industrial por la “explotación de acciones y participaciones” sociales, de hecho supone la pérdida de poder del socio que no participa en la gestión sin contrapartida alguna, hurtándole la posibilidad de impugnar los acuerdos anulables de la participada por falta de legitimación, a tenor de lo que dispone el artículo 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas —hoy 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital— al carecer de la condición de socio de la dominada, y comporta la sustitución de reglas del juego que afectan a condiciones esenciales determinantes de la adquisición de la condición de socio».

Concluyendo, lo que a continuación se expone:

«2.5. Conclusión.

27. En el presente caso en el que pese a tratarse de una sociedad anónima, la desinversión de los socios minoritarios está dificultada por tratarse de una sociedad cerrada, la modificación estatutaria constituye una sustitución o reemplazo del objeto social como lo evidencia el “traslado de la rama de actividad de distribución de energía eléctrica a una nueva sociedad”, transformando una sociedad industrial en una sociedad holding que de la explotación de una actividad industrial pasa a administrar acciones o participaciones, sin que a ello sea obstáculo que la participada desarrolle su actividad en el mismo sector del mercado, máxime cuando la singularidad de la actividad es determinante de su sumisión a un control que se trata de eludir precisamente mediante una alteración estatutaria cuya trascendencia permite calificarla razonablemente de «sustitución del objeto» que no se ve difuminada por la existencia de un objeto plural de escasa incidencia real en la actividad de la sociedad».

Con estos razonamientos la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011, casa la sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 12 de septiembre de 2007 (RJ 2008/379549), que por el contrario había considerado lo siguiente:

«Ciertamente la interpretación y aplicación del artículo 147 LSA, respecto del derecho de separación del socio discrepante con la sustitución del objeto social,

no está exenta de problemas y dificultades, revistiendo complejidad. En esta tarea habrán de tenerse en cuenta las circunstancias del caso, pues la cuestión de qué debe entenderse por modificación del objeto social y qué por sustitución, puede ser muy dificultosa en aquellos casos en los que con sutileza se haga una modificación del objeto que en realidad encierre una auténtica sustitución o reemplazo del mismo por otro, con perjuicio de aquellos socios que habiendo realizado una inversión para un objeto social que consideraban atrayente y beneficioso, puede que no quieran compartir el riesgo de embarcarse en actividades distintas a las que motivaron su entrada y permanencia en la sociedad. Razón por la que la Ley protege los intereses de esos socios discrepantes concediéndoles el derecho de separarse de la sociedad, con reembolso del valor de sus acciones. Ahora bien, teniendo en cuenta la perturbación que para la sociedad supone la separación de un socio con el consiguiente reembolso de sus acciones, amortización de las mismas y reducción del capital social (art. 147.3 LSA), el principio de conservación de la sociedad y que los intereses sociales deben prevalecer frente al interés particular de un socio, el derecho de separación no puede constituir un amplio marco que permita que ante cualquier modificación del objeto social un socio pueda optar por abandonar la sociedad ejercitando el derecho del artículo 147, que circunscribe el presupuesto fáctico para el nacimiento del derecho exclusivamente a los casos de sustitución del objeto social, por lo que la interpretación de lo que debe entenderse por sustitución ha de hacerse desde un prisma restrictivo. No en vano el actual artículo 147 LSA tiene su antecedente en el artículo 86.4 de la LSA de 1951, que permitía al accionista separarse en los casos de que se produjese un cambio del objeto social. La LSA de 1989 introdujo una modificación legal sustancial al restringir el derecho de separación del socio a aquellos supuestos en los que se produzca una sustitución del objeto social y no un simple cambio. De ahí que por sustitución no quepa entender cualquier modificación que implique una ampliación o reducción de actividades o una variación en la forma de desarrollar la misma actividad. Por sustitución ha de entenderse un auténtico reemplazo de las actividades que la sociedad venía desarrollando hasta ese momento por otra actividad completamente distinta y ajena a la que hasta entonces constituía el fin social propio de la compañía.

En el presente caso no se ha producido sustitución alguna del objeto social que sigue siendo el mismo: La distribución de energía eléctrica. Lo que ocurre es que la modificación introducida va a permitir a CECSA variar la forma en la que puede gestionar o desarrollar esta actividad de distribución eléctrica, ya que hasta el momento de la alteración solo podía hacerlo directamente, y a partir de entonces podrá realizarlo de manera indirecta, es decir, mediante la participación en otras empresas que realicen directamente la actividad de distribución eléctrica. La demandada continúa teniendo el mismo objeto social. Lo que ocurre es que ahora tiene dos medios o formas de desenvolverse para realizarlo, bien directamente, bien indirectamente a través de otras compañías mercantiles. No estamos tan siquiera ante un cambio del objeto social, sino ante una modificación de la forma de realizar el objeto social, que podrá ejecutarse en la misma forma directa que ha sido lo tradicional en CECSA o en forma indirecta, pero siempre con el objeto de distribuir energía eléctrica. (...)

La realización de la actividad societaria de forma indirecta por medio de sociedades participadas no es un hecho objetivamente perjudicial para los socios minoritarios. La ejecución de esta forma de gestionar el objeto social requerirá de acuerdos de los órganos de la sociedad, y si esos acuerdos fuesen perjudiciales, discriminatorios para el socio o favorecedores de la mayoría con notorio perjuicio de la minoría, contrarios a la ley o lesivos para los intereses sociales, sería el momento de ejercitar las acciones legales mediante la impugnación de tales acuerdos».

En suma, el Tribunal Supremo, en esta sentencia de 10 de marzo de 2011, con base en la expuesta doctrina jurisprudencial acerca de lo que ha de entenderse por «sustitución del objeto social» (STS de 30 de junio de 2010), entiende en el presente caso de filialización de actividades sociales que existe una auténtica sustitución de objeto social que confiere a los socios un derecho de separación, aún cuando dicha sustitución entendida como modificación sustancial suponga un mero ejercicio indirecto del objeto social por la dominante a través de su filial.

V. RECAPITULACIÓN

Sorprende, en primer lugar, que la sentencia del Tribunal Supremo se adentre a resolver un problema de Derecho de Grupos de inexistente regulación positiva suficiente en nuestro Derecho de Sociedades, recurriendo a argumentos comparatistas, a saber, el Código Civil italiano, sin que a nuestro juicio, tal recurso lo haya sido con carácter completo.

En este sentido, la propia sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011, cita los artículos 2347 y 2361 del Código Civil italiano (22), pero no repara, sin embargo, en la solución positiva que el propio Código Civil italiano recoge al respecto, donde solo reconoce el derecho de separación de los socios para los accionistas de la sociedad filial, pero no para los accionistas de la sociedad dominante, como sin embargo hace el Tribunal Supremo. De esta forma, el artículo 2497 quater del Código Civil italiano (23) establece que el socio de la filial puede separarse cuando la empresa o entidad que ejerza la gestión y la coordinación [sociedad dominante] ha aprobado una transformación que implica el cambio de su objeto social, o ha aprobado un cambio en su objeto social que permite la realización de actividades que alteran de forma apreciable y directa las condiciones económicas y financieras de la empresa sujeta a la gestión y coordinación [sociedad filial].

(22) El artículo 2437 del Código Civil italiano, prevé que: «*[i] soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società, o il trasferimento della sede sociale all'estero hanno diritto di recedere dalla società e di ottenere il rimborso delle proprie azioni...*» (Los socios que se hayan opuesto al acuerdo de cambio de objeto o del tipo social, o al traslado de la sede social al extranjero tienen el derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones...).

El artículo 2361 del Código Civil italiano, dispone que: «*L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nell'atto costitutivo, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo*» (No está permitida la compra de participaciones en otras empresas, aunque esté prevista de forma genérica en el acto constitutivo, si por el volumen y el objeto se modifica sustancialmente el objeto social especificado en el acto constitutivo).

(23) Artículo 2497-quater. *Diritto di recesso.*

«*Il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere:*

a) *quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale, ovvero ha deliberato una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento.*»

Además, la doctrina italiana (24) tradicionalmente ha considerado que la filialización no supone una modificación del objeto social, sino solo un ejercicio indirecto del mismo (en consonancia, con lo que también ha puesto de manifiesto correctamente cierto sector de nuestra doctrina, según hemos tenido la ocasión de comprobar), siendo partidarios de reconocer el derecho de separación tan solo en los casos en que el objeto social de la filial resulta diferente al de la sociedad matriz.

Por tanto, a nuestro juicio, encontrar un derecho de separación en un caso de filialización nos parece, a todas luces, una solución desmesurada *ab initio*, pese a la reciente reforma del artículo 346.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital, que reconoce el derecho de separación del socio ante la «sustitución o modificación sustancial del objeto social». El supuesto debe ser tratado como una modificación estructural con las consecuencias del artículo 72 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, es decir, con aplicación en lo que proceda del proceso regulador de la escisión, aunque con análisis e interpretación de la cláusula de objeto social de la dominante y del objeto social que se introduce en los estatutos de la dominada, ya que si este es coincidente con el de la dominante, solo existirá un ejercicio indirecto del objeto social que no tiene por qué llevar aparejado un derecho de separación del socio de la dominante.

Así pues, la aplicación de la consecuencia jurídica del artículo 346.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital solo devendría tras una interpretación de ambos objetos sociales (dominante y dominada) por si la coincidencia no resultara y esta discordancia entrara dentro de la hermenéutica que del concepto «modificación sustancial» ha efectuado nuestro Tribunal Supremo y que como hemos visto ha motivado la reciente reforma legislativa. Sin embargo, en el presente caso, no hay atisbo de tal discordancia, ya que la modificación de la cláusula de objeto social solo se refería única y exclusivamente a la forma indirecta de ejecución del mismo, a saber, la distribución de energía eléctrica, de ahí que no podamos compartir la decisión de nuestro Alto Tribunal en la sentencia analizada.

Como hemos comprobado, la decisión del Tribunal Supremo ha tenido lugar en un caso donde efectivamente se producía una modificación estatutaria. Sin embargo, también con carácter reciente hemos tenido conocimiento del caso enjuiciado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 4 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/281512), que confirma la sentencia del Juzgador *a quo* en un supuesto en que sin modificación de cláusula estatutaria se había producido la filialización de actividades, lo que engazaría el problema, con lo que se ha venido en denominar como modificación de hecho del objeto social. A este respecto y con acierto —en nuestra opinión— SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (vid., *op. cit.*, pág. 324) sobre el silencio del legislador societario, al respecto opinó que si el supuesto era merecedor de considerarse como modificación de objeto social, la consecuencia jurídica habría de ser la misma, es decir, el reconocimiento del derecho de separación para que el socio no viera mermado así su derecho de separación ante la ausencia de un procedimiento formal societario de modificación estatutaria, al razonar lo siguiente: «...En consecuencia, teniendo en cuenta la propia naturaleza y los caracteres del derecho de separación, se hace necesario afirmar que, al objeto de evitar su violación por vía indirecta, el citado derecho podrá ser ejercitado incluso cuando la modificación se haya producido por la vía

(24) GALGANO: «L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo», en *Contratto e Impresa*, 1990. Para una referencia a dicha doctrina italiana, vid. FUENTES NAHARRO (*op. cit.*, pág. 17).

de hecho; en cuanto al modo de articular el ejercicio del referido derecho, parece lógico pensar que a tal objeto será necesaria una resolución judicial en la que se reconozca que se ha producido una modificación que, por sus características, lleve aparejado el derecho de separación y que, por lo tanto, habilite al socio reclamante para hacer uso del mismo».

Sin embargo, para poder concluir sobre un caso de filialización de actividades sin modificación jurídica de la cláusula de objeto social, seguimos creyendo que el razonamiento a aplicar sigue siendo el anteriormente apuntado, es decir, solo cuando exista una discordancia de objetos sociales entre la dominante y la dominada —analizada en términos de «modificación sustancial»— podrá mantenerse la posibilidad del reconocimiento de un derecho de separación, en este caso, por protección del accionista o socio ante una modificación sustancial de hecho e indirecta del objeto social, ya que en caso contrario, volveríamos a encontrarnos ante una modificación estructural (filialización) con ejercicio indirecto de objeto social, debiendo tratarse la misma al amparo de los dictados del artículo 72 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, es decir, mediante la aplicación en lo que proceda del proceso regulador de la escisión societaria, a saber, y con carácter primordial mediante la intervención de la Junta General.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL: «La filialización constituye modificación sustancial del objeto social y da derecho de separación». <http://derechomercantilespana.blogspot.com/2011/11/la-filializacion-constituye.html>.
- ALONSO ESPINOSA: «Modificación de estatutos y aumento y reducción de capital», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 8, 1990.
- BROSETA: «Cambio de objeto y ampliación de operaciones sociales en la Ley española de sociedades anónimas», en *Estudios en homenaje a J. Garrigues*, T. 1, Madrid, 1971.
- CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, I, Madrid.
- CABANAS TREJO-BONARDELL LENZANO: «Síntesis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el objeto social», en *La Notaría*, 2/2000, febrero 2000.
- ESTEBAN VELASCO: «El objeto social: algunas consideraciones en torno a un libro reciente», en *Revista de Derecho Mercantil*, 196-197.
- FUENTES NAHARRO: *Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz*. Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, 2008/19, abril de 2008.
- GALGANO: *L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*. *Contratto e Impresa*, 1990.
- HIDALGO ROMERO: «La conversión de una sociedad industrial en sociedad *holding* como supuesto generador del derecho de separación del socio (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2011), en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, octubre de 2011.
- MASSAGUER FUENTES: «La doctrina de la DGRN en torno a la mención estatutaria relativa al objeto social: un primer balance a la aplicación del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. II (Estudio), 1993.

- MOTOS: «La separación voluntaria del socio en el Derecho Mercantil español», en *Revista de Derecho del Notariado*, 1956.
- PAZ-ARES y URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 2006, Tomo I.
- PULGAR EZQUERRA: «¿Conversión en *holding* o de cartera, ¿sustitución o modificación del objeto social?», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 1994-2.
- REDONDO TRIGO: «El autocontrato en la fundación de sociedades», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 728.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS: «El cambio del objeto social. En particular, el derecho de separación del socio», en AA.VV.: *Derecho de Sociedades Anónimas*, III, Madrid, 1994.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU: *El objeto social en la Sociedad Anónima*, Civitas, 1990.
- SERRA CALLEJO: «¿Es la aportación de rama de actividad una modificación estructural?», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 28.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1986 (*RJ* 1986/2637).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2006 (*RJ* 2006/360).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2010 (*RJ* 2010/5693).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011 (*RJ* 2011/2765).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de diciembre de 1954 (*RJ* 1954/2970).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de mayo de 1986 (*RJ* 1986/3040).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991/9676).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993/9859).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de junio de 1994 (*RJ* 1994/4915).

RESUMEN

FILIALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DERECHO DE SEPARACIÓN

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011, se reconoce el derecho de separación ante un supuesto de filialización de actividades sociales al entender que en el caso enjuiciado se había producido una modificación sustancial del objeto social, sin considerar la posibilidad de ejercicio indirecto del objeto social y las consecuencias del artículo 72 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

ABSTRACT

SUBSIDIARIZATION RIGHT OF SEPARATION

The Supreme Court's ruling of 10 March 2011 acknowledges the right of separation in a case of subsidiarization of company business, deeming that, in the case at hand, the corporate purpose had been substantially changed. The ruling does not consider the possibility of indirect exercise of the corporate purpose or the consequences of article 72 of the Act on structural modifications of business partnerships.

3. URBANISMO

*EL SILENCIO ADMINISTRATIVO TRAS EL REAL DECRETO-LEY 8/2011
Y LA CONSIGUIENTE REVISIÓN DE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA
DE LA DIRECCIÓN GENERAL AL RESPECTO*

por

VICENTE LASO BAEZA

Abogado

*SUMARIO: I. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE 31 DE MAYO DE 2011.—II. LA NUEVA PREVISIÓN LEGAL EN MATERIA DE SILENCIO.—III. EL SILENCIO CONTRA LEGEM COMO CUESTIÓN DETERMINANTE DE LA ATRIBUCIÓN DE SENTIDO NEGATIVO AL SILENCIO EN EL REAL DECRETO-LEY 8/2011 Y LOS EFECTOS DE SU RECHAZO A PARTIR DE LA SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 2009.—IV. LA REGULACIÓN DEL SILENCIO EN EL REAL DECRETO-LEY 8/2011, DE 1 DE JULIO: 1. CONSIDERACIÓN INICIAL SOBRE SU JUSTIFICACIÓN. 2. CONSIDERACIONES SOBRE SU APLICACIÓN: A) *Actos urbanísticos afectados*. B) *Consecuencias del sentido negativo del silencio*. 3. CONSIDERACIÓN FINAL.*

I. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE 31 DE MAYO DE 2011

En el singular vaivén al que se ha visto sometido el silencio administrativo en los últimos años del que se ha pretendido dar cuenta en diversas colaboraciones en esta sección (1), la última novedad se corresponde con el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

Dicha regulación, de la que enseguida nos ocuparemos, supone inevitablemente una revisión de la más reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado recogida, a partir de la anterior de 15 de septiembre de 2009, en su Resolución de 31 de mayo de 2011, en virtud de la cual, a su vez, se reconsideró la precedente sentada, entre otras, en Resoluciones de 27, 28 y 31 de mayo, y 7, 9 y 10 de septiembre de 2002.

La Resolución de 31 de mayo de 2011 parte básicamente de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, así como de lo dispuesto en el artículo 8.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, los cuales determinan, en contra de la anterior jurisprudencia, que, así como en base a ella el mero transcurso del plazo legal sin haberse dictado resolución expresa determinaba la existencia de un acto de efectos plenamente equivalentes a los del acto expreso, con motivo de los dos pronunciamientos citados la presencia de un informe contrario a la licencia, aun habiendo transcurrido el plazo para dictar resolución sin haberse

(1) Nos referimos a las colaboraciones publicadas en los números 680, 693 y 714.

producido, daba lugar a que la licencia no pudiera entenderse adquirida según el citado artículo 8.1.b) en cuanto afirma que *«en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística»*.

Pues bien, al confrontar la anterior doctrina con la nueva reforma legal, la peculiaridad que se produce es que mientras en la primera no llega a excluirse el silencio positivo salvo que operara *contra legem*, con la segunda, tal hipótesis ni siquiera podría llegar a darse, toda vez que lo que supone es directamente la supresión del silencio positivo aunque lo pretendido fuera conforme con la ordenación.

Todo ello, en fin, justifica, como a continuación se efectúa, dar a la presente colaboración un cierto sentido de recapitulación según además, en cierto modo, impone la última reforma legal que, conforme a su Exposición de Motivos, se remonta a sus antecedentes.

II. LA NUEVA PREVISIÓN LEGAL EN MATERIA DE SILENCIO

En efecto, la aparición del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, introduce, en el artículo 23 de su Capítulo V titulado: *Seguridad jurídica en materia inmobiliaria*, una regulación del silencio administrativo de sentido negativo para los que denomina *procedimientos de conformidad, aprobación o autorización administrativa*.

Tal regulación, que se proyecta sobre una relación cerrada de actos urbanísticos, viene precedida por lo recogido en su Exposición de Motivos que al respecto señala lo siguiente:

1. Confirma *«la regla, ya contenida en la Ley Estatal de Suelo, de la imposible adquisición por silencio administrativo, de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística, y que culminan determinando la nulidad de pleno derecho de estos actos»*.
2. Dado que, según la sentencia de 28 de enero de 2009, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el artículo 8.1.b) de la Ley del Suelo del Estado constituye una norma con rango de ley básica estatal y que contiene los citados efectos desestimatorios, lo que viene a hacer el Real Decreto-ley no es más que *«explicitar el carácter negativo del silencio (...), lo que sin duda contribuirá a una mayor seguridad jurídica, impidiendo que la mera pasividad o inexistencia de actuaciones tempestivas de los Ayuntamientos permita entender a cualquier privado que le han sido concedidas licencias urbanísticas del más variado tipo»*.
3. Finalmente, en cuanto a la modificación del silencio en materia urbanística, nada se dice de modo expreso sobre su justificación en base a la presencia de *razones imperiosas de interés general*, conforme a la redacción dada al artículo 43.1 de la LPC modificado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, razones que, sin embargo, sí son esgrimidas en orden a circunscribir el sentido negativo del silencio a los procedimientos en que concurren y que, en sentido contrario, permite la atribución de sentido positivo a más de cien procedimientos cuya relación acompaña al Real Decreto-ley 8/2011, dando así cumplimiento al objetivo marcado al efecto en el artículo 40 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, relativo a la *ampliación del ámbito del silencio positivo*.

III. EL SILENCIO *CONTRA LEGEM* COMO CUESTIÓN DETERMINANTE DE LA ATRIBUCIÓN DE SENTIDO NEGATIVO AL SILENCIO EN EL REAL DECRETO-LEY 8/2011 Y LOS EFECTOS DE SU RECHAZO A PARTIR DE LA SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 2009

En el análisis de los requisitos para la producción del silencio positivo son diversas las cuestiones que habitualmente se plantean en los estudios doctrinales, así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo posible destacar entre ellas la problemática que se desprende de la aplicación del artículo 42.5 de la LPC en cuanto a la suspensión del plazo para resolver los procedimientos con motivo de la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos, así como por razón de la solicitud de informes preceptivos y determinantes, a los que igualmente se refiere el artículo 83.3, o, en otro orden, la adopción de resoluciones tardías contrarias al sentido del silencio positivo, cuestión hoy en gran medida resuelta con la Ley 4/1999, de 13 de enero, al exigir como requisito enervante del silencio la notificación, evitando así la picaresca de antedatar la resolución.

Ahora bien, junto a ellas, como cuestión que aparece sin duda en el trasfondo de la regulación contenida en el Real Decreto-ley 8/2011, uno de los temas más espinosos que ordinariamente se plantea en relación con el juego del silencio administrativo en materia de licencias en el orden urbanístico es el referido a su producción *contra legem*.

Por ello, el verdadero alcance de la nueva regulación dada al sentido del silencio hace aconsejable situarla en un contexto en el que aparece como último hito de un camino, en ocasiones confuso, en el que las repercusiones de orden práctico, ligadas a las diversas posturas mantenidas y una acción de la Administración, no siempre lo suficientemente vigilante de posibles ilegalidades, han dado lugar a una posición de máximos que si bien ciertamente en gran medida zanja el debate apuntado lo hace sin embargo despreciando la búsqueda de alternativas que al menos tomen en consideración que el incumplimiento de la obligación de resolver no puede quedar indemne para la Administración y pesar al fin, como una losa, sobre el particular al que se le abre la única perspectiva del inicio de un procedimiento judicial largo e incierto.

En este sentido nos remitimos a lo ya afirmado en los anteriores trabajos respecto del devenir del silencio desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo elaborada bajo la vigencia de la LPA, de 17 de julio de 1958, hasta la aparición de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 2009, y de la que, al margen de su posible crítica (2), lo cierto es que la renovada llamada a la aplicación de la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo en materia de silencio *contra legem* que supuso trajo como consecuencia de nuevo la primacía de la defensa de la legalidad si bien a costa de una radical inseguridad jurídica para el particular por la incertidumbre permanente frente a la que se encontraba ante el eventual desconocimiento de la licencia por la Administración por razón de su supuesta ilegalidad.

Y es que, en efecto, en los casos de silencio negativo, el particular desconoce los motivos de la denegación, de tal modo que la Administración se beneficia de

(2) Sobre la crítica a la sentencia de 29 de enero de 2009 y en general sobre la problemática del silencio *contra legem*, puede verse el interesante trabajo de ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto, titulado *El silencio administrativo y su problemática procesal*, Ed. Tirant lo Blanch.

su propia ineficacia, situando a aquel en la obligación de demostrar la legalidad del proyecto presentado debiendo, no obstante, esperar a la contestación a la demanda para conocer tales motivos y, desde ahí, para solicitar el recibimiento a prueba con expresión de los medios de prueba que se propongan (art. 60.2 de la LJ modificado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal) y aportar documentos (art. 56.4 de la LJ).

Además, ¿qué hace el solicitante de la licencia?; ¿interpone recurso contra una posible denegación por silencio cuando podría ser positivo?; ¿espera a la expresa, que quizá nunca llegue?; ¿recurre el incumplimiento de la obligación de resolver para, ya en el proceso, demostrar la conformidad a derecho del proyecto presentado?; ¿pide la acreditación del silencio previsiblemente sin éxito?

De ser el silencio positivo, quien obtiene la licencia se encuentra con que judicialmente no puede obtener reconocimiento alguno, toda vez que al no haberse puesto en cuestión, no hay en rigor acto recurrible y si pide la certificación acreditativa del silencio lo previsible será que no se expida de tal modo que se perpetuará la incertidumbre. Solo si se expide para hacer constar que el silencio es negativo o bien si iniciadas las obras (art. 196.2 de la Ley 16/2005, Urbanística Valenciana, o 172.5 de la Ley 7/2002, del Suelo de Andalucía) se requiere para legalizar con suspensión simultánea de ellas, es cuando será posible acudir a los Tribunales, si bien no tanto para neutralizar el acto por ser una resolución tardía contraria al sentido del silencio, sino para acreditar la conformidad de lo proyectado con el ordenamiento, que es en último término lo esencial. Por ello, la sentencia del Tribunal Supremo lleva a que el proceso entablado tenga por objeto no la verificación de la concurrencia de los requisitos legales para la producción del silencio sino de la legalidad de la licencia supuestamente obtenida y que de no concurrir hace irrelevante toda eventual consideración en torno al silencio. En otras palabras, si solo hay silencio, si lo pretendido es conforme con el ordenamiento, su verdadera virtualidad se reduce a aquellos supuestos en los que o bien la Administración lo reconoce ya por la certificación o por el acto tardío confirmatorio, o bien se limita a tolerarlo sin más, dejando al administrado en una posición precaria por la ausencia del título formal y el riesgo siempre presente de que la Administración se vuelva contra su reconocimiento.

Por ello, la aceptación únicamente del silencio *secundum legem*, a partir de la sentencia de 28 de enero de 2009, supone en realidad una contradicción en los términos, toda vez que ni se puede recurrir la desestimación, dado el sentido positivo del silencio, ni hay seguridad jurídica alguna de que los actos ejecutados en razón de la inactividad formal de la Administración tengan realmente validez jurídica en razón del riesgo siempre presente de que reaccione frente a las obras o directamente rechace la existencia del acto.

En otro orden, también la exigencia legal (por ejemplo, de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística Aragonesa) de mostrar la correspondiente licencia para la contratación de los servicios de luz, agua, gas, telefonía, etc., lleva a que, a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo, el acceso a tales servicios se limite a los casos de concesión expresa, toda vez que de no darse parece fuera de lugar imponer a las compañías el análisis sobre la conformidad de la solicitud con el ordenamiento, lo que fácilmente se entiende que queda fuera de su alcance.

También conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, y en relación con la inscripción de la obra nueva, cuando existía resolución denegatoria expresa de la licencia solicitada, aunque fuera de fecha posterior al vencimiento del plazo para resolver, la consecuencia era que nunca llegó a producirse el silencio positivo, con lo cual la doctrina sentada por la Dirección General

de los Registros y del Notariado en las Resoluciones en materia de segregación, más atrás vistas, de 27, 28 y 31 de mayo de 2002, 7, 9 y 10 de septiembre de 2002, 17 de septiembre de 2008 y 15 de enero de 2009, también aplicables a la inscripción de obra nueva, no podía ya ser mantenida con arreglo a la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo.

En consecuencia, solo en el caso de ausencia de resolución expresa denegatoria y transcurrido el plazo para resolver y notificar es cuando cabía acceder a las inscripciones respectivas mediante la manifestación expresa de este hecho por el declarante, en los términos en los que, bajo la vigencia de la LPC de 1992 quedó recogido en los artículos 48 y 79 del Real Decreto 1093/1997, con las cautelas, en todo caso, que han sido manifestadas respecto de los actos de parcelación (3) en orden a su operatividad y vigencia a la vista del artículo 259.3 de la Ley del Suelo de 1992, así como sobre la negativa a aceptar la operatividad del silencio ante la hipótesis de una vulneración clara, objetiva e indubitada del acto pretendido con base igualmente en la Resolución de 19 de mayo de 2010.

Por lo demás, sí es relevante apuntar que desde la sentencia de 28 de enero de 2009 y antes del Real Decreto-ley 8/2011, la Dirección General de los Registros y el Notariado se pronunció, en relación con actos de segregación por silencio, advirtiendo que *«ha de estarse a los criterios establecidos con anterioridad a la modificación operada en la LPC por la Ley 4/1999, de 13 de enero»*, así como respecto del artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, *«la necesidad de utilizar el citado precepto en todos los supuestos en los que se alegue la obtención de licencia por silencio administrativo»*, lo que ha tenido lugar en Resoluciones de 17 de septiembre de 2008, 29 de mayo y 15 de septiembre de 2009 y 17 de junio y 27 de octubre de 2010, en las que ya se hace mención a la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, advirtiendo que *«ha generado una gran inseguridad que en la práctica conlleva su inaplicabilidad»*.

Por otro lado, en relación con los terceros adquirentes de buena fe y la operatividad del silencio, la respuesta pasa ineludiblemente por recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada, entre otras, en sus sentencias de 12 de mayo, 26 de septiembre y 4 de octubre de 2006, según la cual, tal condición no impide el acceso a la demolición de las obras declaradas ilegales, doctrina que sin duda, al margen de las fuertes críticas que viene recibiendo, encontraría, si cabe, mayor respaldo en aquellos casos en los que el tercer adquirente lo es respecto de una edificación cuya declaración de ilegalidad ni siquiera se vio precedida del otorgamiento expreso de licencia de edificación.

Por todo ello, la posición ante el silencio, no del constructor circunstancial que ocasionalmente se enfrenta con un proceso edificatorio para consumo propio y que pretende aprovecharse con plena conciencia del juego del silencio ante obras marcadamente ilegales, sino más bien la del promotor profesional, es claramente precaria, pues su utilización mediante su exteriorización ante la Administración solo se presenta como último recurso en caso de resultar inaccesible la obtención expresa de la licencia.

A la vez, siempre se encuentra presente el riesgo latente de que aun hecho valer el sentido del silencio surja una resolución denegatoria de la licencia, riesgo al que se unen los perjuicios de que, en caso de accederse a la ejecución de las obras, estas fueran suspendidas y eventualmente ordenada su demolición, así como

(3) CAMY ESCOBAR, Jesús, *La calificación registral de los actos de parcelación urbanística en Andalucía*, en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina>.

la previsible inaccesibilidad a la licencia de primera ocupación mediante acto expreso cuando previamente la de obras se hubiera considerado alcanzada por silencio, o las dificultades inherentes a la ausencia de licencia a la hora de acceder al crédito territorial o, en fin, el lastre que para la comercialización de cualquier construcción supone la ausencia de la licencia expresa cuando no el riesgo sucesivo que para los osados o ingenuos terceros para el caso de que construida ya la edificación fuera declarada ilegal por considerarse ilegales las obras ejecutadas.

Todo ello, en fin, permite sostener que, ante la realmente escasa utilidad de la licencia supuestamente obtenida por silencio por estar siempre claudicante ante la amenaza permanente de un pronunciamiento administrativo contrario, el perjuicio al particular no ha venido tanto del Real Decreto-ley 8/2011 como de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, lo que incluso concuerda con las voces (4) que, justo a partir de esta última y la renovada introducción de la jurisprudencia tradicional, habían venido reclamando en los últimos tiempos la conveniencia de que el legislador optara, no por su bondad intrínseca sino como fórmula para erradicar la inseguridad jurídica propia de tal doctrina, por el sentido negativo del silencio.

IV. LA REGULACIÓN DEL SILENCIO EN EL REAL DECRETO-LEY 8/2011, DE 1 DE JULIO

1. CONSIDERACIÓN INICIAL SOBRE SU JUSTIFICACIÓN

Todo el proceso señalado culmina finalmente con el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en el que, como ha quedado ya dicho, se establece el sentido negativo del silencio en materia de licencias urbanísticas.

De este modo lo que revela el recorrido descrito es una sucesión de normas que, con el paréntesis favorable al silencio positivo marcado entre la reforma del año 1999 de la LPC y la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, termina con una solución drástica con el cambio de sentido que por lo demás, más allá de su oportunidad, es indudable que venía ya herido por la sentencia de 28 de enero de 2009, que rehabilitó una jurisprudencia supuestamente superada cuya repercusión práctica sembrada de dificultades e incertidumbres está sin duda en la base de una decisión que ciertamente permite zanjar el debate clásico sobre el silencio *contra legem*.

Ahora bien, lo singular de la situación es que siendo el particular la víctima indiscutible de la superación de la, al fin, sedicente y vencida interpretación que pretendió extender también al ámbito urbanístico la regulación dispuesta por la reforma de la LPC de 1999, la respuesta del legislador no se haya centrado sin embargo en la búsqueda de fórmulas que evitaran o al menos disminuyeran la inseguridad por él padecida sino que, por el contrario, haya optado, en la línea ya indicada que concibe el nuevo sentido del silencio como un beneficio para el particular, por obviar tal realidad y hacerlo invocando una renovada seguridad jurídica cuya única virtualidad a favor del particular consiste en su condición de ficción legal de efectos exclusivamente procesales dirigida a la creación de la presunción del cumplimiento del requisito previo del acto administrativo consustancial a la configuración impugnatoria del proceso contencioso-administrativo.

(4) BAÑO LEÓN, José María, *Derecho Urbanístico*, Ed. Iustel, págs. 358 a 365.

Es decir, la inseguridad del particular que no sabe a qué atenerse ante la endeble suposición del nacimiento del acto por silencio, no se ve combatida reforzando el silencio positivo, sino invirtiendo su sentido y remitiéndole a un proceso contencioso en el que hacer valer su derecho.

En otras palabras, y valga el símil, lo que ha ocurrido con el silencio sería asimilable a algo así como la conducta del socorrista erradamente celoso de su cometido que, ante el nadador que lucha en el mar por no ahogarse, opta por evitarle de modo expeditivo el mal rato en el que se encuentra atándole al pie un fardo de pesadas piedras con el que sin duda se consigue poner fin, aunque no con el mejor de los resultados posibles, al desagradable momento vivido.

Así se hace, paradójicamente, en el contexto de la corriente dominante favorable al sentido del silencio positivo definida por la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en virtud de la cual el sentido negativo del silencio se limitaba a aquellos supuestos en los que concurriera «una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros», noción, la de «razón imperiosa de interés general», que, entre otros, abarca el ámbito de la protección del consumidor, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, y que dio lugar a la reforma del artículo 43 de la LPC llevada a cabo mediante la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (la conocida como Ley ómnibus) agregando a su texto dicha circunstancia como legitimadora del sentido negativo del silencio y dándole, por lo tanto, un mayor carácter restrictivo a la posible opción por el mismo.

A partir de aquí, con el preludio de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que, bajo las premisas de una supuesta simplificación administrativa y agilización de la actuación administrativa, anunció la ampliación del ámbito del silencio positivo con el límite respecto de aquellos procedimientos en los que concurrieran «razones imperiosas de interés general», el alcance del Real Decreto-ley 8/2011 atribuye a las licencias urbanísticas el ya visto sentido negativo por concurrir tales supuestas razones ligadas a una exclusiva exigencia de seguridad jurídica por «la imposibilidad de concesión de facultades de extraordinaria relevancia e impacto sobre el territorio por medio de la técnica del silencio positivo» y añadida a las razones esgrimidas por la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009.

De esta manera lo que viene a estar detrás de la nueva regulación sobre el sentido del silencio es en realidad la razón dada en la sentencia de 28 de enero de 2009, según la cual, cristalizando en esta causa las razones imperiosas de interés general, su carácter positivo habría sido en parte la causa de la alegada por el Ayuntamiento de Málaga, «situación de anarquía e ilegalidad» que, en cierto modo, justificaría de modo renovado su inversión al amparo del artículo 43 de la LPC, según la redacción dada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

En este punto, sin embargo, la realidad viene justamente a sostener el carácter injustificado de la imputación al silencio positivo de ser el causante de una situación como la apuntada de anarquía e ilegalidad en España en el ámbito inmobiliario, de tal modo que, si acaso pudo tener alguna defensa en la etapa de expansión inmobiliaria vivida hasta el año 2007, desde luego difícilmente cabe sostener ahora lo mismo por las razones de todos conocidas en relación con el estado de radical parálisis que vive el sector. Parece que con mayor fundamento detrás de esa imputación sea posible encontrar la mercantilización del urbanismo mediante la generalizada llamada a la política de convenios, su utilización como forma de financiación de las Administraciones, el ejercicio irracional de la potestad de planeamiento, la corrupción o, entre otras circunstancias, la tolerancia de la Administración con la ilegalidad.

2. CONSIDERACIONES SOBRE SU APLICACIÓN

A) *Actos urbanísticos afectados*

Sin perjuicio de las objeciones que pudieran formularse de orden competencial respecto del Real Decreto-ley en el ejercicio de la potestad legislativa y, al tiempo, a la vista de la exigencia constitucional dispuesta en el artículo 86 CE en relación con el Real Decreto-ley (5) por no concurrir, según venimos diciendo y conforme a la terminología de dicho precepto, una justificación «*de extraordinaria y urgente necesidad*», en primer lugar, cabe advertir que la regulación en materia de silencio en el orden urbanístico dispuesta en el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011 tiene autonomía propia, toda vez que no lleva consigo modificación de la Ley del Suelo de 2008, de tal modo que convive con la regulación dispuesta en el artículo 8.1.b), último párrafo, sobre adquisición de facultades por silencio en contra del ordenamiento, el cual no es objeto de derogación expresa en su Disposición Derogatoria.

En razón de ello, lo dispuesto en el artículo 8.1.b) habría de entenderse aplicable en cuanto a aquellos actos no comprendidos en la relación cerrada consignada en el citado artículo 23, en concreto, por ejemplo, el siempre relevante acto de demolición de edificaciones. Este último, siendo así que es uno de los actos característicos en el urbanismo español a los que afecta la suspensión del otorgamiento de licencias como consecuencia tanto de la iniciación de los procesos reparcelatorios como de la tramitación de los instrumentos de planeamiento general en la doble modalidad de suspensión potestativa y automática con su aprobación inicial, queda sin embargo al margen del silencio negativo, de modo que la aplicación del artículo 8.1.b) del Real Decreto-ley 8/2011 permitirá entender operativo el régimen del silencio positivo respecto de él cuando así lo señale la legislación autonómica y además sea conforme con la ordenación, lo que ordinariamente tendrá lugar en aquellos supuestos en los que no fuera oponible régimen alguno de protección.

A estos efectos resulta curioso comprobar cómo, en sentido inverso, en los actos sujetos al sentido positivo del silencio con arreglo al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales no se incluyó tampoco la demolición de edificaciones pese a lo cual sin embargo se sostuvo que también quedaban amparadas por dicho sentido positivo, extensión que sin embargo no parece razonable efectuar respecto del silencio negativo dados sus efectos restrictivos para el particular.

En todo caso, lo anterior concuerda con la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, según la cual el nuevo régimen del silencio se limita a los que en él se identifican como los *procedimientos más relevantes*.

B) *Consecuencias del sentido negativo del silencio*

Sin perjuicio de la aplicación del artículo 43.4.b) de la LPC, según el cual, la desestimación por silencio permite que se dicte resolución expresa posterior al vencimiento del plazo para resolver sin vinculación al sentido del silencio, con lo cual cabría acceder a la concesión de la licencia respectiva, su objeto final no

(5) GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO, «El fin del silencio positivo en las licencias», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 268, págs. 28 y sigs.

es otro, según ha quedado ya dicho, que permitir el ejercicio del derecho a la tutela judicial mediante la ficción del acto previo desestimatorio.

3. CONSIDERACIÓN FINAL

A partir de cuanto queda expuesto, el juicio que cabe hacer de la nueva regulación en materia de silencio debe necesariamente situarse en el contexto que ha quedado expuesto, en el que la desautorización por el Tribunal Supremo de la doctrina mayoritariamente mantenida desde la reforma del año 1999 de la LPC es el hecho determinante del desencadenamiento de una radical inseguridad jurídica padecida no por la Administración, que es quien incurre en un supuesto de inactividad formal, sino por quien solicita una licencia ignorando el alcance real del transcurso del plazo legal sin resolver por la negativa a reconocer efectos al silencio *contra legem*.

Por ello, en fin, volviendo a la jurisprudencia tradicional en la materia, resulta hasta cierto punto curioso confrontar los términos con los que el Real Decreto-ley introduce la nueva regulación del silencio con el juego de la dialéctica que tradicionalmente se ha mantenido en esta cuestión entre seguridad jurídica y legalidad cuando, en el primer caso, se concedía preferencia al nacimiento del acto por silencio y, en el segundo, en cambio, se condicionaba a su acomodación al ordenamiento urbanístico.

Y es que, en efecto, frente a dicha dialéctica, si bien el Real Decreto-ley explicita y supera incluso la doctrina legal de la sentencia de 28 de enero de 2009, no lo hace ya invocando la legalidad sino por el contrario la seguridad jurídica, la cual al final cumple la función de arma arrojadiza con la que, en lugar de resolver en beneficio del interesado la situación de inseguridad que solo él padece, se opta por la eliminación del problema que ocasiona la falta de resolución en plazo trasladando la respuesta final a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En suma, la nueva regulación en lugar de profundizar en las causas que en el marco del silencio dan lugar a inseguridad jurídica para buscar soluciones, prefiere sencillamente negar el silencio positivo, situación con la cual surgirá inevitablemente la tentación de su utilización como resolución denegatoria unida a una evidente desincentivación de los responsables municipales para resolver en plazo, lo cual se aparta de las novedades introducidas en el Derecho francés mediante la Ordenanza número 2205-1527, de 8 de diciembre de 2005, y del Decreto número 2007-18, de 5 de enero de 2007, o, en sentido análogo, en el Derecho italiano en el caso de la Ley 241/1990, reformada por la Ley 80/2005, supuestos en los que el sentido negativo se limita a aquellos casos en los que estuviera comprometido el medio ambiente, espacios protegidos, bienes inmuebles objeto de protección, cuya identificación concreta, en razón de valores objetivos, pudiera incluso venir definida en el planeamiento urbanístico.

Todo lo cual, en cualquier caso, solo cobraría sentido sobre la base de que cualquier eventual reconocimiento del sentido positivo del silencio exige, para que realmente tenga una mínima virtualidad práctica, la atribución de los efectos propios del acto expreso en línea con la reforma del año 1999 de la LPC.

Por ello, en la siempre difícil conciliación entre la legalidad y la seguridad jurídica en esta materia, no parece que la fórmula más acertada sea la eliminación sin más del silencio positivo, al que se imputan unos efectos en el orden práctico que no responden a la realidad.

RESUMEN

SILENCIO ADMINISTRATIVO
LICENCIA ADMINISTRATIVA

La instauración del sentido negativo del silencio en relación con la mayoría de las autorizaciones en materia urbanística producida a partir del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, si bien representa la eliminación de la situación de incertidumbre padecida por el peticionario a la que llevó la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2009 al negar su operatividad en el caso del silencio contra legem, da lugar, al mismo tiempo, a primar el incumplimiento de la obligación de resolver de la Administración, renunciando, con ello, a la búsqueda de fórmulas claramente más equilibradas en las que el carácter negativo del silencio quedara limitado a supuestos que exigieran una singular protección, manteniendo el sentido positivo con efectos equivalentes a los del acto expreso de acuerdo con el modelo que introdujo la reforma de la LPC del año 1999, instauración que, por lo demás, obliga a la reconsideración de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de inscripción de actos administrativos obtenidos por silencio, los cuales con el nuevo régimen legal no serán ya posibles.

ABSTRACT

THE MEANING OF NON-REPLY
TO APPLICATIONS
ADMINISTRATIVE LICENSE

Failure by the authorities to reply to most applications for authorizations related with land planning is, as of Royal Decree-Law 8/2011 of 1 July, equivalent to refusal. Although this development eliminates the uncertainty applicants used to undergo (which led to the Supreme Court's ruling of 29 January 2009 negating the operation of consent through non-reply in the case of contra legem effects), at the same time the rule smiles upon non-compliance by the government with its obligation to take decisions. In adopting this solution, legislators have given up the quest for better-balanced formulae in which refusal through non-reply would be limited to events requiring singular protection and consent through non-reply would be upheld as having effects equivalent to those of an express act of consent, in accordance with the model introduced by the 1999 reform of the Act on Civil Procedure. Furthermore, the establishment of this rule forces us to reconsider the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs' doctrine concerning the registration of administrative acts effected via non-reply, which will no longer be possible under the new legislation.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución 11-1-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 20/2011, de 30-12-2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

— Resolución 16-2-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 2/2012, de 3-2-2012, de saneamiento del sector financiero.

— Reforma del Reglamento del Senado, por la que se modifica el artículo 49 en su apartado 2.

— Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados, por la que se modifica el artículo 46.1.

JEFATURA DEL ESTADO

— Real Decreto-ley 1/2012. 27-1-2012. Procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

— Real Decreto-ley 2/2012. 3-2-2012. Saneamiento del sector financiero.

— Real Decreto-ley 3/2012. 10-2-2012. Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 3/2012. 10-2-2012. Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

— Real Decreto-ley 4/2012. 24-2-2012. Determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 20/2011. 30-12-2011. Medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

— Corrección de errores. Instrumento de Ratificación del Tratado entre el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Finlandia, el Reino de Suecia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados miembros de la Unión Europea) y la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República de Eslovaquia, relativo a la adhesión de estos últimos Estados a la Unión Europea, hecho en Atenas el 16-4-2003.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 1/2012. 5-1-2012. Modifica el Real Decreto 1823/2011, de 21-12-2011, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 83/2012. 13-1-2012. Reestructura la Presidencia del Gobierno.

— Real Decreto 264/2012. 27-1-2012. Nombra Fiscal General del Estado a don Eduardo Torres-Dulce Lifante.

— Corrección de errores. Real Decreto 1886/2011. 30-12-2011. Establece las Comisiones Delegadas del Gobierno.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 178/2012. 31-1-2012. Nombra los miembros del Tribunal calificador de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocadas por Resolución 14-7-2011.

— Orden 260/2012. 2-2-2012. Constituye el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, con arreglo a la lista definitiva de aprobados remitida por el Tribunal calificador.

— Resolución 3-1-2012. Declara a don Joaquín José Rodríguez Hernández en situación de servicios especiales con derecho de reserva de plaza en el Cuerpo y escalafón de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución 18-1-2012 y Resolución 24-1-2012 (corrección de errores). Eleva a definitiva la lista provisional de solicitantes admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad,

Mercantiles y de Bienes Muebles, se corrigen errores y se señala lugar y fecha del sorteo.

— Resolución 24-1-2012. Resuelve el concurso ordinario, número 283, para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución 2-12-2011, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución 24-1-2012. Resuelve el concurso para la provisión de Notarías vacantes, convocado por Resolución 2-12-2011, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución 7-2-2012. Publica la lista de aprobados en la oposición entre notarios convocada por Resolución 22-11-2010.

— Resolución 9-2-2012. Aprueba con carácter provisional las listas de admitidos y excluidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de Notario convocada por Resolución 23-11-2011.

— Acuerdo de 13-2-2012, del Tribunal calificador de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, por el que se señala la fecha en que han de dar comienzo los ejercicios de las mismas.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Orden 3622/2011. 21-12-2011. Publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se declara el incumplimiento de condiciones de expedientes acogidos a la Ley 50/1985, de 27-12-1985, de Incentivos Regionales.

— Orden 3623/2011. 21-12-2011. Publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se declara el incumplimiento de condiciones de expedientes acogidos a la Ley 50/1985, de 27-12-1985, de Incentivos Regionales.

— Corrección de errores. Real Decreto 1613/2011. 14-11-2011. Desarrolla la Ley 13/2011, de 27-5-2011, de regulación del juego, en lo relativo a los requisitos técnicos de las actividades del juego.

— Corrección de errores. Real Decreto 1614/2011. 14-11-2011. Desarrolla la Ley 13/2011, de 27-5-2011, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

— Real Decreto 303/2012. 3-2-2012. Regula el Comité Consultivo de la CNMV.

— Orden 3632/2011. 28-12-2011. Retira la condición de titular de cuenta del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones a Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S. A.

— Orden 3633/2011. 28-12-2011. Retira la condición de titular de cuenta del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones a Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios y Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro.

— Orden 39/2012. 11-1-2012. Concede la subrogación de la condición de Titular de Cuenta y de Entidad Gestora con capacidad plena del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones a Unicaja Banco, S. A.

— Orden 40/2012. 11-1-2012. Subrogación de la condición de Titular de Cuenta y de Entidad Gestora con capacidad plena del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones a Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S. A.

— Orden 41/2012. 16-1-2012. Dispone la creación de Deuda del Estado durante el año 2012 y enero de 2013 y se delegan determinadas facultades en el Secretario General del Tesoro y Política Financiera.

— Orden 136/2012. 13-1-2012. Retira la condición de entidad gestora con capacidad plena del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones, a la entidad Banco de Castilla-La Mancha, S. A.

— Orden 137/2012. 13-1-2012. Retira la condición de entidad gestora con capacidad plena del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones, a la entidad Banco Caixa Geral, S. A.

— Orden 335/2012. 22-2-2012. Modifica la O. EHA/339/2007, de 16-2-2007, por la que se desarrollan determinados preceptos de la normativa reguladora de los seguros privados.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 2/2012. 5-1-2012. Modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30-12-2011, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 199/2012. 23-1-2012. Desarrolla la estructura orgánica básica del MP y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30-12-2011, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Corrección de errores. Real Decreto 199/2012. 23-1-2012. Desarrolla la estructura orgánica básica del MP y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30-12-2011, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 200/2012. 23-1-2012. Desarrolla la estructura orgánica básica del MSSS e I y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30-12-2011,

por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 256/2012. 27-1-2012. Desarrolla la estructura orgánica básica del MH y AAPP.

— Real Decreto 257/2012. 27-1-2012. Desarrolla la estructura orgánica básica del MEC y D.

— Real Decreto 302/2012. 3-2-2012. Modifica el Estatuto de la Agencia Estatal BOE, aprobado por Real Decreto 1495/2007, de 12-11-2007.

— Resolución 22-12-2011. Publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución 13-1-2012. Concede la autorización número 452 para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria a la entidad Nueva Caja Rural de Aragón, Sociedad Cooperativa de Crédito.

— Resolución 13-1-2012. Convalida la autorización número 363 para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente a la Entidad Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga, Antequera y Jaén-Unicaja respecto a la nueva denominación de Unicaja Banco, S. A.

— Resolución 23-1-2012. Modifica la de 3-1-2011, por la que se aprueba el modelo 145, de comunicación de datos del perceptor de rentas del trabajo a su pagador o de la variación de los datos previamente comunicados.

— Resolución 24-1-2012. Modifica la de 18-5-2010, en relación con el registro y gestión de apoderamientos y el registro y gestión de las sucesiones y de las representaciones legales de menores e incapacitados para la realización de trámites y actuaciones por internet ante la Agencia Tributaria.

— Resolución 3-2-2012. Publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución 9-2-2012. Concede la autorización número 453 para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria a la entidad BBK Bank Cajasur, S. A.

— Resolución 9-2-2012. Procede a cancelar la autorización número 424 para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente a la entidad Caja Rural Aragonesa y de los Pirineos, Sociedad Cooperativa de Crédito.

— Corrección de errores. Real Decreto Legislativo 3/2011. 14-11-2011. Aprueba el TR de la Ley de Contratos del Sector Público.

— Corrección de errores. Orden 3551/2011. 13-12-2011. Aprueba los precios medios de venta aplicables en la gestión del ITP y AJD, IS y D e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Resolución 28-12-2011. Corrección de errores. Circular 4/2011, de 16-11-2011, por la que se modifica parcialmente la Circular 4/2008, de 11-9-2008, sobre el contenido de los informes trimestrales, semestral y anual de instituciones de inversión colectiva y del estado de posición.

— Acuerdo 15-2-2012. Levantamiento de la prohibición cautelar en relación con las posiciones cortas sobre acciones españolas del sector financiero.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución 2-1-2012. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución 3-1-2012. Trimestralmente se publican los tipos de interés de referencia que sirven para la determinación de los depósitos para los que se deben realizar aportaciones adicionales a los fondos de garantía de depósitos.

— Resolución 18-1-2012. Mensualmente se hacen públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución 26-1-2012. Publica la relación de entidades participantes (asociadas y representadas) a 23-1-2012 en el Sistema Nacional de Compensación Electrónica.

— Resolución 1-2-2012. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución 15-2-2012. Cambios temporales en los criterios de admisibilidad de los activos de garantía en las operaciones de política monetaria del Banco de España.

— Resolución 17-2-2012. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

— Orden 1/2012. 5-1-2012. Regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012.

— Orden 184/2012. 2-2-2012. Desarrolla las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2012.

— Resolución 15-2-2012. Determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación para la concesión de ayudas económicas de acompañamiento por la participación en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, establecidas en el Real Decreto-ley 1/2011, de 11-2-2011.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Entrada en vigor del Acuerdo de Servicio de Préstamo entre los siguientes Estados miembros cuya moneda es el euro: el Reino de Bélgica, Irlanda, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia y KfW, actuando en interés público, con sujeción a las instrucciones y acogándose a la garantía de la República Federal de Alemania, como Prestamistas, y la República Helénica como Prestatario y el Banco de Grecia como Agente del Prestatario, hecho en Bruselas y Atenas el 8-5-2010.

— Entrada en vigor del Acuerdo entre Acreedores suscrito por el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, Irlanda, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia, hecho en Bruselas el 8-5-2010.

— Entrada en vigor del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11-9-2009.

— Canje de Notas Constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa para la creación de dos Centros de cooperación policial y aduanera, al amparo del artículo 4.2 del Acuerdo entre ambos Estados sobre cooperación transfronteriza en materia policial y aduanera de 19-11-2005, hecho en Lisboa el 28 y 31-7-2009.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Resolución 13-2-2012. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27-1-2012, por el que se establece la cuantía del Módulo Básico Estatal para 2012 (Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación, 2009-2012).

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

— Orden 378/2012. 28-2-2012. Establece la obligatoriedad para los interesados en el procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, de comunicarse con la Sección 2.^a de la Comisión de Propiedad Intelectual por medios electrónicos.

— Resolución 21-12-2011. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16-12-2011, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Resolución 24-1-2012. Establece medidas especiales de regulación del tráfico durante el año 2012.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

— Corrección de errores. Real Decreto 1598/2011. 4-11-2011. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo de Agua de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir, por el que se modifica el Real Decreto 650/1987, de 8-5-1987, por el que se definen los ámbitos territoriales de los organismos de cuenca y de los planes hidrológicos.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO

— Real Decreto 417/2012. 24-2-2012. Modifica el Real Decreto 648/2011, de 9-5-2011, de concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos eléctricos, en el marco del Plan de Acción 2010-2012 del Plan integral de impulso al vehículo eléctrico en España, 2010-2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Sentencia 1/2012. 13-1-2012. Recurso de inconstitucionalidad, número 71-2001, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 9/2000, de 6-10-2000, de modificación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28-6-1986, de evaluación de impacto ambiental. Límites a los Decretos-leyes de distribución de competencias en materia de medio ambiente: nulidad del pre-

cepto que remite al reglamento la regulación del procedimiento de evaluación ambiental de determinados proyectos. Voto particular.

— Sentencia 7/2012. 18-1-2012. Recurso de inconstitucionalidad, número 3.547-1999, interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Canarias 9/1999, de 13-5-1999, de ordenación del territorio de Canarias. Competencias en materia de administración de justicia, ordenación del territorio y medio ambiente: Atribución de la presidencia de un órgano autonómico a un magistrado de lo contencioso-administrativo vulnerando la competencia estatal sobre administración de justicia; nulidad parcial de los preceptos legales autonómicos que establecen un régimen sancionador no acorde con la normativa básica de protección ambiental.

— Recurso de inconstitucionalidad, número 6.363-2011, contra la Disposición Final 1.^a del Real Decreto-ley 12/2011, de 26-8-2011, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7-1-2000, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico.

— Recurso de inconstitucionalidad, número 6.478-2011, contra la Disposición Final 1.^a del Real Decreto-ley 12/2011, de 26-8-2011, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7-1-2000, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico.

— Recurso de inconstitucionalidad, número 6.523-2011, contra la Disposición Final 1.^a del Real Decreto-ley 12/2011, de 26-8-2011, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7-1-2000, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico.

— Recurso de inconstitucionalidad, número 76-2012, contra el artículo 6 de la Ley 35/2011, de 4-10-2011, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias.

— Cuestión de inconstitucionalidad, número 3.705-2011, en relación con los apartados 2 y 10 del artículo 16 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5-3-2004, por el que se aprueba el TR de la Ley del IS, por posible vulneración del artículo 25.1 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad, número 5.673-2011, en relación con el artículo 26.a) de la Ley 8/2006, de 5-7-2006 del Parlamento catalán, en relación con el artículo 48.1.h) de la Ley 7/2007, de 12-4-2007, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.

— Cuestión de inconstitucionalidad, número 6.817-2010, en relación con el artículo 92.8 del Código Civil por posible vulneración de los artículos 117.3 y 39 de la CE.

— Conflicto en defensa de la autonomía local 3.540-2003, contra el artículo 79 de la Ley del Parlamento de Cataluña 31/2002, de 30-12-2002, de Medidas Fiscales y Administrativas.

— Acuerdo 24-2-2012. Habilita, con carácter extraordinario, determinadas fechas y horarios para la presentación en el Registro General del Tribunal del recurso de amparo electoral.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 12/2011. 16-12-2011. Modificación de la Ley andaluza de Universidades.

— Ley 1/2012. 30-1-2012. Crea el Colegio Profesional de Periodistas de Andalucía.

— Ley 2/2012. 30-1-2012. Modificación de la Ley 7/2002, de 17-12-2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

— Decreto 376/2011. 30-12-2011. Modifica el Decreto 149/2005, de 14-6-2005, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido.

— Decreto 7/2012. 17-1-2012. Aprueba el Plan de Prevención y Gestión de Residuos Peligrosos de Andalucía, 2012-2020.

— Decreto 15/2012. 7-2-2012. Aprueba el Reglamento Orgánico de las Escuelas Oficiales de Idiomas en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Decreto 17/2012. 7-2-2012. Regula la elaboración del Informe de Evaluación del Impacto de Género.

— Decreto 36/2012. 21-2-2012. Facilita la participación de los trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena y del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias en las elecciones al Parlamento de Andalucía, que habrán de celebrarse el día 25-3-2012.

— Orden 31-1-2012. Fija las cantidades actualizadas de las subvenciones por gastos electorales y el límite de los mismos para las elecciones al Parlamento de Andalucía a celebrar el día 25-3-2012.

— Resolución 20-12-2011. Determina las Fiestas Locales en el ámbito de Andalucía para el año 2012.

— Corrección de errores. Resolución 20-12-2011. Determina las Fiestas Locales en el ámbito territorial de Andalucía para el año 2012.

— Resolución 23-12-2011. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 3/2011, de 13-12-2011, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía.

— Resolución 10-2-2012. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Acuerdo 30-12-2011. Aprueba el II Plan Andaluz de Formación Profesional 2011-2015.

— Candidaturas presentadas para las elecciones al Parlamento de Andalucía, convocadas por Decreto del Presidente de la Junta de Andalucía 1/2012, de 30-1-2012.

ARAGÓN

— Ley 1/2012. 20-2-2012. Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2012.

— Decreto-ley 1/2012. 21-2-2012. Medidas en materia de Cajas de Ahorro.

— Orden 8-2-2012. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, en virtud de Resolución de concurso de 2-12-2011.

— Resolución 27-12-2011. Rectificación de error de la Resolución 22-11-2011, por la que se determinan las fiestas locales, de carácter retribuido, no recuperables e inhábiles para el año 2012 en los municipios de la provincia.

ASTURIAS

— Reforma 23-12-2011. Artículo 22.6 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias.

BALEARES

— Decreto 110/2011. 25-11-2011. Fija el calendario de días inhábiles para el año 2012 a efectos de plazos administrativos.

— Decreto 8/2012. 3-2-2012. Modificación del Decreto 110/2011, de 2-12-2011, por el que se fija el calendario de días inhábiles para el año 2012 a efectos de plazos administrativos.

CANARIAS

— Resolución 13-1-2012. Actualiza el límite previsto en el artículo 10.1.28.º de la Ley 20/1991, de 7-6-1991, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias.

CANTABRIA

— Ley 1/2012. 12-1-2012. Modifica el TR de la Ley de Medidas Fiscales en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 62/2008, de 19-6-2008.

— Decreto 2/2012. 12-1-2012. Modifica el Decreto 139/2004, de 15-12-2004, por el que se crea y se regula el Registro de Voluntades Previas de Cantabria.

— Corrección de errores. Orden 37/2011. 26-11-2011. Establece los coeficientes aplicables al Valor Catastral para estimar el valor real de los Bienes Inmuebles Urbanos a efectos de los impuestos ITP y AJD e IS y D para el año 2012.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 1/2012. 28-2-2012. Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

— Decreto 1/2012. 12-1-2012. Regula los aprovechamientos maderables y leñosos en montes y otras zonas arboladas no gestionados por la Junta de Castilla y León.

— Orden 1640/2011. 2-12-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 44/2012. 23-1-2012. Modifica la Orden FOM/1982/2008, de 14-11-2008, por la que se regula el procedimiento para la selección de los adquirentes y arrendatarios de viviendas protegidas en Castilla y León.

— Orden 65/2012. 8-2-2012. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para su destino en la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 73/2012. 15-2-2012. Modifica la O. FAM/824/2007, de 30-4-2007, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

— Orden 88/2012. 17-2-2012. Nombra Notarios para su destino en la Comunidad de Castilla y León.

CATALUÑA

— Ley 8/2011. 27-12-2011. Modificación de la Ley 12/2010, de 19-5-2010, del Consejo de Gobiernos Locales.

— Ley 1/2012. 22-2-2012. Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2012.

— Ley 2/2012. 22-2-2012. Modificación de varias leyes en materia audiovisual.

— Ley 3/2012. 22-2-2012. Modificación del TR de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3-8-2010.

— Decreto-ley 3/2011. 20-12-2011. Medidas urgentes en materia de tesorería.

— Decreto-ley 4/2011. 20-12-2011. Necesidades financieras del sector público en prórroga presupuestaria.

— Resolución 66/2012. 24-1-2012. Resuelve el concurso para la provisión de registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, convocado por la Resolución JUS/2875/2011, de 2-12-2011, y se dispone su publicación.

— Resolución 67/2012. 24-1-2012. Resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes convocado por la Resolución JUS/2874/2011, de 2-12-2011, y se dispone su publicación.

— Resolución 136/2012. 3-2-2012. Modifica parcialmente la Resolución INT/2927/2011, de 15-12-2011, por la que se establecen las restricciones a la circulación durante el año 2012.

— Corrección de errores. Ley 9/2011. 29-12-2011. Promoción de la actividad económica.

— Corrección de errores. Ley 10/2011. 29-12-2011. Simplificación y mejora de la regulación normativa.

— Corrección de errores. Ley 11/2011, de 29-12-2011. Reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa.

— Recurso de inconstitucionalidad 1461-2002, interpuesto por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña en relación con varios preceptos de la Ley Orgánica 5/2001, de 13-12-2001, complementaria a la Ley general de estabilidad presupuestaria (sentencia).

EXTREMADURA

— Ley 1/2012. 24-1-2012. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2012.

— Decreto 1/2012. 13-1-2012. Modifica el Decreto 78/2010, de 18-3-2010, por el que se regula el procedimiento para la calificación de las empresas de inserción laboral y la creación del Registro de Empresas de Inserción de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Orden 15-12-2011. Modifica la Orden 23-6-2011 por la que se convoca, en la Comunidad Autónoma de Extremadura, el procedimiento de reconocimiento, evaluación y acreditación de determinadas competencias profesiona-

les, adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación.

— Orden 16-2-2012. Nombra Notarios para servir plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Resolución 15-12-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Decreto-ley 1/2011, de 11-11-2011, por el que se modifica la Ley 2/1998, de 26-3-1998, de Sociedades Cooperativas de Extremadura.

GALICIA

— Ley 13/2011. 16-12-2011. Reguladora de la política industrial de Galicia.

— Ley 14/2011. 16-12-2011. Modifica la Ley 5/1998, de 18-12-1998, de Cooperativas de Galicia.

— Decreto 252/2011. 15-12-2011. Crea la Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia y se aprueban sus estatutos.

— Decreto 254/2011. 23-12-2011. Regula el régimen de registro, autorización, acreditación e inspección de servicios sociales en Galicia.

— Decreto 1/2012. 3-1-2012. Modifica la estructura orgánica de la Xunta de Galicia.

— Decreto 32/2012. 12-1-2012. Aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Aguas de Galicia.

— Decreto 77/2012. 9-2-2012. Modifica el Decreto 74/2006, de 30-3-2006, por el que se regula el Consejo Gallego de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

— Corrección de errores. Ley 11/2011. 26-12-2011. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2012.

— Corrección de errores. Ley 12/2011. 26-12-2011. Medidas fiscales y administrativas.

— Orden 2-1-2012. Desarrollo del Decreto 15/2010, de 4-2-2010, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia, el procedimiento para la elaboración del programa individual de atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes.

— Orden 12-1-2012. Regula la habilitación de procedimientos administrativos y servicios en la Administración General y en el sector público autonómico de Galicia.

— Resolución 3-1-2012. Publica la convocatoria de acreditación de competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral en la Comunidad Autónoma de Galicia.

LA RIOJA

— Corrección de errores. Ley 6/2011. 22-12-2011. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para 2012.

MADRID

— Ley 5/2011. 23-12-2011. Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012.

— Ley 6/2011. 28-12-2011. Medidas Fiscales y Administrativas.

— Orden 2-1-2012. Adecúa la estructura de los presupuestos generales de la Comunidad de Madrid para 2012 a la racionalización administrativa operada por Ley 6/2011. 28-12-2011, de Medidas Fiscales y Administrativas.

— Orden 2-1-2012. Regulan determinados procedimientos de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2012.

MURCIA

— Ley 2/2011. 2-3-2011. Admisión en espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Región de Murcia.

NAVARRA

— Ley Foral 21/2011. 28-12-2012. Cuentas Generales de Navarra de 2010.
— Ley Foral 1/2012. 23-1-2012. Regula la renta de inclusión social.
— Ley Foral 2/2012. 14-2-2012. Establece con carácter temporal un gravamen complementario en el IRPF y se modifican determinadas retenciones e ingresos a cuenta.

— Decreto Foral Legislativo 1/2012. 18-1-2012. Armonización Tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral 245/2011. 21-12-2011. Modifica la plantilla orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.

— Decreto Foral 246/2011. 21-12-2011. Actualizan los umbrales comunitarios de la Ley Foral 6/2006, de 9-6-2006, de Contratos Públicos.

— Decreto Foral 2/2012. 18-1-2012. Modifican el Reglamento del IVA, aprobado por Decreto Foral 86/1993, de 8-3-1993, y el Decreto Foral 69/2010, de 8-11-2010, por el que se regula la declaración anual de operaciones con terceras personas y por el se modifican otras normas con contenido tributario.

— Orden Foral 223/2011. 27-12-2011. Aprueba el modelo 193 del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta sobre determinados rendimientos del capital mobiliario del IRPF y sobre determinadas rentas del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, correspondiente a establecimientos permanentes y por la que se modifican los diseños físicos y lógicos del modelo 196, aprobado por Orden Foral 208/2008, de 24-11-2008.

— Orden Foral 224/2011. 27-12-2011. Aprueban los precios medios de venta de vehículos y de embarcaciones usados, aplicables en la gestión de los Impuestos IS y D, ITP y AJD e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden Foral 4/2012. 16-1-2012. Determina el lugar de presentación de los documentos y declaraciones sometidas al régimen de declaración del IS y D.

— Orden Foral 10/2012. 30-1-2012. Desarrolla para el año 2012 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen simplificado del IVA.

— Corrección de errores. Ley Foral 19/2011. 28-12-2011. Presupuestos Generales de Navarra para el año 2012.

— Corrección de errores. Ley Foral 20/2011. 28-12-2011. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Corrección de errores. Orden Foral 6/2012. 20-1-2012. Modifica la Orden Foral 177/2010, de 14-12-2010, por la que se aprueba el modelo F-50 de Declaración anual de operaciones con terceras personas, y la Orden Foral 8/2009, de 23-1-2009, por la que se aprueba el modelo 340 de Declaración informativa de operaciones incluidas en los libros registro del IVA.

PAÍS VASCO

— Ley 1/1995. 12-4-1995. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 1995.

— Ley 2/1995. 23-6-1995. Aprueba la liquidación de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi correspondientes al ejercicio 1992.

— Ley 3/1995. 23-6-1993. Ampliación del plazo de adaptación estatutaria de la Ley 4/1993, de 24-6-1993, de Cooperativas de Euskadi.

— Ley 4/1995. 10-11-1995. Espectáculos públicos y actividades recreativas.

— Ley 5/1995. 13-12-1995. Autorización de permuta de terrenos entre la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea y el Ayuntamiento de Bilbao, y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea y el Ayuntamiento de San Sebastián/Donostia.

— Ley 6/1995. 29-12-1995. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 1996.

— Ley 1/1996. 3-4-1996. Gestión de Emergencias.

— Ley 2/1996. 10-5-1996. Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias del País Vasco.

— Ley 4/1996. 11-10-1996. Reforma de la Ley de creación del Ente Público «Radio Televisión Vasca» (Ley 5/1982, de 20-5-1982), referente a nombramiento y cese del Director General de EITB.

— Ley 5/1996. 18-10-1996. Servicios Sociales.

— Ley 6/1996. 31-10-1996. Metodología de determinación de las aportaciones de las Diputaciones Forales a la financiación de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco aplicable a los ejercicios 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.

— Corrección de errores. Ley 6/1996. 31-10-1996. Metodología de determinación de las aportaciones de las Diputaciones Forales a la financiación de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco aplicable a los ejercicios 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.

— Ley 7/1996. 8-11-1996. Aprueba el Plan Vasco de Estadística 1997/2000.

— Ley 9/1996. 26-12-1996. Aprueba la liquidación de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi correspondiente al ejercicio 1993.

— Ley 10/1996. 27-12-1996. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 1997.

— Corrección de errores. Ley 10/1996. 27-12-1996. Aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 1997.

— Ley 1/1997. 20-2-1997. Regula la consignación de cantidades en los Presupuestos Municipales con destino al Patrimonio Municipal del Suelo.

— Ley 2/1997. 14-3-1997. Modificación de la Ley de Conservación de la Naturaleza del País Vasco.

— Corrección de errores. Ley 2/1997. 14-3-1997. Modificación de la Ley de Conservación de la Naturaleza del País Vasco.

— Ley 5/1997. 30-5-1997. Reguladora de utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados.

— Ley 8/1997. 26-6-1997. Ordenación sanitaria de Euskadi.

— Ley 10/1997. 27-6-1997. Modificación de la Ley de creación de Osalan, Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales-Laneko Segurtasun eta Osasunerako Euskal Erakundea.

— Ley 11/1997. 27-6-1997. Consejo de Relaciones Laborales/Lan Harremanen Kontseilua.

— Ley 12/1997. 10-10-1997. Aprueba la liquidación de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi correspondientes al ejercicio 1994.

— Ley 13/1997. 10-10-1997. Aprueba la liquidación de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi correspondientes al ejercicio 1995.

— Ley 14/1997. 10-10-1997. Adaptación de la Ley de Metodología de Determinación de las Aportaciones de las Diputaciones Forales a la financiación

de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco aplicable a los ejercicios 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.

— Corrección de errores. Ley 14/1997. 10-10-1997. Adaptación de la Ley de Metodología de Determinación de las Aportaciones de las Diputaciones Forales a la financiación de los presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco aplicable a los ejercicios 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.

— Ley 15/1997. 31-10-1997. Modificación de la Ley 5/1989, de 6-7-1989, de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai.

— Ley 16/1997. 7-11-1997. Modificación de la Ley de la Función Pública Vasca.

— Ley 17/1997. 21-11-1997. Perros guía.

— Ley 18/1997. 21-11-1997. Ejercicio de profesiones tituladas y de colegios y consejos profesionales.

— Ley 19/1997. 21-11-1997. Creación del Colegio Profesional de Podólogos del País Vasco.

— Ley 20/1997. 4-12-1997. Promoción de la Accesibilidad.

— Ley 21/1997. 23-12-1997. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 1998.

— Corrección de errores. Ley 21/1997. 23-12-1997. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 1998.

— Ley 1/2012. 2-2-2012. Autoridad Vasca de la Competencia.

— Ley 2/2012. 9-2-2012. Modificación de la Ley 6/2003, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías.

— Ley 3/2012. 16-2-2012. Modifica la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y la Ley sobre Creación de Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer.

— Norma Foral 4/2011. 19-12-2011. Regula los Registros de Actividades y de Bienes y de Intereses en el ámbito del Sector Público Foral del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

— Norma Foral 6/2011. 26-12-2011. Restablece el impuesto sobre el patrimonio.

— Norma Foral 7/2011. 26-12-2011. Aprueban los Presupuestos Generales del Territorio Histórico de Gipuzkoa para el año 2012.

— Decreto-ley 1/2012. 5-1-2012. Medidas urgentes para la reducción del déficit en la Comunitat Valenciana.

— Decreto 277/2011. 27-12-2011. Acreditación y funcionamiento de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional.

— Orden 9-1-2012. Establece el Registro Territorial de la Propiedad Intelectual de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Corrección de errores. Ley 5/2011. 22-12-2011. Modificación de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Corrección de errores. Decreto Legislativo 1/2007. 11-9-2007. Aprobación del TR de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

VALENCIA

— Decreto-ley 2/2012. 13-1-2012. Medidas urgentes de apoyo a la iniciativa empresarial y a los emprendedores, microempresas y pequeñas y medianas empresas (PYME) de la Comunitat Valenciana.

— Corrección de errores. Decreto-ley 2/2012. 13-1-2012. Medidas urgentes de apoyo a la iniciativa empresarial y a los emprendedores, microempresas y pequeñas y medianas empresas (PYME) de la Comunitat Valenciana.

— Decreto 14/2012. 13-1-2012. Adaptación de la normativa estatal sobre autorización de agencias de colocación, con o sin ánimo de lucro, y de regulación del procedimiento de adecuación de los centros asociados en intermediación laboral.

— Decreto 22/2012. 27-1-2012. Regulador del turismo activo en la Comunitat Valenciana.

— Decreto 25/2012. 3-2-2012. Aprueba los Estatutos de la Universidad de Alicante.

II. Información de actividades

ARAGÓN

El día 10 de enero, organizada por el Departamento de Presidencia y Justicia del Gobierno de Aragón, tuvo lugar la IV JORNADA SOBRE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA: *LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO*, con el siguiente programa:

Inauguración:

Excmo. Sr. D. Roberto BERMÚDEZ DE CASTRO MUR, Consejero de Presidencia y Justicia del Gobierno de Aragón.

Ponencias:

— «Balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los Estatutos de Autonomía», por don Manuel ARAGÓN REYES, Magistrado del Tribunal Constitucional.

- «Los sistemas representativos autonómicos: Una evaluación», por don Ricardo CHUECA, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de La Rioja.
- «El mapa autonómico y niveles de autonomía en España», por don Santiago MUÑOZ MACHADO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.
- «El Senado, ¿un fracaso constitucional?», por don Manuel ALBA NAVARRO, Letrado de las Cortes Generales. Secretario General del Congreso de los Diputados.

Clausura:

Ilmo. Sr. D. XAVIER DE PEDRO BONET, Director General de Desarrollo Estatutario del Gobierno de Aragón.

* * *

El día 31 de enero, dentro del Ciclo Aragón 2012 que organiza Ibercaja y el Colegio Mayor Miraflores, tuvo lugar la SESIÓN: *LOS RETOS DE LA ECONOMÍA: APRENDIENDO DE LOS MEJORES*, por don Antonio VÁZQUEZ, Presidente de Iberia y de International Airlines Group.

* * *

El día 6 de febrero tuvo lugar la puesta en marcha del FORO SOBRE URBANISMO Y MEDIO RURAL, organizado por la Dirección General de Urbanismo del Gobierno de Aragón. En él participaron los responsables de 16 Comunidades Autónomas y se debatió sobre el presente y futuro de las ciudades y del desarrollo territorial. El medio rural y el medio urbano, el concepto de ciudad inacabada, recuperar la periferia o las dificultades para mantener los niveles de servicios, fueron las cuestiones a tratar.

* * *

El día 21 de febrero, organizados por la Fundación Manuel Giménez Abad, tuvieron lugar los DIÁLOGOS SOBRE *TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN*. En ellos, don Manuel ARAGÓN REYES, Magistrado del Tribunal Constitucional, dialoga con don Ángel GARRORENA MORALES, autor del libro «Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes» y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia. Moderó: don Francisco RUBIO LLORENTE, Presidente del Consejo de Estado.

MADRID

El día 29 de marzo de 2012, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo *SEMINARIO DEL PODER LEGAL A LOS PODERES GLOBALES: PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN*.

Ponente: Pierangelo SCHIERA, Titular de una Cátedra de Excelencia de la Universidad Carlos III de Madrid. Director de la Fundación Ruffilli y Profesor de la Escuela de Estudios Superiores Giacomo Leopardi de la Universidad de Macerata.

Contraponente: Bartolomé CLAVERO SALVADOR, Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Sevilla.

* * *

El día 7 de marzo de 2012, y organizado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, tuvo lugar el *SEMINARIO ESPAÑA-CATALUÑA: LA HORA DE LA VERDAD*.

Presentó el acto y moderó el debate:

Don Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia. Diputado del Grupo Parlamentario Socialista. Ex Ministro de Justicia.

Intervinieron:

Don Antón COSTAS COMESAÑA, Catedrático de Política Económica de la Universidad de Barcelona. Presidente del Consejo de ENDESA en Cataluña. Columnista económico y de opinión del diario «El País» y de «El Periódico de Catalunya».

Don Juan José LÓPEZ BURNIOL, Notario. Ensayista político. Columnista del Diario «La Vanguardia». Ha sido Decano del Colegio de Notarios de Cataluña y Vicepresidente del Consejo General del Notariado de España.

Don Antoni PUIGVERD I ROMAGUERA. Escritor y poeta. Colaborador habitual en columnas de opinión en «La Vanguardia» y otros diarios, en Radio (Catalunya Ràdio y COM Ràdio) y en Televisión (BTV, TV3).

VALENCIA

El día 6 de febrero de 2012, el Colegio de Registradores de la Propiedad de la Comunitat Valenciana firmó un ACUERDO-MARCO DE COLABORACIÓN CON LA FEDERACIÓN VALENCIANA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS, por el que los registros colaborarán con las entidades locales en la gestión, liquidación y recaudación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía).

Este tributo municipal, de carácter potestativo, se aplica a las transmisiones de propiedad, especialmente a la compra-venta de bienes inmuebles de naturaleza urbana, donaciones y herencias. A partir de hoy, todas aquellas entidades locales que lo deseen pueden adherirse a este sistema y confiar al registro al que pertenezcan toda la gestión administrativa relativa a esta tasa.

M.^a Emilia ADÁN, Decana del Colegio de Registradores de la Comunidad Valenciana, ha explicado que los registros poseen el personal, los medios técnicos y todos los datos necesarios para poder garantizar una mayor eficacia en la gestión de este tributo. «Los Ayuntamientos contarán con un instrumento más de protección para perseguir el fraude, y podrán incrementar sus ingresos, en un momento especialmente delicado para las arcas de muchos municipios. No se trata de un impuesto nuevo, sino de reforzar la labor de los Ayuntamientos en este punto para conseguir que pague todo el mundo».

Elena BASTIDAS, Presidenta de la FVMP, ha añadido que se trata de una solución «muy útil para los Ayuntamientos por su inmediatez y eficacia», y ha destacado la importancia de un sistema que brinda a las Corporaciones Locales un mayor control y especialización en la gestión y cobro de sus tributos: «Permite depurar y mejorar los mecanismos jurídicos que los Ayuntamientos ya tenemos, a través de la gestión de un tributo tan necesario para la estabilidad presupuestaria de los municipios».

El sistema, que funciona ya en una decena de Ayuntamientos de la Comunitat Valenciana, podrá ahora ampliarse al total de poblaciones que lo soliciten. En este sentido, la FVMP comunicará a todos los Ayuntamientos de la comunidad autónoma el acuerdo marco y difundirá el modelo de convenio, explicando las ventajas que representa para los municipios.

Por parte de los registradores, han estado presentes junto a su Decana, Vicente CARBONELL, Vocal de Oficinas Liquidadoras de la Junta Nacional del Colegio de Registradores de la Propiedad; Begoña LONGÁS, Vocal de Atención a Consumidores y Usuarios; Rosa NAVARRO, Delegada de Oficinas Liquidadoras de Valencia, y Carmen GÓMEZ, Delegada Provincial de Valencia.

* * *

El Colegio de Registradores de la Propiedad de la Comunitat Valenciana ofrece desde el 5 de marzo de 2012, INFORMACIÓN ESPECÍFICA A LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS que deseen adquirir algún inmueble en la Comunitat Valenciana.

A través de un documento de cabecera traducido a ocho idiomas —ruso, chino, alemán, francés, inglés, árabe, sueco y rumano—, el nuevo portal web permitirá a inversores y compradores extranjeros conocer todos aquellos aspectos que necesiten saber acerca del Registro y del proceso de compra de una vivienda.

El documento incluye información básica sobre qué es un Registro, para qué sirve, pasos para comprar una vivienda sin sorpresas y una serie de enlaces de interés. Explica también todas las ventajas de acudir al Registro, así como los servicios que presta. La nueva web —más accesible para el ciudadano— permite una localización rápida e intuitiva del Registro al que se tiene que ir o, en su caso, oficina liquidadora, a través de un mapa visual de fácil manejo. Incluye diversas instancias y modelos de trámites que se pueden realizar sin necesidad de desplazarse (pedir una nota simple o una certificación), incluye un apartado de preguntas frecuentes y ofrece unas prácticas guías divulgativas, con títulos como *Cómo comprar una vivienda paso a paso* (en inglés), *Cómo constituir una sociedad* o el *Régimen económico-matrimonial valenciano*.

M.^a Emilia ADÁN, Decana del Colegio Autonómico de Registradores, ha presentado oficialmente la web, acompañada del Director General de Obras Públicas, Proyectos Urbanos y Vivienda, José Vicente DÓMINE, y Carmen GÓMEZ, Coordinadora de la página y Delegada Provincial del Decanato. ADÁN ha señalado que el objetivo de esta iniciativa es garantizar la máxima seguridad jurídica en las transacciones inmobiliarias por parte de ciudadanos extranjeros y atraer inversión extranjera, en un momento especialmente delicado: «El Registro es el organismo donde el potencial comprador puede verificar que el vendedor es realmente el titular y propietario de la vivienda que desea adquirir. Además, le permite conocer si existe algún tipo de carga sobre la misma. Para animarle a realizar esa inversión es necesario ofrecerle la máxima seguridad jurídica posible».

El representante de la Consellería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente, José Vicente DÓMINE, ha recordado que el nivel de seguridad jurídica que se da en España no se da en ningún otro país europeo: «Es uno de nuestros activos más interesantes para conseguir el objetivo común de que la vivienda constituya una de las bases esenciales del progreso y crecimiento en la Comunitat Valenciana. Ese gigantesco *stock* de viviendas que tenemos es uno de nuestros grandes activos y, si sabemos trabajarlo bien, podemos hacer que sea ocupado por ciudadanos extranjeros». Para subrayar la importancia de la vivienda en el global de la economía, DÓMINE ha aportado un dato: «En 2006, el mejor año de venta de viviendas a extranjeros, ingresamos más de cuatro mil millones de euros por este concepto en la Comunitat Valenciana, una aportación económi-

ca igual a la de todo el sector hortofrutícola valenciano, o a la que atrajo una multinacional como Ford».

Al acto, celebrado en la sede del Colegio de Registradores, han sido convocados una veintena de cónsules de distintos países europeos, de América del Sur y Central, así como los Decanos y Presidentes de los Colegios Profesionales de Graduados Sociales, Procuradores, Notarios, Abogados, Administradores de Fincas y Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

ALEMANIA

Los días 27 de febrero a 9 de marzo de 2012, ha tenido lugar en Berlín (Alemania), en la sede del Ministerio de Asuntos Exteriores, organizada por UNIDROIT, la CONFERENCIA DIPLOMÁTICA PARA LA ADOPCIÓN DE UN PROTOCOLO INTERNACIONAL SOBRE BIENES ESPACIALES.

La delegación española, en la elaboración del protocolo internacional, estuvo presidida por el Registrador adscrito Javier GÓMEZ GÁLIGO, asistido por las Registradoras de la Propiedad, María Luisa MARTÍN MORENO-TORRES y Dulce CALVO.

Se trata del tercer protocolo complementario al Convenio Internacional, relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, pues el primero fue sobre material aeronáutico (en el mismo 2001) y el segundo tuvo por objeto el material ferroviario (firmado en el 2007). Ahora se pretende extender el régimen de las garantías internacionales y de su prioridad registral, a los satélites. El protocolo pretende fomentar la financiación de los negocios internacionales de material espacial a través de la creación de un Registro internacional de garantías. Las garantías internacionales inscritas tendrán preferencia sobre las garantías internacionales no inscritas e incluso sobre las garantías nacionales no inscritas. Es un sistema electrónico de comunicación y de oponibilidad frente a terceros, que se considera necesario para desarrollar el mercado de financiación de la fabricación y puesta en órbita de los satélites. La particularidad de las garantías internacionales sobre satélites radica en la ejecución de las garantías, ya que ante la imposibilidad de implicar la posesión material del bien, consiste en la toma de control del satélite y de los derechos derivados de su explotación. En el protocolo se prevé la existencia de un punto de entrada —el Registro de Bienes Muebles en España— para la registración de las garantías internacionales. El acta final del protocolo fue firmado por 40 países y por la Unión Europea, pues se trata de un tratado de competencia mixta entre la UE (en materia de determinación de ley aplicable y régimen de insolvencias) y los Estados miembros.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

SENA FERNÁNDEZ, Francisco, *¿Conoce el Registro de la Propiedad?* Dykinson, Madrid, 2012. Libro de 112 páginas.

por

M.^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil. UCM

El autor de este libro es Registrador de la Propiedad con 41 años de profesión a sus espaldas, quien nos tiene acostumbrados a realizar rigurosa y detalladamente el *Diccionario de jurisprudencia registral*, que con cierta periodicidad publica el Colegio de Registradores. Este texto es más liviano, pues va dirigido al público en general y a los que tienen interés en aproximarse a conocer el cometido real del Registro de la Propiedad y las funciones del registrador. Estamos ante una obra que, de forma ordenada y comprensiva, aclara las vertientes y laberintos del procedimiento registral adaptando a un lenguaje para no iniciados cuestiones jurídicas básicas e importantes como son los principios hipotecarios.

El libro contempla una materia tan interesante y de actualidad —por las cuestiones relativas a la crisis económica y edificatoria con incidencia en cuestiones jurídicas como la hipoteca, dación en pago, de la que se habla tanto estos días y sus repercusiones registrales—. Todo ello trasluce la profesionalidad y el buenhacer del autor.

Comienza el libro el autor hablándonos en su prólogo del por qué de la obra. Tomando como comparación el cine, nos indica que entre las profesiones existentes que despiertan interés entre la ciudadanía no se halla precisamente la de ser Registrador de la Propiedad, y consiguientemente no son muy conocidas por el público en general. Así pues, precisa que la razón del mismo se encuentra en los derechos que tiene el ciudadano y los beneficios que puede conseguir acudiendo al Registro.

Inicia su exposición haciendo referencia a la acepción de Registro como Oficina, y al conocimiento del público en general de otros registros como el Civil referido a personas. Continúa señalando la importancia económica que tienen los bienes inmuebles y la necesidad de protección del comprador.

Relata los antecedentes legislativos con su encuadre histórico de los Oficios de Hipotecas, las Contadurías, la Ley Hipotecaria y su regulación del Registro de la Propiedad. Alaba la importancia y la consecución de los resultados obtenidos por la Ley Hipotecaria que llevó a cabo la activación de la riqueza inmueble y la confianza en el crédito territorial.

Seguidamente entra de lleno en precisar qué puede hacer un ciudadano en el Registro. Consultas simples a los funcionarios, las más importantes de

abogados al registrador. En este apartado, con sencillez, analiza casos ocurridos con frecuencia en su práctica, de situaciones de la vida diaria en relación con documentos que se pretenden inscribir con defectos importantes, y sobre todo con gracia, concreta las soluciones que los presentantes del documento alegan para su inscripción.

Como el libro va dirigido al usuario, recoge las cuestiones que más conocidas y usuales son, como las relativas a la herencia, al usufructo del cónyuge viudo o la distribución del préstamo hipotecario obtenido por el constructor para financiar su obra que luego prorrata entre los diferentes pisos y locales de los diferentes adquirentes que deberán soportar la carga impuesta.

Dentro de los documentos públicos, diferencia entre los notariales, judiciales, administrativos..., explicando con ejemplos las distintas clasificaciones que dichos documentos tienen a su vez.

En el siguiente punto el autor analiza las relaciones entre la presentación de documentos para su inscripción y el pago de impuestos, tales como el Impuesto de Sucesiones y Donaciones o el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, teniendo en cuenta la legislación autonómica y siempre con la ejemplificación de la práctica corriente.

Una vez el documento entra en el Registro, explica el autor los pasos que este da: la presentación en el libro diario, la inscripción del documento, momento en el que explica la diferencia entre las clases de asientos, la obtención de publicidad de las fincas registradas...

A través de la *ejemplificación* de los casos más importantes y frecuentes, se detiene en examinar los derechos que acceden al Registro (propiedad, hipoteca, usufructo, nuda propiedad, servidumbres, censos, anticresis...). En sus expresiones y comparaciones, el autor demuestra su cercanía al público en general y los problemas o desconocimientos que se exponen ante su mesa de despacho.

Utiliza los principios hipotecarios para ir contando el engranaje y funcionamiento del Registro. Uno de los que desarrolla para su mayor comprensión es el de legalidad, explicando los recursos que caben contra la calificación negativa del Registro ante la DGRN y los juzgados de primera instancia a través del juicio verbal.

El libro termina con un epílogo muy elocuente en el que el autor se detiene en la descripción casi visual de las oficinas del Registro, detallando los libros existentes y la evolución a la que el progreso da paso con la utilización de todos los sistemas informáticos en relación con la inscripción y la publicidad.

En definitiva, obra ágil, fácil de leer, divertida, con metáforas y analogías brillantes que ayudan a entender el mecanismo del Registro, la oficina y el procedimiento registral.

BĚLOHLÁVEK, Alexander J., *Rome Convention. Rome I Regulation. Commentary. New EU Conflict of laws Rules for contractual obligations*. Volume I and II. Iuris Publishing (Huntington, New York, 2010), 2908 págs.

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil

Tuve ocasión recientemente de ocuparme de la destacada personalidad del autor (1), profesor en las Universidades checas de Praga y Massarick, abogado en ejercicio habilitado ante los tribunales de varios países, especialista en arbitraje y autor de numerosas obras de Derecho Internacional Privado y Comparado. Ahora me propongo dar a conocer una obra sobre Derecho Internacional Privado cuyo contenido nos concierne también a los españoles, en cuanto miembros de la UE.

Como se sabe, el Reglamento (CE) número 593 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), sustituye al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, siendo de advertir que la transformación del Convenio en Reglamento hace posible que el TJCE sea automáticamente competente para interpretar su contenido, lo que facilita que sea posible dentro de la CE una interpretación uniforme del nuevo texto. El Reglamento es de aplicación a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009. Según la doctrina española (2), el complejo derecho transitorio originado por esa normativa puede sintetizarse así: 1) Los contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993, se rigen por la ley determinada con arreglo al artículo 10.5 del Código Civil y preceptos concordantes; 2) Los celebrados con posterioridad a dicha fecha hasta el 16 de diciembre de 2009 (fecha incluida), quedan sujetos a la ley determinada según el Convenio de Roma de 1980; y 3) Los celebrados a partir de esta última fecha, por el Reglamento de Roma I.

Es innegable la importancia de Roma I, que ha unificado el DIP vigente en cada Estado miembro de la UE en sus relaciones con los demás, pero que no ha derogado este último, ya que seguirá aplicándose a los conflictos de leyes con terceros países, o cuando el caso surgido en uno de ellos afecte solo a terceros países (de acuerdo con la regla general y excepciones contenidas en el art. 16 CC); España también seguirá aplicándolo respecto de las relaciones del Derecho interregional. Con dicho Reglamento cabe esperar que desaparezca el *forum shopping*, o búsqueda interesada del órgano jurisdiccional más ventajoso, como auspiciaba el Libro Verde de 2003.

No es posible —ante esta extensa obra, que bien puede calificarse de monumental—, descender al detalle de su contenido. A mi juicio presenta gran interés el Prólogo en el que describe minuciosamente la génesis e interpretación de la Convención de 1980, explicando sus etapas sucesivas (programa de La Haya, Libro Verde, Proyecto de regulación), así como la previsible evolución legislativa de la Regulación, análisis de su incorporación al Derecho Comunitario y de su significado, estructura, contenido e interpretación de la misma. En mi opinión, ofrecen notable interés, doctrinal y práctico, las propuestas del autor encamina-

(1) En *RCDI*, marzo-abril de 2010, num. 718, págs. 875-878.

(2) Recogida por FUGARDO ESTIVILL, «El Reglamento (CE), número 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)», en *RJNot*, núm. 77, enero-marzo de 2011, pág. 116.

das a incrementar, en el seno de la UE, la información por parte de todos los Estados miembros sobre la aplicación que se está realizando de las normas de Roma I. A ello podrá contribuir, sin duda, el singular método comparativo que el autor utiliza habitualmente (3), así como su amplio manejo de idiomas, aunque en la presente obra solo utiliza el inglés (4). En el citado Prólogo inserta el texto íntegro del Convenio y de la regulación.

Buena muestra de la extensión y profundidad de la presente obra es el espacio dedicado al comentario del artículo 1 de la Regulación (5) (que abarca las págs. 9-655) y que, ya por sí solo, constituiría una monografía básica. Además de su personal y bien fundamentada opinión sobre cada uno de los preceptos de ambos textos, que estudia en paralelo, completa su exposición con referencias al DIP, propio de muchos de los países miembros, así como de otros países, con preferencia del área del Common Law; no se limita a la normativa vigente, sino también con frecuencia a las decisiones de los respectivos Tribunales Supremos; sorprende igualmente la puntual información bibliográfica (la española es breve aunque correcta). Tampoco olvida las referencias, en casos concretos, a lo dispuesto en los proyectos de unificación europea (6), como los PECLS, los Principios de UNIDROIT y el Proyecto de Pavía.

En resumen: La consulta de esta obra —que excede los moldes de una obra erudita—, abre a los juristas españoles horizontes menos conocidos de la actual doctrina centroeuropea en materia de DIP, susceptible por tanto de aplicación en el interior de la CE.

(3) Del que me ocupé en la recensión de que se trata en la nota 1, pág. 876.

(4) Hay otra edición en lengua checa (Prague, 2009).

(5) Este precepto fija el ámbito de aplicación del Reglamento a las situaciones que impliquen un conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales civiles y mercantiles, y luego determina hasta una decena de exclusiones (capacidad de las personas físicas, relaciones familiares, los regímenes económicos del matrimonio o de situaciones equiparables, testamentos y sucesiones, obligaciones derivadas del derecho cambiario, convenios de arbitraje y elección del tribunal competente, derecho de sociedades y de otras personas jurídicas, constitución de *trusts* y las relaciones entre fundadores, administradores y beneficiarios, obligaciones precontractuales y los ilícitos civiles sujetos a Roma II, contratos de seguros procedentes de operaciones realizadas por organizaciones que no sean empresas, cuestiones relativas a la prueba y al proceso, la contratación sometida a una regulación jurídico-pública o laboral).

(6) *Op. cit.*, págs. 640 y sigs.

REVISTA DE REVISTAS

ACTUALIDAD CIVIL

Número 2 (2012)

«El canon digital. A propósito de dos controvertidas sentencias judiciales», por Georgina Ivón ÁLVAREZ MARTÍNEZ, pág. 130.

«El enigma del Derecho chino», por Gabriel GARCÍA CANTERO, pág. 143.

Número 3 (2012)

«Ejercicio y efectos del retracto arrendaticio rústico», por Begoña FLORES GONZÁLEZ, pág. 251.

«Alcance de la excepción de incumplimiento del negocio causal en el juicio cambiario», por Ignacio ESTEBAN MONASTERIO, pág. 269.

Número 5 (2012)

«Aspectos procesales de la Disposición Final cuadragésimo tercera de la Ley de Economía Sostenible», por José ALMAGRO NOSETE, pág. 443.

«Aspectos sustantivos de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Disposiciones finales. La llamada “Ley Sinde”», por Juan Antonio XIOL RÍOS, pág. 449.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

(Julio-Septiembre 2011)

«Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», por Fernando PANTALEÓN, pág. 897.

«La propiedad privada “congelada” del agua, según el Tribunal Supremo», por José Luis MOREU BALLONGA, pág. 931.

«Garantías reales sobre bienes muebles comprados a plazos (hipoteca inmobiliaria extendida a los bienes muebles, hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento sobre bienes no pagados íntegramente», por M.^a Eugenia RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, pág. 989.

«Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad», por Silvia GASPAS LERA, pág. 1041.

ANUARIO DE DERECHO CONCURSAL Número 25 (Enero-Abril 2012)

«La oponibilidad concursal y extraconcursal de la prenda, ordinaria y sin desplazamiento, sobre créditos futuros», por Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 9.

«La posición jurídica del consumidor insolvente», por María del Pino DOMÍNGUEZ CABRERA, pág. 95.

ANUARIO JURÍDICO Y ECONÓMICO ESCURIALENSE Número XLV (2012)

«Los relojeros del Derecho», por José Manuel PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, págs. 21-90.

«Los mecanismos de satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto, y la enervación del desahucio, para poner fin al proceso de forma anticipada», por Susana SAN CRISTÓBAL REALES, págs. 91-118.

«Medidas adoptadas en los últimos años para la introducción de la competencia en el transporte ferroviario de mercancías y efectos sobre el sector», por Antonio J. ALONSO TIMÓN, págs. 119-132.

«El régimen jurídico y el tráfico de los cruceros marítimos», por Manuel ESTEPA MORENO, págs. 133-154.

«Metodología para la enseñanza del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el Espacio Europeo de Educación Superior», por Ana Isabel PÉREZ CAMPOS, págs. 155-176.

«La responsabilidad civil por daños al medio ambiente», por Rut GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, págs. 177-192.

«Antecedentes constitucionales de la libertad religiosa», por Francisco José ZAMORA GARCÍA, págs. 193-208.

«Fundación de naciones y construcción de nuevas ciudadanías en el mundo hispánico», por Ramón BONELL COLMENERO, págs. 209-234.

«El Derecho Administrativo y el análisis económico: consideraciones preliminares para el caso de México», por Miguel Ángel MEDINA ROMERO, págs. 235-258.

«Los obispos de la provincia eclesiástica de Medellín y la codificación del Derecho Canónico de 1917: las animadversiones a los proyectos de los libros I y II del Código de Derecho Canónico», por Carlos SALINAS ARANEDA, págs. 259-284.

«La obra del eminente jurista Juan Vallet de Goytisolo, máximo exponente del realismo jurídico», por María Concepción RAYÓN BALLESTEROS, págs. 285-310.

DIARIO LA LEY

Número 7790 (3 de febrero de 2012)

«La nueva regulación de los delitos de contrabando», por María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ.

Número 7795 (10 de febrero de 2012)

«Contradicciones entre sentencias penales. Una contribución a la discusión jurídica del caso Marta del Castillo», por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ.

Número 7801 (20 de febrero de 2012)

«¿Es posible exigir responsabilidades a los gestores públicos en España?», por Pilar JIMÉNEZ RIUS.

Número 7806 (27 de febrero de 2012)

«Mediación y libertad de las partes para mediar en el proceso laboral», por Rosario GARCÍA ÁLVAREZ.

REVISTA ARANZADI DOCTRINAL

Número 9 (Enero 2012)

«Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de abril y 8 de julio de 2010», por Ana Isabel BERROCAL, pág. 95.

«Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Aplicación a los abogados de la Ley 10/2010, de 28 de abril», por Javier HERREROS, pág. 125.

«La nueva pensión de jubilación y otras reformas en el sistema de Seguridad Social», por María Antonia PÉREZ ALONSO, pág. 147.

«En torno a la potestad sancionadora tributaria», por Juan CALVO VÉRGEZ, pág. 161.

REVISTA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA DISTRIBUCIÓN Número 6 (2010)

«Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia», por Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, pág. 13.

«Distribución comercial y Derecho de la competencia (pasado, presente y futuro de exención por categorías de los acuerdos verticales», por Carlos GÓRRIZ LÓPEZ, pág. 37.

«Prácticas comerciales y competencia desleal. Estudio del Derecho Comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2055/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (y Tercera parte)», por Vicente MANBRILLA RIVERA, pág. 75.

«Distribución selectiva e internet: análisis de la problemática concurrencial del fenómeno desde las restricciones verticales a la libre competencia», por Mónica FUENTES NAHARRO, pág. 117.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Enero-Febrero 2012)

«El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad, la visión civilista», por Silvia DÍAZ ALABART, págs. 3 a 24.

«La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores: protección frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación», por M.^a Dolores PALACIOS GONZÁLEZ, págs. 25 a 59.

«Una aproximación al derecho de garantías mobiliarios norteamericano», por Jaume TARABAL BOSCH, págs. 61 a 103.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO FINANCIERO Número 152 (Octubre-Diciembre 2011)

- «Ajustes de frontera a los impuestos sobre el carbono y coste de los permisos de emisión de CO₂: reglas políticas, económicas, administrativas y de comercio internacional», por Charles E. McLURE Jr., pág. 1057.
- «Sobre la demarcación de los campos de vigencia de las obligaciones en el Sistema Tributario Nacional», por José SOUTO MAIOR BORGES, pág. 1095.
- «La oficina presupuestaria de las Cortes Generales», por Luis María CAZORLA PRIETO, pág. 1117.
- «Aproximación crítica a las concepciones habituales sobre el IVA: Reflexiones con ocasión del Libro Verde sobre el futuro del IVA», por Antonio VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, pág. 1139.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA Número 4 (Octubre-Diciembre 2012)

- «Algunas reflexiones sobre la estructura del órgano de administración en las sociedades anónimas: los órganos mixtos en la Ley de Sociedades de Capital», por Leopoldo DEL PUERTO CABRERA, pág. 527.
- «El enigma del contrato público», por Isabel María DE LOS MOZOS Y TOUYA, pág. 549.
- «Peculiaridades sobre el uso de títulos nobiliarios extranjeros en España», por Vanessa E. GIL RODRÍGUEZ DE CLARA, pág. 567.
- «Bases para un código iberoamericano de contratos», por Luis F. P. LEIVA FERNÁNDEZ, pág. 593.

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO Número 77 (Enero-Marzo 2011)

- «Finalización de proyectos inmobiliarios viables: aspectos societarios y concursales», por Fernando AZOFRA y Almudena BENJUMEA, pág. 15.
- «El documento notarial de liquidación complementario del título ejecutivo», por María Mercedes BERMEJO PUMAR, pág. 35.
- «El Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requi-

- sitos de Derecho material y formal (Primera parte)», por Josep M.^a FUGARDO ESTIVILL, pág. 113.
- «El Consejo de Administración de la Sociedad Anónima», por Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA, pág. 205.
- «Concepto del modo testamentario: disposición *mortis causa* “no sucesoria” (curiosidades que aparecen en su entorno)», por Domingo IRURZUN GOICOA, pág. 223.
- «Nuevas posibilidades de actuación y perspectivas de futuro en la práctica societaria internacional», por Carlos JIMÉNEZ GALLEG0, pág. 269.
- «Modernización del Notariado», por Victorio MAGARIÑOS BLANCO, pág. 337.
- «La sustitución ejemplar como testamento sustitutorio: la consolidación de esta doctrina jurisprudencial», por María MEDINA ALCOZ, pág. 331.
- «Caracteres del Notariado medieval», por Juan Alfredo OBARRIO MORENO, pág. 407.
- «Derecho de la competencia y función notarial», por Valerio PÉREZ DE MADRID CARRERAS, pág. 447.
- «Constancia registral de la voluntad. Modificación de la Ley del Registro Civil (Ley 1/2009, de 25 de marzo)», por Ignacio SERRANO GARCÍA, pág. 495.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 50 (Diciembre 2011)

- «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha», por Luis Francisco MAESO SECO, pág. 13.
- «Estructura y ordenación del empleo público en las Administraciones de Castilla-La Mancha», por Josefa CANTERO MARTÍNEZ.
- «El acceso al empleo público en Castilla-La Mancha. La adquisición y pérdida de la condición de funcionario», por Francisco Fusebio PUERTA SEGUIDO, pág. 105.
- «Provisión de puestos de trabajo y movilidad», por Pablo GARCÍA-VELASCO GARCÍA, pág. 179.
- «Derechos, deberes y código de conducta. Especial referencia a la carrera profesional y a la formación», por Alberto PALOMAR OLMEDA, pág. 215.
- «El sistema salarial en la Ley de Empleo Público de Castilla-La Mancha», por Federico CASTILLO BLANCO, pág. 269.
- «Negociación colectiva, derecho de representación y participación institucional», por Remedios ROQUETA BUJ, pág. 319.

- «La evaluación de desempeño en la Ley de Empleo Público de Castilla-La Mancha», por Mikel GOTRITI BONTIGUI, pág. 343.
- «Las situaciones administrativas en la Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha», por Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, pág. 371.
- «Régimen disciplinario del empleado público en Castilla-La Mancha», por Belén MARINA JALVO, pág. 415.
- «La planificación del empleo público en las Administraciones Públicas de la Región», por Juan Miguel GONZÁLEZ SÁNCHEZ, pág. 451.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 4 (2011)

- «Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso», por Juan CÓRDOBA RODA, pág. 899.
- «Circunstancias modificatives de la responsabilitat penal, suspensió, substitució i prescripció», por Josep Antoni RODRÍGUEZ SÁEZ, pág. 911.
- «Ejecución de penas y medidas de seguridad, en especial la libertad vigilada», por Benito PÉREZ BELLO, pág. 929.
- «Organizaciones y grupos criminales; una regulación penal desafortunada», por María José MAGALDI PATERNOSTRO, pág. 955.
- «La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: claroscuros de una novedad», por Gonzalo QUINTERO OLIVARES, pág. 977.
- «La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», por Mercedes GARCÍA ARÁN, pág. 1001.
- «Sabotaje informático, “top manta”, importaciones paralelas y fraude de inversores: ¿algunos exponentes de un nuevo Derecho Penal Económico?», por Víctor GÓMEZ MARTÍN, pág. 1017.
- «El delito de corrupción entre particulares», por Francisco BAÑERES SANTOS, pág. 1035.
- «El delito del blanqueo de capitales», por Cristóbal MARTELL PÉREZ-ALCALDE, pág. 1047.
- «Sobre el tráfico de drogas, armas y órganos», por Eduardo NAVARRO BLASCO, pág. 1057.
- «Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo», por Jordi TIRVIÓ PORTÚS, pág. 1077.

- «Los delitos contra el medio ambiente», por Ferrán GRASAS I HERNÁNDEZ, pág. 1089.
- «Los delitos contra la libertad sexual y las nuevas modalidades delictivas de acoso laboral e inmobiliario», por Fermín MORALES PRATS, pág. 1113.
- «Falsedades documentales», por Juan CÓRDOBA RODA, pág. 1131.

REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA

Número 51 (Enero-Junio 2011)

- «La reforma de la LORAFNA por la Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre», por Juan CRUZ ALLI ARANGUREN, pág. 13.
- «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo *in fine* de la Ley 493 del Fuero Nuevo», por M.^a Ángeles EGUSQUIZA BALINASEDA, pág. 37.
- «Pluralismos lingüísticos y sus regulaciones», por Alberto PÉREZ CALVO, pág. 89.
- «La transparencia y la participación pública en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra», por José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 123.
- «Sociedades y fundaciones públicas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra», por Martín M.^a RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 155.
- «Doctrina de la Junta Arbitral de Navarra», por Eugenio SIMÓN ACOSTA, pág. 179.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Número 126 (Septiembre-Diciembre 2011)

- «Una mirada a la argumentación jurídica desde la lógica aristotélica», por Graciela FERNÁNDEZ RUIZ, pág. 13.
- «¿Constitución o Ley Fundamental? Acerca de la Constitución portuguesa de 1976», por Álbort NOGUERA FERNÁNDEZ, pág. 35.
- «Derechos reales administrativos», por Frank ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, pág. 65.
- «El pliego de condiciones electrónico en la contratación pública», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 89.
- «Lenguaje inclusivo y latín jurídico: un fenómeno de las instituciones de Gayo», por Henry CAMPOS VARGAS, pág. 113.
- «Tolerancia y convivencia pacífica con el Islam. Un debate con ocasión de la laicidad estatal en Francia y Alemania», por Francisco J. CAMPOS ZAMORA, pág. 129.

REVISTA DI DIRITTO CIVILE
Número 6 (Noviembre-Diciembre 2011)

«Autonomía privada e regole di validità: le nullità conformative», por Vincenzo SCALISI, pág. 735.

«Struttura e funzione di nullità contrattuale», por Stefano PAGLIANTINI, pág. 753.

«Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi», por Mirzia BIANCA, pág. 789.

«La pubblicità degli atti simulati nei rapporti tra simulato alienante e creditori o aventi causa del titolare apparente», por Romana PACCIA, pág. 817.

«Profili della disciplina del doveri de protezioni», por Francesco VENOSTA, pág. 839.

A) NORMAS A TENER EN CUENTA COMO MODELO ÚNICO EN LOS ESTUDIOS Y DICTÁMENES A PUBLICAR

Hemos considerado pertinente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de forma uniforme.

- Los trabajos tendrán una EXTENSIÓN MÁXIMA de 25 a 40 folios para ser considerados ESTUDIOS, de 10 a 25 folios para DICTÁMENES, y de 2 a 4 folios para RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS.

En ESTUDIOS y DICTÁMENES habrá que incluir, al final del artículo, un breve RESUMEN de no más de medio folio (*en cursiva*) del problema que se ha abordado y dos voces o palabras clave, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC). El resumen nos lo pueden mandar en castellano e inglés o solo en castellano y nosotros lo traducimos.

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p. Interlineado: sencillo (*sin negritas ni subrayados*).
- 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. ...

- Índice de las sentencias del Tribunal Supremo (citadas en el trabajo o no, siempre en conexión con el tema), que deberán citarse con el esquema siguiente:

Por ejemplo: STS de 22 de octubre de 2002.

- Para las citas a pie de página, y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas:

Si se tratara de un *Libro*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

O, si se aborda un *punto concreto* del Libro:

APELLIDO, Nombre: Droit Civil. La famille, 7.^a ed., Litec, París, 1995, págs. 555 y sigs.

Si se tratara de un *artículo*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2 de 1969, págs. 373 y sigs.

B) NORMAS Y ESTRUCTURA DE LOS COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS Y A LAS RESOLUCIONES

- NORMAS GENERALES:

FUENTE: Times New Roman.

ESTILO DE FUENTE: Normal (*sin negrita, ni subrayados*).

TAMAÑO: 12 p.

INTERLINEADO: Sencillo.

EXTENSIÓN: *Mínima de 10 y máxima de 20 páginas con el anterior formato. Teniendo en cuenta que se trata de una sección que debe observar criterios de unidad y calidad jurídica y para atender también al impacto editorial, la extensión ha de ser observada en todo caso, no resultando posible publicarlos en caso contrario.*

TÍTULO: En minúscula.

VOCES Y RESUMEN: En cursiva.

PLAZOS: *Para mantener la periodicidad de la revista como criterio de impacto, serán proporcionadas las fechas de entrega, no resultando posible su inclusión en caso contrario.*

- CRITERIOS DE REDACCIÓN Y PUBLICACIÓN:

- a) *En cada una de las subsecciones de Análisis Crítico de Jurisprudencia (Parte General, Familia, Derechos Reales, Sucesiones, Obligaciones, Responsabilidad Civil, Concursal-Civil, Mercantil y Urbanismo), así como en la sección de Resoluciones Comentadas, se publicará un único comentario según la distribución de autores y materias existentes. Estos comentarios de jurisprudencia serán artículos —aunque de menor extensión que los estudios— que recojan un problema jurídico concreto y su desarrollo jurisprudencial (analizando críticamente la solución jurisprudencial), por lo que no resulta suficiente el comentario de una sentencia determinada, sino que se debe abordar una institución o cuestión debatida en la jurisprudencia, aunque se parta de una determinada sentencia. Con ello conseguimos tanto el beneficio curricular de los autores como los criterios de calidad y unidad que deben presidir nuestra sección de Análisis Crítico de Jurisprudencia.*
- b) EL TÍTULO, entonces, debe ser el de un artículo. *No telegráfico* y como se hizo en su momento, que se recogía simplemente la materia y problema sobre el que versaba la sentencia comentada. Por tanto se elimina: *Fecha*

de sentencia, Ponente, Sala, Antecedentes, Doctrina y Comentario (excepto en el caso de que se trate de una Resolución que se incluya en la sección «Resoluciones Comentadas»).

De modo que *lo recomendable es*: «Modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal cuando fue otorgado por el constructor-promotor propietario único». Descartados los títulos como Propiedad horizontal. Título Constitutivo. Modificación por promotor-constructor. *De este modo en las bases de datos resultará más fácil que sean conocidos estos trabajos* y se garantiza la divulgación de los contenidos de nuestra revista.

- c) Sí se incluirá en el borrador (aunque no se publicará así), el encabezado correspondiente a:

1. DERECHO CIVIL

1.1. PARTE GENERAL

Pero, únicamente, se hará para facilitar la clasificación en la base de datos de la Revista.

- d) ENTREGA DEL SUMARIO: Los trabajos deberán incluir, además, al principio el SUMARIO donde figuren los epígrafes y subepígrafes elaborados en el texto.
- e) PAUTAS DEL SUMARIO: El desarrollo del «comentario» será similar al de un artículo, un todo homogéneo dividido en sus correspondientes epígrafes, según el Anexo I al final de estas indicaciones y siguiendo las pautas siguientes:
- I.
 - II. 1.
 - III. 1. A.
 - IV. 1. A. a)
 - V. 1. A. a) a')
- f) BIBLIOGRAFÍA E ÍNDICE DE RESOLUCIONES: Cada trabajo deberá incluir su BIBLIOGRAFÍA y un ÍNDICE SUMARIO de jurisprudencia citada en el trabajo. El esquema es el siguiente (STS de 22 de octubre de 2002).
- g) RESUMEN y PALABRAS CLAVE: Para finalizar, habrá que incluir dos VOCES o palabras clave y un breve RESUMEN (*en cursiva*) del problema que se ha abordado, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de

Información y Documentación Científica (CINDOC), de una extensión aproximada de seis líneas. La traducción al inglés la puede hacer el autor o, en su defecto, lo hará la Revista.

ANEXO I: MODELO DE COMENTARIO

1. DERECHO CIVIL

1.3. DERECHOS REALES

«Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad».

AUTOR

PROFESIÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES: 1. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS CLAUSUS*. 2. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*.—III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

.....

II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES

1. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS CLAUSUS*

.....

2. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*

.....

III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

.....

IV. CONCLUSIONES

.....

V. BIBLIOGRAFÍA

.....

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

RESUMEN

NUMERUS APERTUS

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Se pretende repasar la evolución doctrinal y jurisprudencial de la vieja polémica en torno a un numerus clausus o apertus de los derechos reales. Dicha controversia, hoy, se ha superado en sentido de admitir sin problemas el numerus apertus de dichos derechos, si bien, con ciertos límites o limitaciones en su admisión. Hay que analizar los requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia a dicha categoría, así como las consecuencias que la inscripción de las «nuevas figuras» puede tener.