REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCIX • Julio-Agosto • Núm. 798

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 XCIX • Julio-Agosto 2023 • Núm. 798

REVISTA BIMESTRAL

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

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

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

Imprime: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14
46010 Valencia

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su trata-miento 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.

ÓRGANOS RCDI

Presidente

Don Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Secretario

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

Comité editorial

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

Don Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Basilio Aguirre Fernández
Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

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

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

Consejo científico

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil de la UNED de Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

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

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

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Andrés de la Oliva Sántos
Catedrático Emérito de Derecho Procesal Universidad Complutense de Madrid

Don Fernando de la Puente Alfaro
Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Don Eugenio Gomeza Eleizalde
Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil Universidad de Valladolid

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil Universidad de Sevilla

Don Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Doña Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid

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

Doña Juana Pulgar Ezquerra
Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Doña Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Don Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Don Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil Universidad Autónoma de Madrid

Don Ángel Valero Fernández-Reyes
Registro de la Propiedad y Mercantil

Doña Fátima Yañez Vivero
Catedrática de Derecho Civil UNED Madrid

Don Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Doña Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos
Secretaria General del Consejo de Estado

Doña Piedad García-Escudero Márquez
Catedrática de Derecho Constitucional de la UCM y Letrada de las Cortes Generales

Doña Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad

Don Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Dña. María José de la Fuente y de la Calle
Letrada y Ex Presidenta del Tribunal de Cuentas.

Dña. María José García Valdecasas
Abogada del Estado y letrada del Tribunal Constitucional.

Dña. Esther Muñiz Espada
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.

D. Juan José Jurado Jurado
Registrador de la Propiedad y Mercantil.

SUMARIO / *SUMMARY*

Págs.

ESTUDIOS

BERNAD MAINAR, Rafael: «Derecho romano y Derecho civil aragonés: objetivación de una pretendida dialéctica antagónica» / *Roman law and Aragonese civil law: objectification of an alleged antagonistic dialectic* 1973

MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral en el sistema registral inmobiliario español» / *The evolution of interaction between unopposability and registral public faith in the spanish land property registral system*..... 2027

VÁZQUEZ ASENJO, Oscar Germán: «El Régimen jurídico de los derechos y situaciones etológicas» / *The legal regime of rights and ethological situations* 2081

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry: «La custodia de los animales de compañía en la Ley 17/2021» / *The custody of pets in Law 17/2021* 2119

DICTÁMENES Y NOTAS

LÓPEZ PELÁEZ, Patricia: «Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador» / *Several personal aspects in the partition carried out by the testator himself*..... 2147

Págs.

RRESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA / *RESOLUTIONS OF THE GENERAL DIRECTORATE OF LEGAL SECURITY AND PUBLIC FAITH*

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, coordinado por Juan José JURADO JURADO 2193

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

— «Paternidad extramatrimonial por posesión de estado o allegados: el interés real de los menores» / *Extramarital paternity by possession of status or relatives: the real interests of minors,* por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 2255

1.2. Derecho de Familia

— «La confesión de privatividad y la presunción de ganancialidad. su operatividad frente a los acreedores y herederos ante el pacto de atribución de la privatividad (i)» / *The confession of privacy and the presumption of matrimonial property. its operation against creditors and heirs before the privacy attribution agreement,* por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 2275

— «La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ante el resurgir de la curatela romana en aras a fomentar que las medidas de apoyo a las personas con discapacidad sean proporcionadas y respeten su máxima autonomía» / *The recent jurisprudence of the Supreme Court before the resurgence of the roman conservatorship in order to promote that support measures for people with disabilities are proportionate and respect their maximum autonomy,* por Elisa MUÑOZ CATALÁN..... 2339

1.3. Derechos Reales

— «La cláusula de intereses en el préstamo hipotecario entre particulares: el límite de la usura» / *The interest clause in the mortgage loan between individuals: the usury limit,* por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.... 2357

Págs.

1.4. Sucesiones

— «Doble tributación en los pactos sucesorios: determinación del valor de adquisición de los bienes transmitidos antes del fallecimiento» / *Double taxation in the succession agreements: determination of the acquisition value of assets transferred before death,* por María CRESPO GARRIDO 2375

1.5. Obligaciones y contratos

— «Análisis jurisprudencial de la prescripción extintiva de la acción de restitución de cantidades indebidamente pagadas en aplicación de cláusulas abusivas» / *Jurisprudential analysis of the extinctive prescription of the action for restitution of unduly paid amounts in application of abusive clauses,* por Davinia CADENAS OSUNA..... 2401

1.6. Responsabilidad civil

— «Visión jurisprudencial de las características de la responsabilidad civil del notario» / *Jurisprudential vision of the characteristics of the civil liability of the notary public,* por Alvaro MARCO DE LA HOZ .. 2425

1.7. Concursal civil

— «El procedimiento especial para microempresas en el Texto Refundido de la Ley Concursal: ámbito subjetivo y aspectos relevantes» / *The especial procedure for micro-companies in the Reform of the Insolvency Law: subjetive scope and relevant aspects,* por Georgina ÁLVAREZ MARTÍNEZ 2461

2. MERCANTIL

— «La responsabilidad de administradores en la ejecución de la ampliación de capital» / *The responsibility of administrators in the execution of the capital increase,* por Francisco REDONDO TRIGO 2481

3. URBANISMO

— «Expropiación por ministerio de la ley: antecedentes, marco jurídico, jurisprudencia y relación con la expropiación ordinaria y las cesiones de inscripción

Págs.

unilateral» / *Expropriation by operation of law: background, legal framework, case law and the relationship with ordinary expropriation and land transfers,* por Vicente LASO BAEZA 2495

4. DERECHO BANCARIO

— «Deberes de información de las entidades financieras. / *Duties of information of financial institutions,* por Luis CORPAS PASTOR. 2517

ACTUALIDAD JURÍDICA

Crónica de sesión "*La inscripción de los bienes eclesiásticos: problemas vigentes tras el debate sobre las inmatriculaciones"* 2535

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

MATEO VILLA, Iñigo, *Código Civil Suizo,* Editorial Thomson Reuters ARANZADI, Pamplona 2022. 1497 páginas, por Javier GÓMEZ GÁLLIGO 2541

ESTUDIOS

Derecho romano y Derecho civil aragonés: objetivación de una pretendida dialéctica antagónica

Roman law and Aragonese civil law: objectification of an alleged antagonistic dialectic

por

RAFAEL BERNAD MAINAR

Profesor Titular de Derecho Civil

Investigador Principal del Grupo de Investigación ECONOMIUS-J

Director del Grado en Derecho

Universidad San Jorge (USJ)

RESUMEN: La relación armónica, complementaria y no excluyente entre el derecho romano y el derecho civil aragonés debe ser entendida como una apuesta y propuesta vigente en la actualidad con proyección al futuro, aun cuando, tradicionalmente, se considera que Aragón constituyó un bastión refractario frente al derecho romano.

No podemos obviar la interrelación entre los derechos romano y canónico en la Alta Edad Media como expresión armónica de la cultura jurídica europea y exponente de identidad básico del orden ético-social, a lo que habría que añadir el importante y decisivo papel de las Observancias en la historia y confección del derecho aragonés, puesto que a través de ellas se logra conservarlo, interpretarlo y clarificarlo, gracias a la labor de los lugartenientes del Justicia de Aragón, avezados romanistas instruidos bajo el espíritu medieval de la Escuela de Bolonia.

Frente al reto actual del derecho civil español de elaborar un nuevo Código civil, el derecho aragonés enarbola el modelo seguido en la confección del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA).

A su vez, el resurgimiento de la reconsideración de la experiencia del *Ius commune* aproxima de nuevo el derecho romano y el derecho civil aragonés ante el proceso de unificación del derecho privado europeo.

ABSTRACT: The harmonious, complementary and non-exclusive relationship between Roman law and Aragonese civil law must be understood as a commitment and proposal currently in force with a projection to the future, even though, traditionally, Aragon is considered to have constituted a refractory bastion against law Roman.

We cannot ignore the interrelation between Roman and canonical rights in the High Middle Ages as a harmonious expression of European legal culture and an exponent of the basic identity of the ethical-social order, to which we must add the important and decisive role of Observances in the history and preparation of Aragonese law, since through them it is possible to preserve, interpret and clarify it, thanks to the work of the lieutenants of the Justicia de Aragón, seasoned Romanists educated under the medieval spirit of the School of Bologna.

Faced with the current challenge of Spanish civil law to develop a new Civil Code, Aragonese law upholds the model followed in the preparation of the Aragonese Foral Law Code (CDFA).

In turn, the resurgence of the reconsideration of the experience of the Ius commune brings Roman law and Aragonese civil law closer again in the face of the unification process of European private law.

PALABRAS CLAVE: Derecho romano; Derecho civil aragonés; similitudes; divergencias; dialéctica antagónica; objetivación.

KEY WORDS: Roman law; Aragonese civil law; similarities; divergences; antagonistic dialectic; objectification.

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.—II. FORMACIÓN DEL REINO DE ARAGÓN: PANORAMA JURÍDICO GENERAL DEL MOMENTO.—III. BÚSQUEDA DE REFERENTES HISTÓRICOS EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS: 1. La influencia romana. 2. La influencia visigoda. 3. Otras referencias.—IV. RELACIÓN HISTÓRICA ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO ARAGONÉS: 1. Baja Edad Media. 2. Las Observancias del Reino de Aragón. 3. Edad Moderna. 4. La codificación.—V. EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS: PERFECTA SÍNTESIS, GENUINA PECULIARIDAD.—VI. SUPERACIÓN DE UNA PRETENDIDA DIALÉCTICA DISYUNTIVA Y EXCLUYENTE ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS.—VII. DERECHO ROMANO Y DERECHO CIVIL ARAGONÉS EN LA ACTUALIDAD, PROYECCIÓN DE FUTURO.—VIII. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL.—IX. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El derecho aragonés constituye uno de los signos de identidad de Aragón[1], que se remonta a los primeros tiempos del Reino de Aragón, en la primera mitad del siglo XI, tras la repartición del Reino de Pamplona entre los descendientes del Rey Sancho III el Mayor. Podemos afirmar que el derecho representa la columna vertebral del ser aragonés, hasta el punto de que la historia de Aragón no puede ser desligada del plano jurídico, toda vez que conceptos como el de pacto, libertad y fidelidad se erigen en estandartes de un ordenamiento jurídico que, junto a su tradición y cultura, acuñan "*una identidad propia*"[2]. Es su piel inseparable desde la misma aparición del Reino, antes Condado[3], que, devendría en potencia peninsular bajo la Corona de Aragón.

Estamos en presencia de un derecho enmarcado históricamente en un escenario político, social, económico y jurídico que lo torna particular, hecho a sí mismo. Y es que, surgido en plena Edad Media, no escapará al tiempo en el que nació y creció. El derecho medieval marcará una huella profunda, lo que permitirá absorber y enjugar no solo la tradición local, sino también contar con unos rasgos impregnados paulatinamente, provenientes de otros ordenamientos jurídicos precedentes y coetáneos.

Pretendemos auscultar las raíces del derecho civil aragonés y esclarecer un tópico que tradicionalmente lo ha acompañado, su excepcionalidad respecto del derecho romano, expresada simbólicamente en el apotegma "*item, de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*"[4], en cuya virtud las costumbres de Aragón abjuraban de una institución jurídica romana por antonomasia como era la patria potestad.

II. FORMACIÓN DEL REINO DE ARAGÓN: PANORAMA JURÍDICO GENERAL DEL MOMENTO

El territorio aragonés no llegó a conformar una unidad política o administrativa ni en la Hispania romana ni tampoco en la visigoda[5]. Así como bajo el dominio romano rigió tanto el derecho romano preclásico, como el clásico, posclásico y justinianeo, en la época de la monarquía visigótica terminó por aplicarse con carácter territorial en toda Hispania el *Liber Iudiciorum* o *Lex Wisigothorum*, una obra impregnada de un nacionalismo visigodo que, sin embargo, contaba con una intensa dosis de romanismo, gracias a la influencia del derecho romano provincial y justinianeo, así como del derecho canónico, tras la conversión del Rey Recaredo al catolicismo (587 d.C.).

Será en los núcleos urbanos donde la presencia del régimen jurídico visigodo se hizo notar en mayor medida, a diferencia de lo que sucede en el mundo rural pirenaico, más anclado en su tradición, refractaria a toda injerencia foránea.

En pleno siglo VIII y primera mitad del siglo IX, el Reino visigodo ya desaparecido se erige en referente político y militar durante la invasión musulmana, lo que explicaría el mantenimiento de los formularios jurídicos visigodos y la influencia del derecho romano a través de la difusión del Breviario de Alarico en el sur de Francia, frente a un ordenamiento jurídico consuetudinario con sesgo franco en el naciente Reino, a lo que se añade la aplicación del derecho romano-canónico en cuestiones matrimoniales.

Ante la ausencia de un régimen jurídico propio, se detecta un derecho consuetudinario comarcal y local –uso o costumbre de la tierra-, circunscrito a un distrito o comarca –fuero de la tierra-, con cierta unidad administrativa, al estar regido por una sola autoridad, sea un conde, señor u obispo, claramente impregnado e inspirado por el derecho franco.

Tras la muerte de Sancho III el Mayor (1035), el territorio de Aragón[6] quedó en manos de su hijo Ramiro[7], con lo que se consuma el tránsito de Condado a Reino. La ausencia de un ordenamiento jurídico común, aunado a la pluralidad de ordenamientos propios de ciudades, villas y lugares, propician una triple foralidad en Aragón[8]: burguesa o primitiva, con foco en la ciudad de Jaca, que creará su propio Fuero, extensible a otras villas y ciudades, tanto aragonesas como no aragonesas, erigiéndose en un foco aglutinante del derecho aragonés; nobiliaria o militar, fruto de las exigencias propias de la Reconquista[9], que llegó a prevalecer en el siglo XIII cuando se compila oficialmente el derecho aragonés por impulso e iniciativa de Jaime I el Conquistador; y de corte concejil, castellana o de extremadura, erigida en la frontera con el invasor musulmán por mor de la creación de comunidades y concejos –núcleos de Calatayud, Daroca o Teruel-, mucho más afín y vinculada con Castilla y el derecho castellano.

III. BÚSQUEDA DE REFERENTES HISTÓRICOS EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS:

1. La influencia romana

Tradicionalmente se considera que Aragón, junto a Navarra, se mostraron decididamente refractarios al derecho romano[10]. Sin negar lo anterior, a medida que transcurre la Edad Media y entramos en la Edad Moderna, esta reticencia va diluyéndose, a pesar del rechazo secular a instituciones jurídicas propiamente romanas como la patria potestad, la confiscación de bienes o, incluso, el principio inquisitivo procesal. En este sentido, algunas alegaciones confeccionadas por

abogados aragoneses del siglo XVII permiten configurar una literatura forense en la que se produce una "recepción erudita del derecho común, compatible con una repudiación en el orden positivo", de modo que el derecho común se erige en el lenguaje jurídico del foro, expresión sistematizada, congruente y lógica del derecho empleada por los expertos, ámbito este en el que el derecho romano constituye un referente inexcusable, al margen de su supletoriedad.

En un plano terminológico, el derecho romano se identifica con "derecho" y "ley"; también se asimila al "sentido natural y equidad"; incluso con un ordenamiento de mayor autoridad científica –derecho común- que se esgrime para reforzar decisiones según la legislación foral, pero en distinta esfera y nivel que el ordenamiento jurídico aragonés –derecho municipal, provincial, estatuto-, lo que justificaría una aparente contradicción: el derecho común regiría en Aragón desde un plano intelectual, mas no en el plano del derecho positivo, dualidad cuando menos discutible.

Desde una perspectiva jurídica, Aragón mostró históricamente una marcada resistencia al derecho romano en calidad de acreedor preferente del derecho común[11].

Por otro lado, no podemos preterir el aspecto ideológico y político del rechazo aragonés al derecho romano: por su través, se hacía patente el desiderátum de todo imperio, imponer en su territorio un único derecho (*unum imperium, unum ius*), como expresión del uso del derecho como instrumento del poder político. Así fue bajo el Imperio de Roma[12]; así lo pretendió ser bajo el efímero sueño imperial de Carlomagno; y del mismo modo se trató de replicar por parte de una pujante Castilla, que asumió un papel protagónico y de liderazgo tras la Reconquista de la Península a los musulmanes. En la medida que el derecho romano-canónico constituiría el ingrediente principal del derecho castellano, el derecho romano era concebido por los aragoneses como el derecho imperial que pretendía la unificación política anhelada por Castilla.

Entra en juego, pues, el debate en torno al papel del derecho romano en relación con un ordenamiento jurídico aragonés de raíz consuetudinaria, tradicionalmente tildado de un pretendido corte antirromanista, lo que tiende a conferirle un tinte visigótico[13].

2. La influencia visigoda

Aun cuando el pueblo visigodo es de origen germánico, lo cierto es que en lo que al derecho se refiere adquiere una peculiaridad como consecuencia de la convivencia con el pueblo romano y el derecho romano, hasta el punto que sus reyes redactaron leyes teñidas de derecho romano. Por ello merece destacarse la

huella del derecho visigodo tras la Reconquista[14], sobre todo merced a su obra cumbre, el *Liber Iudiciorum*[15].

Esta huella no resulta uniforme a lo largo de la Península Ibérica en los distintos territorios, y su incidencia en el derecho de Aragón no resultó muy relevante[16], a pesar de una tendencia historiográfica tradicional a magnificar su presencia e influencia[17], criterio no unánime y, por lo demás, más que cuestionable[18] a nuestro juicio.

Sin embargo, no cabe desdeñar la influencia del derecho visigodo en el derecho aragonés. Prueba de lo afirmado son algunas reminiscencias visigodas en el derecho aragonés en distintas ramas del derecho –penal, familia y sucesiones, obligaciones-, en instituciones tales[19] como el homicidio por envenenamiento[20]; la legítima defensa ante el ladrón[21]; el quebrantamiento de cárcel[22]; la mayoría de edad a los quince años[23]; la sociedad de gananciales[24]; alguna formalidad testamentaria como la adveración del testamento verbal[25]; o el préstamo y alquiler de bestias[26], sin olvidar la conexión con el carácter colectivo de la legítima aragonesa frente a la individualidad de la romana[27]; los bienes troncales o de estirpe (*Stammgüter*) y los fideicomisos familiares[28], que giran en torno a los fundamentos de la familia germánica (*Sippe*, círculo parental y comunidad doméstica)[29]; así como los pactos sucesorios y el testamento mancomunado[30]; e, incluso, el consejo doméstico[31], posible antecedente de la junta de parientes.

No obstante lo expuesto, afirmamos con Lalinde Abadía[32] que la presencia visigoda en los Fueros de Aragón se circunscribe a textos muy concretos fruto principalmente de la inmigración de mozárabes incrementada a partir del siglo XII[33]. Por ello, invocar la impronta del derecho visigodo en el ordenamiento jurídico aragonés y esgrimir una identidad propia refractaria del derecho común parece un tanto aventurado, no sólo por su escasa membresía en el derecho aragonés, sino también por el desdibujamiento de su influencia frente a otros ordenamientos jurídicos concurrentes, no sin dejar de hacer constar, como única salvedad, el territorio de la Ribargoza, puesto que, al integrar este enclave el área de dominio de la Marca Hispánica bajo el poder de los francos, se convirtió en foco de atracción del exilio visigodo e hispano.

3. Otras referencias

Amén del Reino de Asturias, otro de los focos rebeldes frente al dominio musulmán surgió algunas décadas después en los Pirineos (800 d.C.)[34], merced al apoyo del emperador Carlomagno[35] a los habitantes y pobladores de algunos núcleos cristianos asentados en los valles pirenaicos, entre ellos el gobernado por un conde franco, Aureolo, ubicado en el valle alto del río Aragón, en las inmedia-

ciones de Echo, que se convertirá en el origen de un condado[36], Aragón, embrión del futuro Reino homónimo.

En la medida que la región pirenaica estuvo sujeta durante el siglo IX al reino franco, se produjo la influencia del derecho franco en el derecho propio, sobre todo en lo referido a la organización política. Con posterioridad, a partir de la mitad del siglo XI, gentes provenientes del otro lado de los Pirineos se asentaron en los territorios reconquistados, entre ellos Aragón, lo que se tradujo en la recepción del derecho franco y su respectivo influjo en tierras aragonesas, toda vez que se les permitió a los nuevos pobladores regirse por su derecho propio.

Tampoco podemos omitir la presencia judeo-árabe en la foralidad aragonesa[37], dada la transcendencia de ambos pueblos en la sociedad, mucho más notoria incluso que en otros territorios vecinos (Valencia, Castilla o Cataluña), ante la necesidad imperiosa de atraer pobladores de fuera de Aragón para repoblar el tramo central del valle del Ebro.

Así, concretamente, el derecho musulmán[38] representa el exponente de un derecho religioso, confesional, que rige con carácter personal, inspirado en el Corán, en el que los juristas o alfaquíes sistematizaron las normas y principios propagados por Mahoma, junto a otros de origen persa, egipcio y bizantino, gestándose así la ciencia jurídica *–fiqh-*, que construiría un sistema jurídico inmutable vigente en al-Andalus durante toda la dominación musulmana de la Península. Sin embargo, este derecho no tendría una incidencia significativa en los territorios cristianos, a no ser por el aporte de los mozárabes, quienes, conservando su religión y derecho, se encargaron de aplicar algunas instituciones jurídicas musulmanas relacionadas con el régimen agrario –turnos de riego-, así como de divulgar su terminología jurídica.

Por lo que al derecho judío respecta[39], también es un derecho confesional para quienes profesan el judaísmo, y su evolución quedará en manos de los rabinos a través de sus respuestas a las consultas de los fieles. Su incidencia no fue excesiva, pero no se puede minusvalorar, en la medida que incidió en un contingente poblacional, no muy numeroso, pero sí influyente en la sociedad de la época, sobre todo en la economía, razón por la cual su derecho no pasó desapercibido, puesto que en las materias civiles los judíos solían comparecer ante sus propias autoridades, aplicaban el derecho judaico.

Por fin, haremos referencia a otro ingrediente del derecho histórico aragonés de mayor importancia, cual es el derecho consuetudinario, rudimentario y elemental. Hasta el establecimiento de los Fueros municipales, tras la aparición de algunos núcleos urbanos, existe un ordenamiento jurídico consuetudinario de tipo comarcal y local, en función de la autoridad ejerciente (conde, señor feudal, obispo u otra dignidad eclesiástica)[40]. Su invocación dependía de la condición personal del interesado por el hecho de estar radicado en una localidad o comarca

concreta y su desarrollo es propiciado por la ausencia de un ordenamiento general, lo que le otorgará una peculiaridad jurídica al territorio, que le distinguirá de otros aledaños, Cataluña, más afín al derecho visigodo.

IV. RELACIÓN HISTÓRICA ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS:

1. La Baja Edad Media

Los siglos VIII hasta el XII son calificados de incertidumbre foral en Aragón, toda vez que concurren de forma plural y dispersa diversos derechos comarcales consuetudinarios, rudimentarios y fragmentarios[41] que, paulatinamente, van recogiéndose por escrito, hasta el punto que el ordenamiento jurídico aragonés no resultará fijado como ordenamiento general sino a partir del siglo XIII[42] mediante un sistema sancionador de normas paccionado entre el Rey y las Cortes, de tal manera que ni siquiera el monarca podrá sustraerse ni contravenir la ley[43].

Desde Italia se va imponiendo la necesidad de neutralizar la dispersión normativa propia de la Alta Edad Media y en este sentido el *Ius commune*[44] encarna la cualidad de erigirse en un derecho común *versus* el derecho propio de cada territorio. En esta amalgama, el derecho romano adquiere un protagonismo especial para convertirse en un derecho común para todos los hombres de la Europa occidental (*ius commune omnium hominum*)[45], con la salvedad de los derechos municipales.

En efecto, el *Ius commune* constituye un atisbo de "derecho supranacional" en una época anterior a la aparición del Estado moderno, en la medida que el derecho propio de los reinos representa un derecho excepcional respecto de aquel[46], al que se halla sujeto. Precisamente su mayor completitud y depuración –*ratio scripta*-; su talante tradicional mas no rígido; la formación romanista de los juristas de la época; su superioridad técnica; y su estrecha conexión con la idea de continuidad del Imperio Romano, merced al trasunto que constituye con relación al mismo el Imperio Romano Germánico de Carlomagno[47], contribuiría a crear y difundir esta matriz de opinión[48]. Por su través, se proporciona al hombre de leyes la clave del lenguaje común de la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la familia romanística del derecho, cuando menos en el ámbito del derecho privado[49].

De los ingredientes del *Ius commune*, el derecho romano, el derecho feudal y el derecho canónico son los más influyentes, cada uno con su aporte[50]: el individualismo del primero; la sujeción del individuo a un entramado de relaciones

superior, en cuanto al segundo; y el punto de equilibrio entre los dos anteriores de la legislación canónica.

La difusión y aplicación del *Ius commune* en Europa se conoce como la recepción del derecho común[51], una experiencia no simultánea ni de igual intensidad en todos los territorios europeos e hispánicos[52]. Resultó más evidente en Cataluña y Mallorca que en Navarra y Aragón[53], en tanto que en Castilla, si bien se habla impropiamente de recepción, se produjo más bien una penetración o influjo de los principios fundamentales y de un buen número de instituciones jurídicas pertenecientes al derecho romano-canónico a través de una doble vía: textual, mediante extractos de los textos justinianeos; y científica, gracias a la divulgación efectuada por los discípulos de la Universidad de Bolonia y de otras universidades europeas cuando regresan a su lugar de origen y ejercen el derecho, sobre todo como asesores laicos o eclesiásticos, ya de los reyes, de las asambleas legislativas, o de las autoridades eclesiásticas[54]. Tal influencia es tan notoria que el *Ius commune* se alega en calidad de costumbre y es invocada por los juristas ante los jueces.

Sin embargo, esta consideración del derecho común como el ordenamiento jurídico imperial o de la Iglesia, le granjeará, a su vez, la animadversión de reyes y territorios, con distintos matices[55]: una oposición radical –caso de Aragón[56] y Navarra-; la penetración y recepción consentidas, en los Reinos de Castilla y Valencia; y el caso de Cataluña unido al de Mallorca, donde se consuma una recepción más bien erudita[57].

En lo que a Aragón respecta, la versión tradicional y más radical[58], cuestionable a nuestro juicio, sostiene que no se produjo una recepción, ni siquiera una penetración de las leyes romano-canónicas y, por ende, del derecho común. Entre otros argumentos se esgrime que Jaime I, tras una ampliación considerable de sus dominios, al definir y establecer el Fuero de Aragón en 1246, decide implantar un derecho uniforme con el fin de mejorar la gobernanza de su Reino, para lo cual pretende recopilar de forma oficial la costumbre frente a las redacciones privadas existentes, todo ello en aras de preservar la seguridad jurídica sin que la mera denominación de la obra –Código o Compilación de Huesca- permita atribuirle un carácter "*dreyturero*"[59]. De ahí el recurso al derecho como base e instrumento de la costumbre, según lo confirmaría el hecho de que la Corte General de la ciudad rechazara dicha versión de la compilación por entenderse "*dreyturera*"[60] y, por tanto, no adaptada a la foralidad aragonesa, razón última que justificaría la aparición de una segunda versión de la obra[61], más reducida (8 libros), redactada en romance aragonés y menos romanizada, con el afán de modular la precedente siguiendo las instrucciones de los foristas[62], secundadas por la Corte General. Precisamente y, para un adecuado conocimiento general, la versión latina, bendecida a la sazón por la asamblea celebrada en la capital oscense, sería traducida al

romance y se convertiría en la primera colección sistemática oficial de los fueros del territorio aragonés[63].

En todo caso, la intervención del obispo de Huesca –Vidal de Canellas- en la redacción de la obra, a instancia del monarca, nos hace reflexionar al respecto: en efecto, aunque el titular de la sede episcopal oscense ejerce su ministerio en el centro de la foralidad aragonesa, no es menos cierto que encarna el prototipo del experto en derecho común, egresado de la Universidad de Bolonia[64], premisa que será determinante en la sistematización romanista y distribución en epígrafes o rúbricas de los títulos de la obra[65], hasta el punto que él mismo actuara como "*savio omne*" y ordenara los fueros con "*bona et dreiturera et sana conscientia*"[66]; además, los jueces del tribunal real interpretarán la norma según los conceptos, categorías y clasificaciones establecidos por la doctrina romanística italiana[67]; a su vez y, gracias a la influencia ejercida por los mozárabes radicados en el territorio, la compilación asume soluciones contempladas en el *Liber Iudiciorum*; incluso y, a mayor abundamiento, se detecta una cierta recepción por medio de la incidencia del derecho canónico en Vidal de Canellas[68], lo que vinculará la glosa y el comentario a la práctica de los juristas aragoneses. Y es que la interrelación entre los derechos romano y canónico en esta época[69] constituye la expresión armónica de la cultura jurídica europea[70] y el exponente de identidad del orden ético-social de la época, tanto de los pueblos europeos, como de los sectores creadores y difusores de la cultura[71].

Tampoco podemos olvidar que los fueros cobraron fuerza a través de su interpretación a cargo de los foristas, ya que su aplicación práctica requirió de un cuerpo doctrinal que interpretara los términos legales que presentaban confusión[72]. Fruto de esta inquietud y siguiendo el modelo de los juristas de Bolonia surgieron glosas al Derecho aragonés[73], construidas sobre alegaciones de fuentes jurídicas, algunas aragonesas, pero sobre todo, en su mayoría, pertenecientes al *Ius commune*.

En efecto, aun cuando en un principio en el Vidal Mayor se obstruía la aplicación del derecho romano-canónico, el auxilio invocado al sentido natural o la equidad abría una importante vía de penetración del *Ius commune*, en la medida que, a su vez, tanto los glosadores como los comentaristas habían ido pergeñando el concepto de equidad, con claras reminiscencias romanas[74]. De ahí que, a la par que se producían colisiones entre el *Ius commune* –universalidad- y los *iura propia* –preñados de particularismo-, resueltas de distinta forma según el territorio del que se tratara[75], lo cierto es que también entre ambos ordenamientos se produjo una coexistencia con un influjo recíproco nada desdeñable. No en vano y, en un signo de romanización instrumental[76], se explicaba el Derecho aragonés a través de conceptos romanos y se ordenaban sus preceptos conforme al orden

de las rúbricas de los libros del Digesto, hasta el punto que la cultura jurídica de los foristas es, propiamente, la cultura del derecho común europeo.

Jaime I recurre en los Fueros de Aragón al sentido natural o la equidad allí donde no eran suficientes los Fueros de Aragón –*ad naturalem sensum vel aequitatem*-[77], en un deseo de dar cabida al sentido común, a la proporcionalidad de los derechos y los deberes frente al rigor excesivo[78], y a las lagunas legales[79], adoptando una versión intermedia de compromiso, con tinte canónico[80], coincidente con la invocación de una pretendida razón escrita[81] constitutiva de un derecho racionalmente perfecto aplicable de manera útil ante las lagunas del derecho propio. Se afirma en la época que este recurso supletorio a la *aequitas* pudo ser entendido como un rechazo al *Ius commune*, por no ser excluyentes.

En todo caso, es necesario reconocer que no encontramos una norma aragonesa declarativa de la supletoriedad del derecho romano-canónico[82], ni tampoco podemos obviar que existen instituciones jurídicas romanas integrantes tradicionalmente del *Ius commune* que nunca penetraron en Aragón, ya por contar con principios distintos u opuestos a los de aquel, ya por existir previamente mecanismos autóctonos que atendían una misma función (*restitutio in integrum*)[83].

2. Las Observancias del Reino de Aragón

Mención especial por su importancia en el tema que nos ocupa constituyen las Observancias, estrechamente relacionadas con una figura emblemática del derecho aragonés, el Justicia Mayor, que debe su existencia a la necesidad de equilibrar los intereses del Rey y del Reino –sobre todo la nobleza-. Aun cuando se trata de un cargo que no exige la condición de letrado por primar en él el cariz político, desempeña su oficio auxiliado por lugartenientes, provistos de un carácter más técnico, y de toda una curia, que tenían como objetivo primordial la preservación y observancia de los fueros y las costumbres aragoneses. Por su influjo se logra la conservación, interpretación y clarificación del derecho foral aragonés, hasta el punto que la doctrina obtenida de sus decisiones adopta el nombre de "observancias". En la medida que los lugartenientes del Justicia fueron avezados romanistas instruidos bajo el influjo y el espíritu de la Universidad de Bolonia, el derecho romano contaría así con un efectivo vehículo de penetración y de romanización[84], aunque lo fuera al servicio de la causa del derecho foral aragonés, supuestamente antirromanista, dado que a través de ellas se pondera el valor de la costumbre, se exalta la voluntad individual y el principio *standum est chartae*[85].

La esencia de las observancias consiste en verbalizar normas no escritas, al recoger la aplicación judicial de los Fueros[86]. En su virtud, la relación que media

entre Fuero y Observancia es de dependencia de esta respecto de aquel –*accessorium sequitur principale*-, lo que se evidencia en cuanto a su origen se refiere, toda vez que su creación surge al pairo de la refacción de los fueros consistente en la reorganización de los existentes desde 1247, punto de inflexión a partir del que se formarán las primeras observancias de la mano e impulso del Justicia de Aragón Jimeno Pérez de Salanova durante el reinado de Jaime II. La particularidad que presenta la observancia es que emana directamente de la raíz del derecho aragonés, del Fuero de Aragón propiamente dicho, sin que su declaración constituya un acto de jurisdicción, de tal suerte que viene a engrosar, junto a los fueros y la costumbre, las fuentes del derecho aragonés.

Es así como a partir de la mitad del siglo XIII aparecen colecciones de observancias[87] redactadas en latín y traducidas al romance, hasta que al final del siglo XIV uno de los lugartenientes del Justicia, Jaime de Hospital, redacta y publica su versión más importante (*Observantiae regni Aragonum*). De su contenido se infiere la concentración de los procesos declarativos de privilegios no documentados[88], así como podemos constatar los argumentos jurídicos incluidos en las propias sentencias que, dotadas de la fuerza que otorga el efecto de cosa juzgada ("*res iudicata, pro veritate habetur*"), confieren estabilidad y seguridad jurídica, al margen de la revisión constante a la que el monarca somete la legislación, esto es, la observancia se erige en un título que, de alguna forma, preserva el *statu quo*[89]. Sin embargo, la intensificación del recurso a la observancia como interpretación del Fuero coincide con la consideración de las decisiones judiciales como precedentes, razón por la cual llegará un momento –desde la obra de Jaime de Hospital hasta la de Martín Díez de Aux- en el que las colecciones de observancias recogen, amén de observancias *sensu stricto*, jurisprudencia.

Aun cuando estas observancias carecen de valor oficial, su aplicación cotidiana, aunada al prestigio con el que contaron, propiciarán que en la primera mitad del siglo XV (1428, Cortes de Teruel) el monarca Alfonso V encomiende al Justicia de la época, Martín Díez de Aux, auxiliado por seis letrados elegidos por éste y los diputados del Reino, la recopilación de los usos, observancias y actos de corte[90]. Tomando como punto de partida la obra precedente de Jaime de Hospital y, tras la consulta de un número considerable de juristas, en 1437 sale a la luz la nueva obra Observancias y costumbres del reino de Aragón (*Observantiae consuetudinesque regni Aragonum*), redactada parcialmente en latín y en romance, que, si bien nunca fue promulgada, contó con un gran predicamento. Su estilo más elaborado y abstracto refuerza el protagonismo de la norma reguladora y su publicación lograría[91], por un lado, cerrar el círculo del régimen jurídico de las observancias, pues no se publicaron otras posteriores; y, además, alcanzar una autoridad superior a otras anteriroes, hasta el punto de llegar a preponderar incluso sobre los fueros.

Su importancia resulta innegable, puesto que junto a los fueros y a los actos de corte integran el ordenamiento jurídico tradicional aragonés, como lo atestiguaría el hecho de que, al ser impresas junto con la colección de fueros, llegaran a alcanzar su mismo rango[92], hipótesis refrendada por la Disposición Final del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón[93] cuando deroga el Cuerpo legal de los Fueros y Observancias del Reino de Aragón[94].

En todo caso, tampoco podemos sostener categóricamente que el "observador", a pesar de su formación romanista, interpretara siempre y por sistema el derecho aragonés –el Fuero- en sentido romanista, pues, tiznado de una mentalidad tradicionalista, trató de mantenerse fiel a la esencia foral[95]. Y ahí es donde radica precisamente nuestra hipótesis, basada en la complementariedad no excluyente de ambos ingredientes, en cuya virtud el derecho foral puede preservar su esencia con el auxilio y ayuda incomparable que aportó en su momento y sigue aportando en la actualidad el derecho romano.

3. La Edad Moderna

A partir de la Edad Moderna, cuando surge la noción de Estado, el derecho civil va a ir desligándose del derecho romano[96] y se identifica con el derecho de cada Estado, fenómeno que se conoce como nacionalización y privatización del derecho civil[97].

Esta tendencia común en toda Europa también aplica al caso español, toda vez que, merced a la consolidación y pujanza del derecho castellano y fruto entre otras razones de la política unificadora de los Reyes Católicos, el derecho castellano tiende a deslindarse del derecho común, retomando el testigo de la iniciativa legislativa que en su día comenzara Alfonso X el Sabio, para finalmente consumarse en el siglo XVI la identificación entre el derecho castellano y el derecho regio. Un derecho real que resultará victorioso de su agria pugna con el derecho romano, tanto en el plano doctrinal, como judicial[98]. Será más adelante, en el siglo XVIII, cuando el derecho castellano se erige en el derecho nacional ante su amplia expansión territorial, junto al predominio político de Castilla. En esta línea podemos destacar la influyente obra *Instituciones de Derecho civil de Castilla*[99] en la que se llega a identificar el derecho español con el derecho civil, con la consiguiente reprobación del derecho romano. Así pues, en el siglo XVIII el derecho castellano, ahora derecho español, pasa a convertirse en un verdadero derecho común[100], de la misma manera que en la Baja Edad Media lo fue el derecho romano-canónico.

Tras la Guerra de Sucesión y los famosos Decretos de Nueva Planta, el derecho castellano asume un papel de derecho supletorio en los territorios adversos

a Felipe V en la contienda, entre ellos Aragón, para el supuesto de lagunas o deficiencias de los derechos peculiares. A tal fin se esgrimen como argumentos justificativos[101], no solo la innegable voluntad política centralizadora borbónica, sino también una pretendida aureola de superioridad del derecho castellano frente al resto de los derechos forales.

Concretamente y, por lo que respecta a Aragón, el siglo XVI representa la uniformidad del derecho aragonés, una vez que, a petición de los turolenses, desaparece el Fuero de Teruel y se produce su integración en los fueros generales para todo Aragón. A lo largo de los siglos XVI y XVII el ordenamiento jurídico aragonés trata con denuedo de preservar su derecho frente a la tendencia expansiva del derecho castellano, a cuyo fin afronta su renovación con la aprobación de nuevos fueros fruto de la actuación de consuno entre el Rey y las Cortes, así como al protagonismo de una costumbre pujante[102], lo cual implicará una cierta saturación jurídica, un fenómeno aderezado con la confusión añadida en torno al problema de la jerarquía normativa.

En todo caso, las bases fundamentales del ordenamiento jurídico aragonés se agrupan en 1476 bajo el título de Fueros y Observancias del Reino de Aragón siguiendo un procedimiento cronológico (volumen viejo), que se verá posteriormente sustituido por otro de corte más sistemático[103] consagrado en una obra dividida en nueve libros de acuerdo al modelo del *Codex* de Justiniano (1552)[104], edición reeditada en varias ocasiones a lo largo de los siglos XVI y XVII, con incorporación de fueros posteriores en orden cronológico, de tal manera que tanto los fueros derogados, cuanto los actos de corte a partir de 1554 se editan en volúmenes aparte, razón por la cual en las ediciones posteriores al año 1576 esta compilación incorpora los fueros promulgados en cortes y completará su denominación bajo el título de Fueros, Observancias y Actos de Corte.

Mención especial requiere la ciencia jurídica aragonesa durante los siglos XVI y XVII, que presenta varias perspectivas[105]: desde la que se encuadra en la práctica judicial, con un claro tinte consuetudinario afrancesado, nacionalista y antirromanista; hasta la conformada por los estudiantes o profesores formados en universidades itálicas o hispanas –entre ellas, las de Huesca y Zaragoza-, con clara tendencia romanista, sin que ello suponga abjurar del carácter popular propio del ordenamiento jurídico aragonés.

Fruto del ingenio, la ciencia jurídica aragonesa se nutre de ilustres juristas que estudian y analizan los fueros recurriendo, ya a la técnica del repertorio persentado por orden alfabético[106], ya a la de la exégesis o comentario[107], o bien al instrumento del manual[108], sin poder pasar por alto tampoco los aportes efectuados por la colección y el comentario de las decisiones judiciales[109].

4. La codificación

Tras la Guerra de Sucesión y los Decretos de Nueva Planta, Aragón pierde su capacidad legislativa y la potencialidad de evolucionar, motivo por el cual el derecho aragonés solo podrá aspirar a su mera conservación, cual reliquia o antigualla excepcional[110], lo que, por añadidura, le privará de su facultad de autointegración y le empujará a recurrir ineludiblemente al derecho castellano, en calidad de supletorio[111], capaz de renovarse y adaptarse por sí mismo a la realidad, con una consecuencia irreversible: su pretendida supletoriedad deja de operar a través de un sistema de heterointegración a partir de los principios del derecho aragonés, con la aplicación prácticamente directa del derecho supletorio (derecho castellano inicialmente, código civil después)[112], cuyo objetivo último anhela la unidad del derecho civil español.

Cuando comienza el proceso codificador, a finales del siglo XVIII e inicios del XIX, se ha consumado la fusión del derecho civil con el derecho estatal[113] –proceso de nacionalización del derecho privado[114]-, lo que permitirá explicar la conexión estrecha entre el derecho civil y el de los códigos civiles. Tal circunstancia repercutirá, sin duda, en las relaciones de los ordenamientos jurídicos codificados con el derecho romano.

En Francia el estudio del derecho romano entra en crisis con la aparición del *Code*, en la medida que se instaura un derecho basado en la legalidad frente al derecho de corte jurisprudencial romano que interpretaba la tradición según la realidad social[115]; por el contrario, en Alemania y, merced al influjo de Savigny[116], se impulsa el estudio del derecho romano a los fines de diseñar a partir de las fuentes romanas una dogmática del derecho privado a través del movimiento de la Pandectística[117], una de las grandes paradojas de la historia del derecho privado moderno[118], cual es que, si bien el Código civil alemán (BGB), formal y categóricamente debería poner fin a la vigencia del derecho romano en Alemania, sin embargo, su contenido, impregnado de romanismo gracias a las aportaciones[119] de B. Windscheid, G. Hugo y G.F. Puchta, produciría el tránsito de un derecho romano no vigente a un incuestionable derecho romano vivo.

En efecto, la Pandectística cuenta entre sus logros con el hecho de que, agotada tras la promulgación de los primeros códigos iusnaturalistas la función tradicional del derecho romano, este volviera al centro del estudio y de la investigación, para consumarse, así, el tercer reencuentro del derecho romano a lo largo de la historia[120], después del acaecido con la civilización romana y, más tarde, el operado durante la Baja Edad Media por medio de los glosadores y posglosadores en las universidades italianas.

En lo que respecta a España, el Proyecto de 1851 de García Goyena fracasa, entre otras razones, por su afrancesamiento exacerbado y por el supuesto irres-

peto a los derechos forales[121], aspectos que se corregirán en la Ley de Bases de 1888[122] que, como su nombre indica, constituirá el asiento del futuro Código civil de 1889.

En lo concerniente a Aragón, el sector jurídico autóctono no expresó su oposición foralista, sino que participó del ideal codificador[123] y abogó por un código civil unificador que derogara los fueros aragoneses, al mismo tiempo que, sin ningún tipo de menosprecio y de renuncia, optara por respetar, junto con el de las demás regiones, el derecho civil aragonés[124], dotado de una aureola de superioridad en algunos aspectos. Por ello, desde Aragón se manifestó la adhesión al anhelado Código civil, aun a costa de la pérdida de algunas de sus peculiaridades, siempre que en aquel se incluyera el denominado núcleo duro del derecho aragonés[125], conformado por el derecho de viudedad, la junta de parientes, las capitulaciones matrimoniales y el régimen jurídico sucesorio.

Aprobado el Código civil, si bien este no comprendiera todo el derecho civil en vigor de aquel entonces en España, conserva en su integridad y "por el momento" los derechos forales, incluido el aragonés, bajo la promesa de la futura elaboración y aprobación de la fórmula de unos Apéndices del Código civil contentivos de las instituciones forales convenientes por conservar en cada uno de los territorios donde existen[126]. En una prueba más del carácter identitario que el derecho representa para Aragón, será el único territorio foral que dará cumplida cuenta de la encomienda realizada con la aprobación del Apéndice de 1925[127]. Con ello se produce la evidente paradoja por la que, en tanto que con la aprobación del Código civil comienza este su aplicación en Aragón, a salvo de las materias civiles reguladas en los Fueros y Observancias, sin embargo, el Apéndice de 1925 introdujo una disposición derogatoria en la que resultaba derogado el Cuerpo de Fueros y Observancias del Reino de Aragón[128], de tal suerte que el derecho aragonés se redujo al contenido del Apéndice hasta el punto que, carente ahora de un sistema de fuentes, irrumpe como un derecho excepcional[129], que precisará del Código civil como instrumento de integración de sus lagunas, lo que le conferirá a este la cualidad de un verdadero *ius commune*[130].

Haciendo, pues, un balance de conjunto a propósito de la vigencia positiva del derecho romano tras la codificación civil europea, si bien por su través se instaura un nuevo sistema de fuentes que deroga los textos romanos vigentes, sin embargo, las nuevas leyes que los sustituyen –Códigos civiles- toman de aquellos textos el sistema, la teoría jurídica de base[131], no solo en sus líneas generales, sino incluso también en el detalle, sin con ello renegar de las modificaciones y añadidos producidos[132], de tal forma que tradicionalmente se ha considerado que el derecho romano constituye la verdadera base y osamenta del derecho civil codificado de la Europa occidental[133].

En todo caso, debemos objetivar y relativizar la relevancia del proceso codificador con relación al legado jurídico europeo preexistente de más de veintitrés siglos de experiencia, para entender que no constituye una era completamente nueva en la historia del derecho europeo[134], sino que más bien "*... no será otra cosa sino un punto en el desarrollo histórico, concebible como algo más que una ondulación en la corriente, pero no más que una ola en la corriente*"[135]. Y es que el movimiento codificador europeo ordena la tradición jurídica anterior[136], lo que permite fusionar la tradición romanística con las derivaciones de los derechos nacionales, lo que propiciará no solo la difusión de la cultura jurídica europea, sino también el encuentro de los derechos europeos.

A nuestro juicio, y no sin preterir la controversia[137], la codificación no resulta el último respiro en la vigencia del derecho romano; a lo sumo, sería el último estertor de su segunda vida de aplicación directa[138], razón por la cual hablamos de una continuidad lineal[139], un tanto *sui generis*, de tal manera que la pérdida de su vigencia desde la caída del Imperio romano no implica en modo alguno la renuncia a su condición de derecho vivo, en la medida que a lo largo de la historia se ha inoculado en gran cantidad de ordenamientos jurídicos, hasta el punto de haberse delineado sobre su eje la familia romano-germánica del derecho[140].

V. EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS: PERFECTA SÍNTESIS, GENUINA PECULIARIDAD

Tanto la presencia previa del Apéndice de 1925, cuanto la existencia de un Seminario *ad hoc*, autor de varios informes, individualizarían el proceso de gestación de la Compilación aragonesa de 1967 con relación al resto de las Compilaciones, una prueba más que apunta a la singularidad del derecho aragonés y sus instrumentos normativos.

En efecto, la Compilación aragonesa de 1967 va más allá de la mera revisión del Apéndice, al presentar una nueva concepción en la codificación del derecho aragonés, mediante la adaptación de las leyes y costumbres tradicionales a los nuevos tiempos, pero sin renunciar con ello a su espíritu genuino, puesto que, entre otros aspectos, permanece el mismo régimen de fuentes característico del ordenamiento civil aragonés y subsisten los principios fundamentales que lo informan[141].

De ahí que alcanza una perfecta síntesis y logra un justo equilibrio entre su original carácter popular[142] y la alta calidad técnica y literaria que atesora, aderezada con una redacción muy depurada[143], junto a una sobriedad del lenguaje tal que, en un dechado de concisión, precisión y eficacia, logra con lo menos decir lo más, a la vez que abarcar el mayor número de casos y supuestos. Además, consti-

tuye un verdadero sistema de derecho civil con fuentes propias y unos principios generales que cuentan con la potencialidad de integrar las normas aragonesas[144], de tal manera que el Código civil resulta relegado en calidad de derecho supletorio, solo aplicable en defecto de norma aragonesa.

La flamante Compilación supone una nueva etapa en la historia del derecho aragonés y, entre sus logros[145], cabe destacar que lo reelabora y reformula: rescata alguna institución jurídica silenciada por el Apéndice de 1925 –consorcio foral-; rectifica o modifica el régimen jurídico de algunas instituciones –testamento mancomunado, relaciones de vecindad-; desarrolla instituciones insuficientemente reguladas –junta de parientes, comunidad conyugal continuada, fiducia sucesoria, sucesión contractual-; así como actualiza algunos aspectos bien significativos (el régimen económico conyugal, incluida la posición jurídica de la mujer en el mismo, el derecho de viudedad, el tratamiento sucesorio de los hijos naturales e, incluso, el respeto al principio de troncalidad en el régimen de la sucesión intestada).

Fruto de estas novedades, rescates y desarrollos, el resultado se caracteriza por su peculiaridad, traducida en soluciones más sencillas y expeditas[146], a partir de su propio contenido[147], en el que destacan algunos aspectos, entre ellos los que siguen[148]: a partir de los catorce años, los jóvenes aragoneses cuentan con una situación legal muy similar a la de los mayores, de tal modo que en muchas ocasiones pueden actuar por sí solos sin requerir de autorización; la libre administración del mayor de catorce años que con el beneplácito de sus padres vive independientemente de ellos; el acceso a la mayoría de edad por haber contraído matrimonio; el ejercicio de la autoridad familiar a cargo de abuelos o hermanos mayores; la contemplación de las parejas no casadas o, incluso, los segundos matrimonios de personas divorciadas; la actuación rápida y sencilla de la junta de parientes como alternativa a la intervención judicial; las servidumbres de luces y vistas; los pactos económicos del matrimonio –capítulos matrimoniales-, que pueden regular incluso aspectos relacionados con la sucesión; así como la enjundia que ofrece el derecho hereditario (testamento mancomunado, usufructo vidual universal, derecho expectante de viudedad, pactos sucesorios, legítima colectiva, sucesión intestada, beneficio legal de inventario, por ejemplo), que se ve tanto enriquecido, como complicado por la incidencia de instituciones jurídicas conexas tales como la troncalidad, la fiducia, el consorcio foral, la reversión de donaciones, las aventajas forales, o el mismo derecho de abolorio.

Todo ello nos muestra un derecho singular, autóctono y original[149], que forma parte esencial de los aragoneses, resulta conocido y aplicado en asuntos decisivos en la vida de las personas, porque así se ha hecho por padres y ascendientes desde siempre[150], lo que permite señalar que el aragonés medio conoce más y mejor su derecho propio que los sujetos al Código civil o a otras legislaciones

forales conocen el suyo[151]; basado en el personalismo exclusivo que otorga la vecindad civil aragonesa[152]; con una inspiración y desarrollo de corte popular, dotado a su vez de un profundo sentido social[153]; y construido sobre un amplio contenido[154] (derecho de la persona y de la familia, derecho de la sucesión por causa de muerte, derecho de bienes, derecho de obligaciones).

Si bien es cierto que algunas soluciones ya son coincidentes con las del Código civil, o con el resto de las legislaciones forales, hay que señalar que buena parte de esas coincidencias lo han sido a través del modelo ejercido por el derecho aragonés. Y es que, hasta este momento de convergencia natural y progresivo, el derecho foral aragonés se ha mostrado y lo sigue siendo un derecho de vanguardia, como lo demuestra el mayor protagonismo jurídico tradicional ejercido por la mujer en la vida familiar[155].

Además, gracias al influjo de la Compilación aragonesa, junto a la navarra, se reforma el Título preliminar del Código civil, en cuya virtud se rediseñará una nueva relación entre el derecho común y los derechos forales, que mantiene el sistema de fuentes de los derechos forales al expresar que la mencionada reforma del Título preliminar del Código "*no altera lo regulado en las Compilaciones de los Derechos especiales o forales*"[156], un planteamiento que constituirá el punto de partida en la Constitución de 1978 en el artículo 149.1.8º del texto constitucional, y que originará, de alguna forma, el debilitamiento del Código civil como centro de gravedad sobre el que giraba el sistema de derecho civil español[157] ante la pluralidad legislativa instaurada en materia civil.

Tras la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, el Tribunal Constitucional aclaró suficientemente el tenor del artículo 149.1.8º, en torno a la competencia legislativa autonómica para la "*conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales*"[158], de tal manera que con ello se valida la facultad de los derechos forales para, no solo conservar y modificar lo ya existente, sino también desarrollar su contenido mediante la regulación de materias inexistentes, siempre que se trate de instituciones conexas con las ya reguladas. Tras el pronunciamiento del Alto Tribunal se abre el ciclo del ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias legislativas en lo que al derecho civil foral respecta. Concretamente, en lo que a Aragón concierne el proceso arranca en 1985 y concluye, hasta el momento, en 2011 con el Código del Derecho Foral de Aragón[159].

El Código Foral constituye el resultado de recoger y configurar sistemáticamente[160], con una factura propia de nuestro tiempo, un cuerpo legal contentivo de todas las normas legales del derecho civil aragonés, siguiendo casi en su totalidad el orden expositivo de las materias contemplado en la Compilación de 1967. El esqueleto del nuevo texto se articula a partir de tres aspectos fundamentales, que le siguen confiriendo un carácter genuino e identitario[161]: a) la competen-

cia exclusiva y excluyente a cargo de las Cortes de Aragón sobre la materia de derecho civil, de acuerdo a lo establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía; b) el gobierno de la convivencia de los aragoneses conforme al principio de la libertad civil[162] (*standum est chartae*); y c) la cohesión familiar y la protección de "*la casa*" como unidad económica precisa de protección, que fundamentará instituciones como el usufructo universal, la legítima colectiva, el testamento mancomunado, o el derecho de abolorio.

VI. SUPERACIÓN DE UNA PRETENDIDA DIALÉCTICA DISYUNTIVA Y EXCLUYENTE ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Aun cuando la pronta redacción de la Compilación de Huesca pudiera ser la raíz de la oposición que en Aragón se presentó a la recepción del derecho romano-canónico, no podemos obviar que el derecho romano tuvo en Aragón la consideración de razón escrita, circunstancia que le otorgaría una incidencia nada desdeñable y una penetración más que profunda[163]. Tal situación, paradójica cuando menos, permite vislumbrar una cierta pugnacidad entre el derecho popular, por un lado, y el derecho erudito, por otro[164].

Si a ello añadimos la influencia de las Observancias, podemos sostener la incidencia del derecho romano-canónico en el derecho aragonés[165], pues, aun careciendo estas de un valor oficial, su prestigio y aplicación en la práctica les conferirá un rango relevante en la trayectoria del ordenamiento jurídico aragonés[166].

Para constatar y dar fuerza al planteamiento apuntado, estableceremos, por un lado, una comparación de algunos de los caracteres que han venido informando históricamente, tanto al derecho romano como al derecho civil aragonés, al objeto de entretejer las debidas conexiones; y en un segundo apartado procederemos a revisar algunas instituciones jurídicas representativas de ambos ordenamientos jurídicos a los fines de señalar concomitancias y divergencias.

Comenzaremos por subrayar algunas notas características del derecho romano y las pondremos en conexión con las propias del derecho civil aragonés:

a) El *civis romanus* sintió pasión por el derecho, puesto que Roma halló en el derecho un aliado de excepción en la solución de los problemas a medida que se planteaban; del mismo modo, Aragón cuenta entre sus sellos de identidad el derecho, pues como es bien sabido, en palabras de Joaquín Costa, "*Aragón no se define por la guerra sino por el Derecho: todo él es una Academia de Jurisprudencia…*"[167].

b) Tanto en Roma como en Aragón la tradición cuenta con una importancia significativa, lo que en el ámbito del derecho se traduce en el respeto y observan-

cia de la costumbre. Ambos ordenamientos jurídicos se han nutrido del derecho consuetudinario: el derecho romano recogió las costumbres de los antepasados en la Ley de las XII Tablas[168], en tanto que el derecho aragonés procede directa o indirectamente de la costumbre[169], hasta el extremo de conservar hoy la costumbre como fuente jurídica[170] y ser esta, en ocasiones, el germen de muchas de las instituciones jurídicas reguladas[171].

c) El derecho romano y el derecho aragonés constituyen un sistema orgánico y completo de derecho privado, centrado principalmente en el derecho de la familia y de las sucesiones[172], sin perjuicio de la proyección del derecho romano al derecho público[173].

d) Roma consagra el principio de libertad del individuo como antídoto frente a la arbitrariedad del poder público[174], y así establece en su sistema jurídico un engarce que gravita en torno al trípode integrado por el individuo, la libertad y el derecho privado[175].

Por su lado, en el derecho aragonés la libertad individual encuentra acogida en el famoso adagio *standum est chartae*[176], expresión de la soberanía popular[177] y principio informador por antonomasia del ordenamiento jurídico aragonés, cuya interpretación ha planteado controversia[178], hasta el punto de llegar a plantear que la finalidad prioritaria del aforismo sería ejercer de freno frente a la aplicación sistemática del derecho romano (en su cualidad de razón escrita) por parte de los jueces[179]. En todo caso, la reverencia que el derecho aragonés efectúa al mencionado apotegma no resulta ilimitada[180], aunque su limitación constituya la excepción, frente al respeto a la iniciativa jurídica individual y grupal ("*prohibido prohibir*") sobre el que se asienta todo el derecho aragonés[181].

Mutatis mutandis, el principio de libertad civil se halla presente en las diversas ramas del derecho romano (contratos, propiedad y demás derechos reales, sucesiones)[182].

e) El respeto a la libertad civil en el derecho civil aragonés refleja un arraigado individualismo[183], en una clara réplica del egoísmo disciplinado al que aludía Ihering respecto del derecho romano[184]. En ambos casos, bajo el poder corrector del interés común, lo que en el derecho aragonés se traduce en la conciliación entre los principios de libertad individual y de hermandad entre los hombres[185].

f) Unidad y conservación de la familia frente al posible exceso del ejercicio de la libertad civil, de tal manera que emerge el contrapeso de la estabilidad patrimonial y familiar para la conservación e indivisión de la propiedad familiar. No extraña, por tanto, la importancia concedida en Roma a la familia y a la herencia como instrumento este de la conservación de aquella, del mismo modo que el derecho aragonés se centra fundamentalmente en las instituciones fami-

liares y sucesorias orientadas al objetivo de la unidad y consistencia familiar, en aras de la conservación de la Casa aragonesa[186].

g) El *ius civile Romanum* era privativo y exclusivo del pueblo romano, y solo se aplicó a los ciudadanos romanos[187] hasta la *Constitutio Antonina* de Caracalla, razón por la cual surgirá el *ius gentium* para atender las relaciones jurídicas de los peregrinos; a su vez, el derecho aragonés participa de este carácter nacionalista[188] incluso como alegato de rechazo y oposición frente un *ius commune* más erudito y técnicamente superior[189].

h) Normativismo, nacido en Roma *ab initio* de la costumbre, sin perjuicio de su derivación posterior a través de la jurisprudencia y de los emperadores[190]; en Aragón deriva, por un lado, del pacto suscrito tradicionalmente entre el monarca y el reino[191] y, por otro, de la creación y aplicación de las Observancias.

i) Simplicidad, sencillez en las soluciones[192] y escasa legislación, criterios aplicables a ambos ordenamientos jurídicos, si bien por razones diferentes, puesto que en el derecho romano respondía a sus grandes dosis de pragmatismo[193], en tanto que en el derecho aragonés se debió principalmente a su carácter eminentemente popular[194].

j) Importancia de la doctrina, bien a través de la jurisprudencia romana –ciencia o conocimiento del derecho-, o por su huella en las Observancias en el derecho aragonés.

k) Valores extrajurídicos presentes en ambos ordenamientos, en ocasiones, principios informadores: en el derecho romano[195] *libertas*[196]*, fides*[197]*, bona fides*[198]*, iustitia*[199]*, aequitas*[200]*, humanitas*[201], *utilitas*[202]; en el derecho aragonés la libertad[203], buena fe[204], causa justa[205], equidad[206] y *fides* (presente en la raíz de la fiducia aragonesa).

Por otro lado, de una visión panorámica entre instituciones jurídicas del derecho romano y del derecho civil aragonés, podemos establecer concomitancias y divergencias.

Entre las similitudes podemos detectar que determinadas figuras del ordenamiento jurídico aragonés han tomado el modelo pergeñado por los juristas romanos y posteriormente delineado por los glosadores y posglosadores. Destacamos, a título de ejemplo: el derecho sobre las cosas y las acciones reales[207]; la noción y esencia del derecho de usufructo[208]; la usucapión y el justo título para usucapir[209]; el retracto[210]; las relaciones de vecindad[211]; las servidumbres y sus principios[212]; la tutela[213]; la curatela[214]; la prodigalidad[215]; la adopción[216]; la *adrogatio*[217], por su relación con la figura aragonesa del casamiento sobre bienes o acogimiento[218]; la fianza[219]; el enriquecimiento injusto[220]; la dación en pago[221]; las nociones de culpa, dolo y mala fe[222]; el derecho de retención[223]; la sustitución fideicomisaria[224]; el legado[225]; la indignidad para suceder[226]; el derecho de acrecer[227]; la delación hereditaria[228]; la colación[229]; las acciones de nulidad del testamento[230] y de peti-

ción de herencia[231]; el derecho de transmisión hereditario[232]; la preterición[233]; la partición hereditaria[234]; la conversión del testamento[235].

Todo ello no es óbice para que, aun así, se puedan señalar diferencias notables entre ambos ordenamientos jurídicos, lo que denota una sustantividad e identidad propia, sin perjuicio de la influencia ejercida por el derecho romano en el derecho civil aragonés.

En efecto, y sin ánimo exhaustivo, podemos enumerar las siguientes:

a) Notorio es el deslinde entre autoridad familiar aragonesa[236] y *patria potestas*.

b) El vigor de la junta de parientes[237], inexistente en el derecho común[238], salvo la conexión con el consejo de familia con funciones reducidas al ámbito tutelar.

c) El derecho aragonés asume la comunidad romana por cuotas, pero no desdeña tampoco la propiedad germánica o en mano común[239], extraña a la tradición romana.

d) Los pactos sucesorios del derecho aragonés constituyen un ejemplo de libertad civil[240], en tanto que el derecho común, por influjo del derecho romano, los prohíbe.

e) Particularísima es la legítima aragonesa[241], que no asume el modelo romano de legítima individual, sino que adopta la modalidad de legítima colectiva.

f) El gran protagonismo del testamento mancomunado[242] en Aragón, frente al carácter personalísimo del testamento romano y del derecho común, que lo prohíbe.

g) El reconocimiento *ex lege* en el derecho aragonés de la responsabilidad del heredero *intra vires*[243], sin tener que aceptar la herencia a beneficio de inventario.

h) La troncalidad[244] y su incidencia en materia sucesoria, al tratar de salvaguardar el destino de los bienes en función de la procedencia de los mismos.

i) El derecho de abolorio[245], expresión de los derechos de adquisición preferente para evitar la salida de los bienes de la familia, respetando su línea de procedencia.

VII. DERECHO ROMANO Y DERECHO CIVIL ARAGONÉS, PRESENTE Y FUTURO

Desde hace tiempo, uno de los retos que tiene ante sí el derecho civil español es la elaboración de un nuevo Código civil[246]. A tal fin, el derecho aragonés puede erigirse como modelo tras la confección del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA), que ha recurrido a la previa reforma parcial de las diversas ramas del derecho civil a través de la elaboración de leyes monográficas[247], que derogaban

sucesivamente la regulación correlativa comprendida en la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967.

Ante un prolongado periodo de tiempo en el que el derecho civil se ha visto acompañado por un proceso de descodificación, hecho que ha permitido encajar atinadamente los cambios sociales de calado producidos en muchos casos[248], parece que nos encontramos actualmente en el momento oportuno para recodificar el derecho privado, no solo en España (a nivel estatal y en los territorios con derecho civil foral o especial), sino también en Europa, ante la expectativa en este último caso de hacer realidad la confección y aprobación posterior de un Código civil europeo.

Con relación a este último reto, surge la ardua tarea de lograr la armonización y unificación del derecho privado europeo, del que forman parte tanto el derecho civil español como el derecho civil aragonés: el ingreso y pertenencia de España a la Unión Europea supone una modificación importante en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español, pues el ordenamiento jurídico comunitario pasa a formar parte de nuestro derecho y convive con él de conformidad a los principios de autonomía[249], eficacia directa[250] y primacía[251], en refrendo de la delimitación en las relaciones existentes entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos jurídicos nacionales[252].

Hemos de partir de la existencia de un derecho privado en la Unión Europea que, en lo que atañe al derecho civil, se traduce en una marcada tendencia a la europeización[253], ya sea por la vía de la armonización o, desde un plano mucho más ambicioso, de la unificación[254], en materias tales como las obligaciones y los contratos, el derecho de bienes, el derecho de la persona, o el derecho de la familia y de las sucesiones. Todo ello en aras de la construcción y consolidación de un derecho privado europeo, un proyecto que se encuentra en vías de concreción[255].

Es un hecho constatable que ha sido en el ámbito del derecho privado donde la unificación del derecho ha alcanzado un mayor avance[256], ante la posibilidad de encontrar algunos principios comunes. Sin embargo, la unificación total de los derechos, uno de los fines básicos sobre los que se asienta el derecho comparado, resulta un ideal de difícil alcance[257], frente el recurso a la armonización jurídica, que se presenta como un proyecto más realista y factible, como un proceso previo a la unificación del derecho. Y es que, ineludiblemente, en una época actual[258] marcada por el post-positivismo, se ha de comenzar identificando los elementos comunes y divergentes involucrados en la pretensión unificadora para que, una vez detectados, se puedan integrar en un derecho uniforme, tal cual si se tratara de un nuevo derecho natural integrado por principios afines (*ius commune*)[259], en una reedición, *mutatis mutandis* y, con las matizaciones pertinentes del caso, del *Ius commune* medieval[260].

Entre los métodos más conocidos para la armonización o unificación del derecho resaltamos, por supuesto, la legislación, aun cuando se pueda cuestionar si se trata del instrumento ideal al efecto[261], puesto que, amén de sus bondades, constituye un freno en la libertad de creación y desarrollo del derecho nacional y, además, requiere de modificaciones de ajuste y adaptación del derecho nacional a su realidad peculiar.

Junto a la legislación, habría que añadir la jurisprudencia como método unificador y armonizador del derecho, una experiencia ya conocida con antelación, por ejemplo, en algunos Estados federales con un derecho común (Suiza) o, incluso, entre los Estados independientes que cuentan con una legislación común en determinadas materias (caso de los países nórdicos mediante la suscripción de convenios, sobre todo, en sede de derecho internacional privado).

El derecho comparado adquiere en este escenario una nueva dimensión, que debe traspasar los predios internos de los ordenamientos jurídicos nacionales y enfilar su objetivo en un plano comparativo externo más ambicioso, cual es irradiar su influjo en el marco regional y continental[262], meta que podría realizarse por áreas particulares del derecho (contratos, daños, obligaciones, sociedades, familia).

En este sentido, el papel de la historia se magnifica ante cualquier proceso de unificación jurídica[263], y en el recorrido deberá ir acompañada del auxilio del derecho comparado, de manera que el método histórico-comparativo permitirá estudiar el derecho de los sistemas jurídicos implicados para crear las bases necesarias del futuro derecho unificado[264]. Aun así, tampoco resulta plenamente satisfactoria la propuesta inclusiva del método histórico-comparativo[265], si no se enfoca hacia una vertiente iuspositivista, puesto que la ausencia de este factor finalista lo torna insuficiente.

Ante el reto planteado, procede conformar un trípode integrado por la ciencia jurídica, la legislación (junto a la jurisprudencia) y la formación legal, sin prescindir del factor político-económico que se erigirá en el brazo ejecutor de toda iniciativa al respecto. Urge, por ende, la necesidad de una actuación conjunta de las instituciones políticas, la experiencia histórica y la ciencia jurídica[266].

Es ahí donde se sobredimensiona la utilidad del pensamiento jurídico romano que, gracias al método histórico-comparativo, permite incorporar un determinado sustrato ideológico racional en el ámbito jurídico (*ars iuris* o *Juristenrecht*). En todo caso, el papel del derecho romano en la importante tarea de elaborar los fundamentos del nuevo *ius commune* no ha de ser exclusivo ni excluyente, pues deberá contar también con el auxilio del derecho intermedio y moderno, así como del de otras ramas del derecho[267]. Y es que la construcción del futuro derecho privado europeo tiende a detectar los puntos convergentes y las bases comunes de su esencia[268], bajo un concepto de unidad[269] [270].

En este cometido unificador tendente a la consecución de un derecho supranacional el protagonismo de la ciencia jurídica moderna resulta determinante: se trata de detectar y seleccionar los principios jurídicos comunes de los distintos Estados de la Unión Europea[271], a los fines de superar el paulatino distanciamiento entre los diferentes derechos positivos nacionales tras un proceso codificador nacionalista.

Esta nueva cultura jurídica europea requiere un nuevo prototipo de jurista, capaz de superar el particularismo jurídico; de adaptarse a la nueva realidad europea poliédrica, globalizada y multifuncional[272] [273]; y de detectar cuáles son, a título de elemento y factor de cohesión, las raíces comunes de la familia romanística del derecho, mediante la identificación de las bases conceptuales susceptibles de combinar, conjugar y conciliar el presente, el pasado y el futuro[274].

En cuanto a la intervención de historiadores y comparatistas en el proceso de construcción del derecho privado europeo, podemos señalar que el recurso a la experiencia del *Ius commune* se empodera, puesto que no solo suministra instrumentos metodológicos para detectar elementos estructurales entre los diferentes sistemas jurídicos, sino que, a su vez, alumbra en la labor comparativa dirigida al encuentro de la solución más oportuna y conveniente en cada caso. Todo ello, claro está, sin pretender copiar literal y sistemáticamente soluciones pretéritas a situaciones actuales diferentes[275].

La ruta por recorrer en este proceso es ahora bien distinta, pues consiste en recuperar los elementos esenciales de una unidad jurídica que ha formado parte de la historia cultural europea[276]; se trata, en suma, de contar con la experiencia del *Ius commune* en la configuración de la columna vertebral del futuro Código de derecho privado europeo. Una experiencia traída a colación por el carácter universal[277] e intemporal[278] del *Ius commune*, como lo demuestra el hecho de que actualmente se dicten decisiones por los tribunales de la Unión Europea en las que su *ratio decidendi* acoge principios y valores propios del derecho romano y del *Ius commune*[279].

A tal fin, es conveniente partir del derecho europeo, más desde la perspectiva de la plasmación de una nueva ciencia jurídica europea, que desde la concepción de un nuevo sistema de normas[280], lo que conduce necesariamente a delimitar la verdadera función del *Ius commune* en la formación de una nueva ciencia jurídica europea.

Mutatis mutandis, podemos encontrar notas coincidentes entre la Unión Europea y la experiencia del *Ius commune*: a) una gramática común[281]; b) unos materiales jurídicos constructivos bastante similares[282]; c) unos valores políticos coincidentes, encarnados en el sistema democrático[283]; y d) unos principios jurídicos próximos y afines[284].

Y es que todo intento legislativo europeo uniformador que no refleje la identidad cultural europea nace capitidisminuido, al propiciar tantas interpretaciones

doctrinales y judiciales cuantos sean los sistemas jurídicos que integren el proyecto unificador[285]. Por ello, en este recorrido el derecho romano no debe contar con un cariz meramente instrumental, sino más bien fungir como un eslabón de unión en aras de la convivencia armónica entre las reglas antiguas y modernas del derecho privado[286].

Por tal razón y del mismo modo que desde el siglo XIII surgió en Europa la convicción de la existencia de un derecho común[287], podemos aspirar hoy, dada su necesidad y utilidad, a confeccionar una ciencia jurídica capaz de unificar el derecho privado común europeo. Difícilmente se puede unificar el derecho sin antes converger en cuanto al modo de pensar-repensar el derecho[288], con un jurista en su doble concepto de jurista e historiador[289], tarea en que la ciencia jurídica se reivindica[290] frente a la solución legislativa meramente política, gestora de un derecho burocrático y, por ende, ajena a una realidad fruto de su dilatada trayectoria histórica.

Europa no puede soslayar los tres pilares sobre los que se ha forjado el legado del derecho romano a lo largo de su historia, habida cuenta de que sobre ellos mismos se cimenta y, sin duda, se cimentará el nuevo derecho europeo de las sociedades democráticas más desarrolladas[291], a saber: a) concebir el derecho cual creación política autoritaria que formula y hace prevalecer sus postulados con pretensión de validez universal e igualitaria; b) enfocar su razón de ser como una creación espiritual capaz de gestar un patrimonio espiritual; y c) configurarse como el resultado de una creación técnica, atendida su verdadera connotación científica.

Así pues y, aunque pudiera parecer contradictorio, el reto que representa la construcción de un derecho común privado europeo reivindica más si cabe el protagonismo del derecho romano, al fungir como el verdadero nexo de los derechos forales, entre ellos el aragonés, y su principal baluarte de participación en el proceso de unificación jurídica europea.

En virtud de lo anteriormente señalado, procede reconducir la situación en la actualidad y, en lo que al ámbito del derecho concierne, abanderar el cuarto reencuentro del derecho romano con la historia[292], tras el acaecido incialmente con la civilización romana, seguido en el Medioevo, con los glosadores y comentaristas, y culminado en el siglo XIX, gracias al movimiento de la Pandectística alemana[293].

VIII. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

El planteamiento de una relación armónica, complementaria y, en modo alguno, excluyente entre el derecho romano y el derecho civil aragonés, lejos de representar una pérdida de identidad de este último, debe ser entendida, a nuestro juicio, como una apuesta y propuesta vigente en la actualidad con proyección al

futuro. Y ello a pesar de que, tradicionalmente, se considera a Aragón bastión refractario frente al derecho romano.

Sin embargo, no podemos pasar por alto que la interrelación entre los derechos romano y canónico en la Alta Edad Media constituye la expresión armónica de la cultura jurídica europea y el exponente de la identidad básica del orden ético-social, tanto de los pueblos europeos, como de los sectores creadores y difusores de la cultura.

A ello habría que añadir, además, el importante y decisivo papel de las Observancias en la historia y confección del derecho aragonés, puesto que a través de ellas se logra conservarlo, interpretarlo y clarificarlo, gracias a labor de los lugartenientes del Justicia de Aragón, avezados romanistas instruidos bajo el espíritu medieval de la Escuela de Bolonia, razón por la cual el derecho romano contará con un vehículo de romanización y de penetración propicio. Una vez más, pues, como demuestra este caso, la fuerza de los hechos se impondría a la pretendida y aparente postura oficial.

Tras la codificación civil europea, si bien se instaura un nuevo sistema de fuentes que deroga lo textos romanos vigentes, sin embargo, los nuevos Códigos civiles toman de aquellos textos el sistema y la teoría jurídica de base, de tal forma que tradicionalmente se ha considerado que el derecho romano constituye la base del derecho civil codificado de la Europa occidental, razón por la que sostenemos que la codificación no constituye el último respiro en la vigencia del derecho romano, sino todo lo contrario, toda vez que el *Ius commune* logrará penetrar en buena parte de ellos, hasta convertirse en la verdadera osamenta del derecho privado moderno.

En lo que al derecho aragonés respecta y, tras el Apéndice de 1925, la Compilación aragonesa de 1967 alcanza una perfecta síntesis y logra un justo equilibrio entre su original carácter popular y una alta calidad técnica y literaria, con una redacción muy depurada, y una sobriedad del lenguaje, dechados de concisión, precisión y eficacia.

En esta línea argumentativa podemos señalar que el derecho aragonés actual es el fruto de una trayectoria y evolución histórica en la que la incidencia romano-canónica constituye un ingrediente digno de consideración, lo que nos lleva a plantear una relación no excluyente, sino sincrética, entre el derecho romano y el derecho civil aragonés.

Con relación a uno de los retos que tiene ante sí el derecho civil español, cual es la elaboración de un nuevo Código civil, el derecho aragonés enarbola el modelo seguido en la confección del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA) mediante el sistema de reforma previa parcial de las diversas ramas del derecho civil a través de leyes monográficas, que luego se amalgaman armónicamente en un resultado de conjunto.

En cuanto al reto que plantea la codificación europea, el derecho civil aragonés no debe quedarse al margen, más aún si cabe cuando es un hecho notorio que ha sido en el ámbito del derecho privado donde la unificación del derecho ha alcanzado un mayor desarrollo. Frente a este desafío, se ha de comenzar identificando los elementos comunes y divergentes para que, una vez identificados, se puedan integrar en un derecho uniforme, contribuyendo a la formación de unas bases, cual si se tratara de un nuevo derecho natural integrado por principios afines (*ius commune*), en una reedición, *mutatis mutandis* y, con las matizaciones pertinentes, de la experiencia del *Ius commune* medieval.

Por ello, la reconsideración de la experiencia del *Ius commune* puede vigorizarse si el derecho europeo se concibe más bien como la plasmación de una nueva ciencia jurídica europea, y no tanto como un nuevo sistema de normas. De nuevo el derecho romano y el derecho civil aragonés se encontrarán a lo largo de su historia, en la medida que la ciencia jurídica europea y su sustrato eminentemente romanista constituirán en tal cometido un elemento común de apoyo imprescindible, sin que ello represente una pérdida de su esencia, pues, trayendo a colación al respecto las palabras del maestro Lacruz Berdejo, "*la readaptación de la solución histórica, es ella misma histórica*".

Esta es la tendencia que el derecho privado europeo ha de seguir en su proceso unificador, a partir del modelo representado por la ciencia jurídica europea, con raíces en una larga y profusa trayectoria histórica, mediante el rescate y puesta en valor de los principios e instituciones jurídicas que, tradicionalmente y con la necesaria actualización, han configurado uno de los cimientos sobre los que se ha erigido la civilización occidental[294], junto a la filosofía política griega y al código moral judeocristiano. Para ello habrá que esgrimir el blasón que en su momento representó el *Ius commune* respecto de la cultura jurídica occidental, de la que seguimos siendo recipiendarios hoy, transcurridos más de diez siglos desde su gestación.

IX. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- STJCE de 5 de febrero de 1963.
- STJCE de 15 de julio de 1964.
- STC de 12 de marzo de 1993.

. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO GARCÍA, R. (1989). *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*. Madrid: Civitas.

ALONSO LAMBÁN, M. (1954). Las formas testamentarias en la alta edad media de Aragón. *Revista de Derecho Notarial* nº 5-6, julio-diciembre, pp. 241-399.

— (1963). Apuntes sobre juristas aragoneses de los siglos XVI y XVII. *Anuario de Historia del Derecho español* XXXIII. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, pp. 40 y ss.

ALPA, G. (2003). Derecho privado europeo: bases establecidas y planes de acción. *Revista de Derecho Privado,* marzo-abril, pp. 224 y ss.

AMORÓS GUARDIOLA, M. (1976). Dos etapas en la evolución histórica del Derecho civil. En: *Libro Homenaje a R.M. Roca Sastre* Vol. 1. Madrid, pp. 493 y ss.

ARENDT, H. (1993). *La condición humana* (trad. R. Gil Novales). Barcelona: Paidós.

A.A.V.V. (Panero Gutiérrez, R). (2005). *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XXI. Catorce siglos de historia y catorce siglos de tradición*. Valencia: Tirant lo Blanch.

A.A.V.V. (Coord. CASTRESANA, A). (2018). *800 años de historia a través del Derecho romano*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

A.A.V.V. *Manual de Derecho civil aragonés*. (Dir. J. Delgado Echeverría). (2012). Zaragoza: El Justicia de Aragón.

BASEDOW, J. (1996). Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht - Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung. *ZEuP* 4, pp. 570 y ss.

BAYOD LÓPEZ, M.C. (2019). *El Derecho civil aragonés en el contexto europeo de Derecho privado. Evolución histórica y relaciones con el Derecho civil español*. Zaragoza: Institución "Fernando el Católico" (IFC).

BELLOMO, M. (1996). *L'Europa del diritto comune*. Roma: Il Cigno Galileo Galilei Ed. di Arte e Scienza.

BERNAD MAINAR, R. (2015). De la legítima romana a la reserva familiar germánica. *RIDROM*. Nº 14. Abril, pp. 1-63.

— (1995). Junta de parientes o autorización judicial: ex auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de octubre de 1992. *Revista de Derecho Civil Aragonés.* Año nº 1, Nº 1, pp. 137 y ss.

— (2001). *Curso de Derecho privado romano*. Caracas: Publicaciones UCAB.

— (2017). La fructífera experiencia del ius commune ante el apasionante reto de la unificación del derecho privado europeo. *RIDROM*. Nº 19. Octubre, pp. 243 y ss.

— (2019). Ius Romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia/equidad, emblema del Análisis Económico del Derecho (AED). *RIDROM*. Nº 22. Abril, pp. 72-101.

— (2018). El protagonismo de la doctrina y de la ciencia jurídica en la unificación del Derecho europeo de contratos. *RIDROM*. Nº 20. Abril, pp. 192 y ss.

— (1997). *La Junta de Parientes en el Derecho civil aragonés.* Zaragoza: El Justicia de Aragón.

— (2012). *Manual de historia del derecho*. Caracas: Publicaciones UCAB.

— (2016). La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno. *RIDROM*. Nº 17. Octubre, pp. 1-80.

— (2019). Hacia una versión convergente de los modelos tradicionales de transmisión de las cosas muebles. *RCDI* nº 774, pp. 1721-1778.

BERNAD SEGARRA, L.; BUIGUES OLIVER, G. (2008). *Las ideas jurídico-políticas de Roma y la formación del pensamiento jurídico europeo*. Valencia: Publicaciones Universidad de Valencia.

BERNAL, B.; LEDEZMA, J. (1986). *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas*. 3ª edición. México: Porrúa.

BETANCOURT SERNA, F. (1983). El espíritu del Derecho romano. *Anuario de Historia del Derecho español* nº 53, en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134436 (consultado con fecha 7/05/2020).

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): [En línea] http://www.derechoaragones.es

BIROCCHI, I. (2002). *Alla ricerca dell´ordine. Fonti e cultura giuridica nell´età moderna*. Giacchipelli: Torino.

— (2006). La formazione dei diritti patri nell´Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento, en Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX). *Atti del Convegno internazionale Alghero*, 4-6 novembre 2004 (a cura di Birocchi, I.; Matone, A). Roma: Viella, pp. 41 y ss.

BRETONE, M. (1979). Tradizione e unificazione giuridica in Savigny. *Le nuove frontiere del diritto*, 1, pp. 85 y ss.

— (2004). La storia del diritto romano e la romanistica come storia, en *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari: Laterza.

BROGINNI, G. (1998). Significato de la conoscenza storica del diritto per il giurista vivente, en (P. Caroni/G. Dilcher eds.). *Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia giuridica?* Köln/Weimar/Wien, pp. 59 y ss.

BUENO DELGADO, J.A. (2013). Los rescriptos imperiales como fuente del Derecho. *RIDROM* [on line]. 11-2013, pp. 378-435.

BUSSANI, M.; MATTEI, U. (1998). Alla ricerca del nucleo comune del diritto privato europeo, en *Studi in onore di Pietro Rescigno,* I. Teoria Generale e Storia del Diritto. Giuffrè: Milano, pp. 185 y ss.

— (2000). *Making European Law. Essays on the common core Project*. Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche. Trento: Università degli studi di Trento.

CALASSO, F. (1951). *Introduzione al diritto comune*. Catania: Giannotta.

CANNATA, C.A. (1996). *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*. Madrid: Tecnos.

— (1997). L´unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico, en *Vendita e trasferimento della proprietá nella prospectiva storico-comparatistica. Materiale per un corso di diritto romano*. A cura di Letizia Vacca. Giappichelli: Torino, pp. 3 y ss.

— (1997). Legislazione, prassi, giurisprudenza e dottrina dal XVIII al XX secolo come premesse per l´avvenire del diritto privato europeo, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall´età romana alle sperienze moderna. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo* III. Napoli: Jovene, pp. 11-47.

— (1999). Il diritto romano e gli attuali problemi d´unificazione del diritto europeo, en *Studi in memoria di G. Impallomeni*. Milano, pp. 47 y ss.

— (1990). Il diritto europeo e le codificazioni moderne. *SDHI* nº 56, pp. 390 y ss.
— (1976). *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea I*. Giappichelli: Torino.
CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. (1989). *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea II*, 4ª edición. Giappichelli: Torino.
CAPOGROSSI COLOGNESI, L. (2003). Gli *insegnamenti* storico-giuridici e gli orizzonti europei, *en La nuova giurisprudenza comentata*. 2003/2, pp. 1-15.
— (1998-1999). Diritto romano, diritti europei, storia della scienza giuridica e *la* didattica nelle nostre università. *Bullettino del´Ístituto de Diritto Romano* 40-41, 3, pp. 743-754.
CARAVALE, M. (2005). *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*. Bologna: Monduzzi, pp. 1-63.
CASAVOLA, F.P. (1994). Diritto romano e diritto europeo. *Labeo* nº 90, pp. 161-169.
CASTÁN TOBEÑAS, J. (1967). *Aragón y su derecho (Reflexiones ante la nueva Compilación civil)*. Zaragoza: Institución "Fernando el Católico", pp. 13 y ss.
CAVANNA, A. (1982). *Storia del diritto moderno in Europa*. Milano: Giuffrè.
CIURO CALDANI, M.A. (2003). *Lecciones de filosofía del Derecho privado (Historia)*. Rosario: Edit. Fundación para las investigaciones jurídicas.
COCKRELL, A. (1997). Studying Legal History in South Africa: The Lesson of Lot's Wife. *ZEuP* 5, pp. 438 y ss.
COING, H. (1962). Die Rezeption des römischen Rechts, in *Frankfurt a. M. Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte*, 2ª edición, Frankfurt.
— (1996). *Derecho privado europeo 1* (trad. Pérez Martín, A.). Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
— (1989). *Europäisches Privatrecht*, II,19. Jahrhundert, Uberblick liber die Entwicklung des Privatrechts in den ehemaligen gemeinrechtlichen Ländern, Múnich.
— (1979). Ius commune nationale Kodification und Internazionale Abkommen; Drei historischen Formen …, en *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell´unificazione*, Actas del Congreso Internacional de Bari, I, pp. 171 y ss.
COING, D.; SACCO, R. (1978). *New Perspectives for a Common Law of Europe*. Leyden/London/Sijthoff: Cappeletti, Publications of the European University Institute.
CORRAL LAFUENTE, J.L. (2000). *Historia contada de Aragón*. Zaragoza: Librería General S.A.
COSTA, J. (1981). *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*. Zaragoza: Guara editorial.
CUENA BOY, F. (2006). Derecho romano y dogmática. *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad (CIAN)* nº. 9, pp. 319 y ss.
DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas.
DE HOSPITAL, J. (1977). *Observancias del Reino de Aragón*. Zaragoza: CAI.
DE LA MATA, A. (2003). Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo. *Aranzadi Civil* nº 1, pp. 2077-2105.
DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1985). *Derecho Foral Aragonés*. Primer Encuentro de Jóvenes. Aragón 84. Albarracín, 16-30 julio. Zaragoza: Gobierno de Aragón, pp. 87-96.

— (1977). *El Derecho*, en *Los Aragoneses*. Colección Fundamentos 57. Madrid: Istmo, pp. 211-233.
— (1977). *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*. Zaragoza: Alcrudo Editor.
— (1988). *El "Vidal Mayor"*, en *Aragón en el Mundo*. Zaragoza: CAI.
— (2012). *Manual de Derecho civil aragonés*. *Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 4ª ed. Zaragoza: El Justicia de Aragón.
— (2011). Retos de la dogmática española en el primer tercio del siglo XXI, *Retos de la dogmática española*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 53 y ss.
— (1988). Comentario al artículo 1 de la Compilación aragonesa, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*. Tomo I (dir. Lacruz Berdejo, J.L.). Zaragoza: Diputación General de Aragón, pp. 99 y ss.
— (2005). *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón (1880-1925)*. Tomos I y II. Zaragoza: Institución "Fernando el Católico" (IFC).
DÍEZ-PICAZO, L. (1959). El sentido histórico del Derecho civil. *RGLJ* 39, pp. 631-642.
D´ORS, A. (1950). Ius europeaum, L´Europa e il diritto romano, en *Studi in memoria di Paolo Koschaker*, I. Milano.
DOMINGO OSLÉ, R. (2004). La jurisprudencia romana, cuna del Derecho. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* Nº 81, 2. Madrid. 2004, pp. 371 y ss.
DURÁN GUDIOL, A. (1988). *Los condados de Aragón y Sobrarbe*. Zaragoza: Guara Editorial S.A.
ESCUDERO LÓPEZ, J.A. (2012). *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*. 4ª ed. Madrid: Edisofer.
FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (1992). *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
— (1990). Revitalización de la idea de un derecho común europeo. *Revista de Estudios histórico-jurídicos*. Valparaíso. 1989-1990, pp. 171 y ss.
— (2000). La dimensión político-cultural del humanismo jurídico. *SCDR* n° 12, pp. 69 y ss.
FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (1998). Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión europea. *SDHI* n° 64, pp. 532 y ss.
— (2008). Ciencia jurídica europea y derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Common Law. Civil Law. *Religión y cultura*, nº 245-246, pp. 401-438.
— (2014). La recepción del Derecho romano en Europa. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n° 41, pp. 4-13.
— (2011). *Fundamentos de Derecho Romano*. Madrid: Centro de Estudios Financieros S.L.
— (2019). *Derecho Público Romano*. Navarra: Dykinson.
— (1998). Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión europea. *SDH*I n° 64, pp. 532 y ss.
FERRAJOLI, L. (1996). Scienze giuridiche, en STAIANO, C. *La cultura giuridica del Novecento*. Roma-Bari: Lasterza, pp. 559 y ss.
FONT RIUS, J.M. (1967). La recepción del Derecho romano en la Península Ibérica durante la Edad Media. *Recueil de memoires et travaux*. Montpellier (6), pp. 85-104.

FUENTESECA, P. (1988). La recepción de la idea imperial en la Edad Media española y sus raíces romanas, en *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)*. Tomo II. Madrid, pp. 747-772.

— (2009). *Estudios de Derecho romano*. Madrid: Fundación Registral.

GALGANO, F. (2005). *La Globalización en el espejo del derecho*. Santa Fe: Rubinzal.

GAMBARO, A.; SACCO, R. (1996). *Sistemi giuridici comparati*. Torino: Giappichelli.

GARCÍA GALLO, A. (1980). El Derecho local y el común en Cataluña, Valencia y Mallorca, en *Diritto comune e Diritti locali nella storia dell´Europa*. Atti del convegno di Varenna (12-15 giugno 1979). Milano: Giuffrè, pp. 229 y ss.

— (1982). *Manual de historia del derecho español I*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones S.A.

GIARO, T. (2005). Diritto romano attuale. Mappe mentali e strumenti concettuali*,* en *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva.* Roma: Carocci.

GORLA, G. (1981). *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Milano: Giuffrè.

GROSSI, P. (1996). Modelli storici e proggetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo. *Rivista Diritto Civile*. I, pp. 281 y ss.

— (2011). *L´Europe du droit*. Seuil. Coll. Faire l´Europe, pp. 81 y ss.

HAFERKAMP, H.P. (2004). *Geor Friedrich Puchta und die begriffsjurisprudenz*. Frankfurt a.M.

HALPERIN, J.L. (2000). L´approche historique et la problématique du ius commune. *Revista International de Droit Comparé*. Volumen 52 nº 4, pp. 717-731.

HERNÁNDEZ GIL, A. (1987). *El concepto de Derecho civil*. Obras Completas I. Madrid: Revista de Derecho Privado.

HINOJOSA MONTALVO, J.R. (2000). Los judíos en la España medieval: de la tolerancia a la expulsión, en Mª de los Desamparados Martínez San Pedro (ed.). *Los marginados en el mundo medieval y moderno*. Almería: Instituto de Estudios Almerienses, pp. 25-41.

IHERING, R. (1983/1998). *El espíritu del derecho romano.* Granada: Comares.

ISAAC, G. (1991). *Manual de derecho comunitario general* (2ª ed. aumentada y puesta al día por RAMOS RUANO, G.L.). Barcelona: Ariel Derecho.

ISÁBAL, M. (1926). *Sobre el Apéndice Foral Aragonés*. *Revista de Derecho Privado*. Año XIII, nº 150. Madrid, pp. 83-92.

KOHLER, J. (1913). Huber und das schweiser Zivilgesetzbuch, *RheinZ* n° 5, pp. 1 y ss.

KOOPMANS, T. (1992). Hacia un nuevo ius commune, en *The common law of Europe and the future of legal education. Le Droit commun de l´Europe et l´avenir de l´enseignement juridique*. Deventer/Cambridge.

KOSCHAKER, P. (1955). *Europa y el Derecho romano*. Madrid: Rev. de Derecho Priv.

— (1966). *Europa und das Römische Recht*. Munich: Beck.

KUNKEL, W-J. (1994). *Historia del Derecho romano*. Barcelona: Ariel.

— (1937, 1966). *Derecho privado romano* (trad. 2ª edición). Barcelona: Labor.

— (1972). The reception of Roman Law in Germany: an interpretation*,* en *Pre-reformation Germany*. Londres: G. Strauss.

— (1990). *Römischen Rechtsgeschichte*. 12ª edición. Köln-Wien.

LABRUNA, L. (2000). Ius europaeum commune, en *Quaestiones iuris Festschrift J.W. Wolf*. Berlín, pp. 151 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1945). Contribución a la metodología del Derecho privado en Aragón. *Anuario de Derecho Aragonés* II, pp. 103-136.

— (1946). El régimen matrimonial de los fueros de Aragón. *Anuario de Derecho Aragonés* III, pp. 15 y ss.

— (1992). *Las Concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil*. Estudios de Derecho privado común y foral I. Barcelona: Boch (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Año 1974, pp. 289 a 302).

LALINDE ABADÍA, J. (1970). *Iniciación histórica al derecho español*. Barcelona: Ariel, pp. 168 y ss.

— (1972). La presencia visigoda en el derecho aragonés. *Anuario de Historia del Derecho Español*. Tomo XLII. Madrid, pp. 645 y ss.

— (1977-19789. Situación del derecho romano en el sistema jurídico aragonés. *Revista de Historia del Derecho*. Volumen II. Homenaje al profesor M. Torres López. Universidad de Granada, pp. 169-188.

— (1985). *Los Fueros de Aragón*. Zaragoza: Librería General.

— (1985). El Derecho común en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón. *Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común*. Murcia. 26/28 de marzo, pp. 145-178.

— (1988). Derecho y fuero, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (dir. J.L. Lacruz Berdejo). Zaragoza: Gobierno de Aragón, pp. 11-88.

— (1989). *Perfil histórico de la foralidad aragonesa*. Conferencia (4 de abril de 1989). I Ciclo de Aproximación al Derecho aragonés. Colectivo Universitario de Cultura Aragonesa, pp. 35-42.

— (1993-1994). El modelo jurídico europeo del siglo XIII. *RHDE* núms. 5-6. Instituto de Derecho común europeo. Universidad de Murcia, pp. 17 y ss.

— (1998). Equitas, Dreito y Drecho en el Reino de Aragón, en *Los Fueros de Teruel y Albarracín*. Actas de las Jornadas de Estudio celebradas en Teruel y Albarracín los días 17, 18 y 19 de diciembre, pp. 7-16.

LÓPEZ AZCONA, M.A. (2018). La europeización del Derecho civil: crónica de un proyecto inconcluso. *Actualidad jurídica iberoamericana* nº 8, pp. 475-542.

LÓPEZ GONZÁLEZ, G. (2004). Carlomagno y la tradición cristiana de Europa según Christopher Dawson. *Mar Oceana* nº 17, pp. 57-66.

LÓPEZ SUSÍN, J.I. (2006). El Derecho aragonés. Una constante en nuestra identidad, en *Aragón puertas abiertas* (Coord. José Luis Acín). Barcelona: Lunwerg.

LORENTE SANZ, J.; MARTÍN-BALLESTERO, L. (1944). *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*. Zaragoza: Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, pp. 41-45.

MALINTOPPI, A. (1967-1968). Les relations entre l´unification et l´harmonisation du droit et la technique de l´unification ou de l´harmonisation par la voie d´accords internationaux. *Annuaire Unidroit*, pp. 43-67.

MANTELLO, A. (2002). Ancora sulle Smanie "romanistiche". *Labeo* 48 nº 1, pp. 7-36.

— (2000). Di certe smanie "romanistiche" attuali, en *Diritto romano attuale* IV, pp. 37 y ss.

MARELLA, M.R. (2004). La funzione non sovversiva del diritto privato europeo, *Harmonisation Involves History?* (O. Troiano, G. Rizzelli, M.L. Miletti). Milano: Giuffrè, pp. 203 y ss.

MARINI, G. (1960). *L´opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tudesco*. Milano: Giuffrè.

MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, L. (1944). *La casa en el Derecho aragonés*. Zaragoza: Estudios de Derecho Aragonés.

MARTÍNEZ DÍEZ, G. (1980). En torno a los Fueros de Aragón de las Cortes de Huesca de 1247. *Anuario de Historia del Derecho Español* nº 50, pp. 69-72.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. (2016). Ius commune*, Utrumque ius: Tiempos de Derecho único, tiempos de juristas*. *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 13, pp. 371-423.

MAYER-MALY, T. (1997). Antike Elemente in der allgemeinen Rechtslehre des Decretum Gratiani, en *Richerche Gallo* III. Napoli, pp. 211-217.

MERCOGLIANO, F. (2005). Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo. *Index* 33, pp. 83 y ss.

MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (1978). *Aragón y su Derecho*. Zaragoza: Guara editorial.

— (1997). Influencia del pensamiento de Costa en el moderno Derecho aragonés, *Jornadas "El pensamiento de Joaquín Costa"* 10-16 septiembre 1996. Monzón. Huesca: CEHIMO.

— (1990). *Joaquín Costa y el derecho consuetudinario aragonés*. Madrid: Fundación Matritense del Notariado.

MOLHO, M. (1959-1960). Difusión del Derecho pirenaico en el reino de Aragón. *Boletín de la Academia de Buenas Letras de Barcelona* nº 28, pp. 265-352.

MOLITOR, E.-SCHLOSSER, H. (1982). *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*. (trad. Martínez Sarrión). Barcelona: Bosch.

MONASTERI, P.G.; GIARO, T.; SOMMA, A. (2005). *Le radici communi del diritto europeo, Un cambiamento di prospettiva*. Roma: Carocci, pp. 19 y ss.

MORALES ARRIZABALAGA, J. (2003). La intervención de la Corte del Justicia y las Cortes del reino en la reformulación del Fuero de Aragón. *Cuarto Encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón. Zaragoza, 16 de mayo de 2003*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, pp. 133-153.

— (1994). Formulación y hermenéutica de la foralidad aragonesa (1247-1437). Estudios de Derecho Aragonés. Zaragoza: Cuadernos cultura aragonesa, pp. 69-92.

MORELLI, G. (2003). *Dal diritto comune ai codici*. 2ª edición. Bologna: Bonomo.

MOREU BALLONGA, J.L. (2007-2008). El apéndice foral aragonés de 1925 y encrucijadas del Derecho civil y de la cuestión territorial en España. *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos* nº 15, pp. 81-24.

NADAUD, S. (2007). *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*. Thèse Limoges nº 466.

NICHOLAS, B. (1987). *Introducción al Derecho Romano*. Madrid: Civitas.

NÖRR, K.W. (1994). Das römische Recht zwischen Tecnik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts, en *Zeistchrift für europäisches Privatrecht* I, pp. 67 y ss.

— (1995). Zur romanistichen Tradition im modernen Europa, *Index* XXIII. Napoli: Jovene, pp. 55 y ss.

OLIVIER-MARTIN, M. (1925). *La coutume de Paris: trait d´union entre le droit romain et les législations modernes*. Paris.

OPPETIT, B. (2003). *Retour à un droit commun européen*, en *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*. Paris: Société du Législation Comparée. Collection Droit privé comparé et européen, pp. 15 y ss.

PARICIO, J. (1992). *Historia y fuentes del Derecho Romano*. 2ª edición refundida. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

— (2001). *El derecho romano en la encrucijada*. Madrid: El Faro.

— (2010). *El legado jurídico de Roma*. Madrid: Marcial Pons.

PARICIO, J., FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2014, 2017). *Historia del Derecho romano y su recepción europea*. Madrid: Marcial Pons.

PARRA LUCÁN, M.A. (2002). Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa. *Actualidad Civil* n° 3, pp. 1163 y ss.

PASA, B. (2012). Crónica de Derecho privado europeo. *Anuario de Derecho Civil* nº LXV, fasc. 1, pp. 1309 y ss.

PASQUAU LIAÑO, M. (1994). *Código civil y ordenamiento jurídico (otra reflexión sobre el devenir del Derecho civil)*. Granada: Comares.

PAU PEDRÓN, A. (2004). *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*. Madrid: Cuadernos de Derecho Registral, pp. 9-17.

PÉREZ MARTÍN, A. (1995). El Derecho común y la Unión Europea. *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia* nº 13. Murcia, pp. 183 y ss.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. (2006). La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 14, pp. 201 y ss.

— (2013). *El proceso de modernización del derecho contractual europeo*. Madrid: Dykinson.

PLANITZ, H. (2019). *Principios de derecho privado germánico*. Santiago de Chile: Olejnik.

PUGLIESE, G. (1994). Aspetti del diritto comune europeo, en *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino* Gorla*,* II*,* Milano*,* pp. 178 y ss.

RAINER, M. (2004). *Corso di sistemi giuridici comparati*. Torino: Giappichelli.

RANIERI, F. (2015). Hacia los orígenes del derecho civil europeo. Algunas observaciones sobre las relaciones entre pandectística alemana y doctrina civilista italiana en materia de negocio jurídico. *Revista Derecho Privado* n° 28. Enero-junio, pp. 13-43.

REMIRO BROTONS, A.; RIQUELME CORTADO, R.; ORIHUELA CALATAYUD, E.; DÍEZ HOCHLEITNER, J.; PÉREZ PRAT DURBÁN, L. (1997). *Derecho internacional*. Madrid: McGrawHill.

REMY, P. (2003). *Les concepts contractuels français à l´heure des Principes du droit éuropéen des contrats. (Thèmes et commentaires)*. Paris: Dalloz.

REOUX-ZAGAME, M.F. (1990). La méthode du droit commun; réflexions sur la logique des droits codifiés. *Revue d´histoire des Facultés de droit et de science juridique*, nº 10-11, pp. 133 y ss.

RESCIGNO, P. (2004). Lo "schuldrecht" del códice civile tedesco: l´esperienza di un secolo, *A l'Europe du troisième millenaire. Mélanges offerts à G. Gandolfi à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, I. Milano: Giuffrè, pp. 137 y ss.

ROBLES VELASCO, L.M. (2010). El futuro Código europeo de contratos, ¿Una nueva recepción? *RIDROM* n° 4, pp. 56 y ss.

ROCA Y TRÍAS, E. (1978). El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles. *Anuario de Derecho Civil* 2, pp. 227-286.

ROGEL VIDE, C. (2010). *Derecho civil. Método y Concepto*. Madrid: Reus.

SAVALL Y DRONDA, P.; PENÉN Y DEBESA, S. (1991). Discurso Preliminar, *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*. Zaragoza (facsímil, dir. Delgado Echeverría, J.).

SCHIAVONE, A. (1994). *Linee di storia del pensiero giuridico romano*. Torino: Giappichelli.

SCHIPANI, S. (1983). *Derecho romano. Codificación y unificación del derecho. Instituciones*. (trad. Hinestrosa, F.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SCHULZ, F. (2000). *Principios del Derecho Romano*. Madrid: Civitas.

SERRANO GARCÍA, J.A. (1991). Panorámica del Derecho civil aragonés. *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*. Año XXXI, nº 123. Octubre, pp. 63 y ss.

— (1998). Apuntes sobre la codificación del Derecho civil aragonés, en *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho* nº 12, Donostia, pp. 93-114.

SOLIDORO MARUOTTI, L. (2001). *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I. Dal crollo dell´Imperio romano d´Occidente alla formazione del ius commune*. Torino: Giappichelli Editore.

— (2003). *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*. Torino: Giappichelli Editore.

SORDI, B. (Coord.). (2002). *Codici. Una rifflessione di fine millennio*. Milano, pp. 263 y ss.

STEIN, P. (2001). *El Derecho romano en la historia de Europa*. Madrid: Siglo XXI España Editores.

TÁCITO, C.C. *Germania (De origine et situ Germanorum)*, https://onemorelibrary.com/index.php?option=com_djclassifieds&format=raw&view=download&task=download&fid=6642 (consultado con fecha 18/04/2020).

TALAMANCA, M. (2001). L´Antichità e i diritti dell´uomo, en *Convenzione del Consiglio di Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali in onore di Paolo Barile*. Atti dei Convegni Lincei. Roma, pp. 41 y ss.

— (1990). Le Istituzioni fra diacronia e sistema. *Index* 18, pp. 25-36.

TORRENT RUIZ, A. (2007). *Fundamentos del Derecho europeo*. *Ciencia del Derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*. Madrid: Edisofer.

— (2015). La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del derecho europeo. SDHI 81, pp. 469-514.

— (2002). *Derecho público romano y sistema de fuentes*. Zaragoza: Edisofer.
— (1988). El Derecho romano como instrumento para la crítica del Derecho positivo. *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*. Volumen I, pp. 753 y ss.
— (2012). El derecho musulmán en la España medieval. *RIDROM* nº 8. 2012, pp. 143-227.
— (2017). Una aproximación a la legislación visigótica hispana. *RIDROM* nº 18, pp. 1-61.
TORRES AGUILAR, M. (2016). *Manual de historia del derecho*. Madrid: Tecnos.
TROMPENAARS, B.W.M. (1989). Pluriforme unificatie en uniforme interpretatie*,* In *het bijzonder de bijdrage van Uncitral aan de internationale unificatie van het privaatrecht*. Kluwer: Deventer.
VACCA, L. (2000). *l precedenti e i responsi dei giuristi*, en *Lo style della sentenza e l´utilizzazione dei precedenti*. Torino: Giappichelli, pp. 37 y ss.
— (200&). Diritto europeo e indagine histórico-comparatistica*,* en *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Atti del Convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004 (Birocchi, I.; Matone, A). Roma: Viella, pp. 541 y ss.
— (2004). *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, en *Harmonisation Involves History? Il diritto europeo al vaglio della comparazione e della historia*. Milano: Giuffrè.
VALDITARA, G. (2005). Note per un diritto del XXI secolo*. Index* nº 33, pp. 79 y ss.
VALENZUELA LA ROSA, J.; SANCHO DRONDA, J.J. (1946). El Apéndice Foral a través de la Jurisprudencia. *Anuario de Derecho Aragonés* III, pp. 375-462.
VAQUER ALOY, A. (2002). La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo. *La Ley* nº 5535, 2 de mayo, pp. 1603-1605.
VICENTE Y GUERRERO, G. (2016). Fundamentación jurídica de los decretos de conquista de 1707. La reacción de los juristas aragoneses: Diego Franco de Villalba y su crisis legal. *AHDE* LXXXVI, pp. 351-383.
VILLEY, M. (2003). *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: Leviathan.
WESENBERG, G.; WESENER, G. (1998). *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (trad. J.J. de los Mozos). Valladolid: Lex Nova.
— (1964). Aufstieg, Blütte und Crisis der Kodifikationsidee, en *Festschrift Boehmer*. Bonn, pp. 34 y ss.
WIEACKER, F. (1967). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2ª ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
— (2000). *Historia del Derecho privado en la Edad moderna*. Granada: Comares.
— (1959). Humanismus und Rezeption, en *Gründer und Bewahrer*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
WIJFFELS, A. (2005). Qu´est-ce que le ius commune?, en *Le Code civil entre ius commune et droit privé éuropéen*. Louvain-la-Neuve: Bruylant, pp. 643-661.
WINDSCHEID, B. (1987). *Tratado de Derecho civil alemán*. Tomo I. Volumen I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
ZIMMERMANN, R. (2010). *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
— (2009). *Europa y el derecho romano*. Madrid: Marcial Pons.

— (2007). Le droit comparé et l´européanisation du droit privé. *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDC)*, pp. 451-483.
— (1992). Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit. *Juristenzeitung*, pp. 8-20.
— (1990). *The Law of obligations. Roman Foundations of civilian Tradition*. Cape Town-Wetton-Johannesburg: Juta&Co Ltd.
— (1996). *The Law of obligations*. Chapter 9: Emptio Venditio II. 2.ª ed. Oxford: Clarendon Press.
— (1991). Usus hodiernus Pandectarum, in *Europäishe Rechts und Verfassungsgeschichte*: *Ergebnisse und Perspektiven der Forschung* 61 (a cura di Schulze, R.), pp. 70 y ss.
— (1995). Codification: history and present significance of an idea, en *European Review of Private Law (ERPL)*, pp. 95-120.
— (1994/1995). Civil Code and Civil Law-The europeanization of private law within the European Community and the reemergence of a European legal science. *Columbia Journal of European Law* nº 1, pp. 63 y ss.
— (1993). Der europäische Charakter des engischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, pp. 4-51.
— (2000). *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. Vaquer Aloy, A.). Madrid: Civitas.
— (2008). *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (trad. Arroyo, E.). Barcelona: Bosch.
ZWEIGERT, K; KÖTZ, H. (2002). *Introducción al Derecho comparado*. México: Oxford. University Press.

NOTAS

[1] DELGADO ECHEVERRÍA, J. *¿Es el Derecho la esencia del ser aragonés?* Zaragoza: El Justicia de Aragón, pp. 89-106.

[2] Artículo 1, 3 del Estatuto de Autonomía de Aragón (Reformado por L.O. 5/2007, de 20 de abril).

[3] DURÁN GUDIOL, A. (1988). *Los condados de Aragón y Sobrarbe*. Zaragoza: Guara Editorial, p. 97.

[4] Videndum Observancia 2ª. (1865). *Observancias del Reino de Aragón*. Zaragoza: Imprenta y Librería de Vicente Andrés, p. 33, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): http://www.derechoaragones.es (consultado 8/04/2020). Sobre el particular, MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (1978). *Aragón y su Derecho*. Zaragoza: Guara editorial, pp. 35 y ss.

[5] LALINDE ABADÍA, J. (1985). *Los Fueros de Aragón*. Zaragoza: Librería General, p. 17.

[6] DURÁN GUDIOL, A. Op. Cit., p. 287.

[7] Sobre la figura del Rey, DURÁN GUDIOL, A. (1978). *Ramiro I de Aragón*. Zaragoza: Guara Editorial.

[8] LALINDE ABADÍA, J. (1970). *Iniciación histórica al Derecho español*. Barcelona: Ariel, pp. 237-239; (1985). *Los Fueros de Aragón*. Zaragoza: Librería General, pp. 21 y ss.

[9] En torno a la foralidad militar aragonesa y el mito de los Fueros de Sobrarbe como soporte ideológico, LALINDE ABADÍA, J. (1989). Perfil histórico de la foralidad aragonesa. Conferencia (4 de abril). *I Ciclo de Aproximación al Derecho aragonés*. Colectivo Universitario de Cultura Aragonesa, pp. 35-42.

[10] LALINDE ABADÍA, J. (1977-1978). Situación del derecho romano en el sistema jurídico aragonés. *Revista de Historia del Derecho*. *Volumen II. Homenaje al profesor M. Torres López.* Universidad de Granada, pp. 173-175.

[11] LALINDE ABADÍA (1970). *Op. Cit*., p. 186.

[12] PARICIO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2014). *Historia del derecho romano y su recepción europea*. Madrid: Marcial Pons, pp. 157, 202.

[13] LALINDE ABADÍA, J. (1985). El Derecho común en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón. *Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común*. Murcia. 26/28 de marzo, p. 44.

[14] En cuanto a la distribución territorial y administrativa de la época visigoda, *comites*, *loca*, *pagi*, *domus*, *villae*, DURÁN GUDIOL, A. (1988). *Op. Cit*., p. 12.

[15] LALINDE ABADÍA, J. (1970). *Op. Cit*., p. 120.

[16] LACRUZ BERDEJO, J.L. (1945). Fueros de Aragón hasta 1265. *Anuario de Derecho Aragonés*, p. 223; (1946). El régimen matrimonial de los fueros de Aragón. *Anuario de Derecho Aragonés* III, p. 35.

[17] En este sentido, ALONSO LAMBÁN, M. (1954). Las formas testamentarias en la alta edad media de Aragón. *Revista de Derecho Notarial* números 5-6, julio-diciembre, pp. 241-399.

[18] Algunos autores afirman que los posibles vestigios del *Liber Iudiciorum* en el derecho aragonés responderían más bien a modificaciones habidas en su redacción original efectuadas por los juristas de los siglos XII y XIII. Así lo señala MOLHO, M. (1959-1960). Difusión del Derecho pirenaico en el reino de Aragón. *Boletín de la Academia de Buenas Letras de Barcelona* nº 28, pp. 265-352.

[19] LALINDE ABADÍA, J. (1972). La presencia visigoda en el derecho aragonés, en *Anuario de Historia del Derecho Españo*l. Tomo XLII. Madrid, pp. 645 y ss.

[20] *Liber Iudiciorum* VI,2,3; Fuero Juzgo VI,2,2 – Fuero de Jaca par. 290 (redacción aragonesa siglo XIII. Ed. MOLHO. Zaragoza, 1964).

[21] *Liber Iudiciorum* VII,2, 15 y 16; Fuero Juzgo VII,2,15 y 16 – Fuero de Jaca red. B 212; red. E, 149; red. B 211; red. E 148.

[22] *Liber Iudiciorum* VII,4,3; Fuero Juzgo VII,4,3 – Fueros de Aragón (ed. TILANDER) 292; (ed. LACRUZ-BERGUA) 288; (ed. latina) lib. IX.

[23] *Liber Iudiciorum* II,5,11; IV,3,4 – Fueros de Aragón (ed. LACRUZ-BERGUA) 232. Una mayoría de edad que se incrementará a los 20 años en el Fuero Juzgo (IV,3,3) y en el Fuero Real (III,7,1), frente a los 25 años requeridos en el derecho romano para adquirir la condición de *maior* (D. 2,8,8,2; D. 4,4,1 pr.,1-2; D. 4,4,11,5; D. 4,4,17; D. 4,24,1-2; D. 22,6,9 pr.; CTh 2,17,1; *Codex* 2, 23, 2; *Codex* 2,41,1; *Codex* 2,44,1-4; *Codex* 5,59,4), criterio adoptado en las Partidas (VI,16,13).

[24] Comunidad "Dum cuiscumque" – Lib. V Fueros de Aragón, presunción de muebles por sitios.

[25] *Liber Iudiciorum* II,5,14 – ALONSO LAMBÁN, M. (1954). *Op. Cit*., p. 331.

[26] *Liber Iudiciorum* V,5,2; Fuero Juzgo V,5,2 – Fueros de Aragón (ed. TILANDER) 181; (ed. LACRUZ-BERGUA) 179; Fuero de Jaca, 234 (redacción aragonesa).

[27] Al respecto, BERNAD MAINAR, R. (2015). De la legítima romana a la reserva familiar germánica. *RIDROM* 14, pp. 1-63.

[28] PLANITZ, H. (2019). *Principios de derecho privado germánico*. Santiago, Chile: Olejnik, pp. 133 y ss.

[29] PLANITZ, H. (2019). *Op. Cit*., pp. 273 y ss.

[30] PLANITZ, H. (2019). *Op. Cit*., pp. 342 y ss.

[31] TÁCITO, C.C. *Germania (De origine et situ Germanorum)* 19, https://onemorelibrary.com/index.php?option=com_djclassifieds&format=raw&view=download&task=download&fid=6642 (consultado 18/04/2020).

[32] LALINDE ABADÍA, J. (1989). Perfil histórico de la foralidad aragonesa. Conferencia (4 de abril de 1989). *I Ciclo de Aproximación al Derecho aragonés*. Colectivo Universitario de Cultura Aragonesa, p. 34.

[33] LALINDE ABADÍA, J. (1970). *Op. Cit*., p. 237.

[34] CORRAL LAFUENTE, J.L. (2000). *Historia contada de Aragón*. Zaragoza: Librería General, p. 78.

[35] A finales del siglo VIII Carlomagno se presentaba como el único bastión capaz de salvar a la Cristiandad del Islam, razón por la que el Papa León III lo corona emperador, dignidad que le conferirá el apelativo de "padre" o "rey" de Europa ("*pater, rex Europae*"). Al respecto, LÓPEZ GONZÁLEZ, C. (2004). Carlomagno y la tradición cristiana de Europa según Christopher Dawson. *Mar Oceana* nº 17, pp. 57-66.

[36] DURÁN GUDIOL, A. (1988). *Op. Cit*., pp. 84, 85, 137 y ss.

[37] LALINDE ABADÍA, J. (1989). *Op. Cit*., pp. 34-35.

[38] TORRENT RUIZ, A. (2012). El derecho musulmán en la España medieval, *RIDROM* nº 8, pp. 143-227.

[39] HINOJOSA MONTALVO, J.R. (2000). Los judíos en la España medieval: de la tolerancia a la expulsión, en M. Desamparados Martínez San Pedro (ed.). *Los marginados en el mundo medieval y moderno*. Almería: Instituto de Estudios Almerienses, pp. 25-41.

[40] LALINDE ABADÍA, J. (1985). *Op. Cit*., pp. 19, 20.

[41] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2012). Antecedentes históricos y formación del Derecho civil aragonés, en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho*

Foral de Aragón (dir. Jesús Delgado Echeverría, coord. Mª Ángeles Parra Lucán). Zaragoza: El Justicia de Aragón. 4ª ed., pp. 37 y 38.

[42] LALINDE ABADÍA, J. (1988). Derecho y fuero, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (dir. J.L. Lacruz Berdejo). Zaragoza: Gobierno de Aragón, pp. 67, 68.

[43] MORALES ARRIZABALAGA, J. (2016). *Pacto, Fuero y libertades. El estilo de gobierno en el Reino de Aragón, su mitificación y su uso en narraciones constitucionales*. Zaragoza: Derebook.

[44] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J. (1980). Ius commune*, Utrumque ius: Tiempos de Derecho único, tiempos de juristas*. *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 13, pp. 371-423.

[45] DÍEZ-PICAZO, L. (1959). El sentido histórico del Derecho civil, en *RGLJ* XXXIX, pp. 616-619.

[46] BERNAD MAINAR, R. (2017). La fructífera experiencia del ius commune ante el apasionante reto de la unificación del derecho privado europeo. *RIDROM*. Nº 19, pp. 243 y ss.

[47] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2011). *Fundamentos de Derecho Romano*. Madrid: Centro de Estudios Financieros S.L., p. 16.

[48] BAYOD LÓPEZ, M.C. (2019). *El Derecho civil aragonés en el contexto europeo de Derecho privado. Evolución histórica y relaciones con el Derecho civil español*. Zaragoza: Institución "Fernando el Católico" (IFC), pp. 61 y 62.

[49] NICHOLAS, B. (1987). *Introducción al Derecho romano*. Madrid: Civitas, p. 24.

[50] LALINDE ABADÍA, J. (1970). *Op. Cit*., p. 171.

[51] STEIN, P.G. (2001). *El Derecho romano en la historia de Europa*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, p. 103; A.A.V.V. (Coord. PANERO GUTIÉRREZ, R.). (2005). *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XXI. Catorce siglos de historia y catorce siglos de tradición*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 36-51; LALINDE, J. (1993-1994). El modelo jurídico europeo del siglo XIII. *RHDE* nº 5-6. Instituto de Derecho común europeo, Universidad de Murcia, pp. 17 y ss.

[52] WESENER, G.; G. WESENER, G. (1998). *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*. Valladoli: Lex Nova, pp. 123-125.

[53] LALINDE ABADIA, J. (1985). *Op. Cit*., pp. 145-178.

[54] PARICIO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2014). *Op. Cit*., p. 191.

[55] BAYOD LÓPEZ, M.C. (2019). *Op. Cit*., p. 63.

[56] LALINDE ABADÍA habla en este caso de "antirecepción política", en (1985). *Op. Cit*., p. 159.

[57] LALINDE ABADÍA, J. ((1998). Equitas, Dreito y Drecho en el Reino de Aragón, en *Los Fueros de Teruel y Albarracín*. Actas Jornadas de Estudio Teruel y Albarracín, 17-19 diciembre, pp. 11 y 12.

[58] LALINDE ABADÍA, J. (1970). *Op. Cit*., pp. 240, 241.

[59] En torno a la síntesis de la compilación *dreyturera* encomendada por Jaime I a Vidal de Canellas, MORALES ARRIZABALAGA, J. (2007). *Fueros y libertades del Reino de Aragón. De su formación medieval a la crisis preconstitucional (1076-1800)*. Zaragoza: Rolde de Estudios Aragoneses, pp. 28-48.

[60] Conocida como *Compilatio Maior*, 1247 (*Vidal Mayor* se autodenomina la versión romance del manuscrito), que habría sido promulgada, aunque sin acuerdo de la Corte por la excesiva inserción de derecho romano y canónico, culto y europeo –*ius commune*-, lo que representaría una versión más erudita. A partir del siglo XIV constituye una obra de gran autoridad, pero sin valor de ley. Al respecto, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1988). El "Vidal Mayor", en *Aragón en el Mundo*. Zaragoza: CAI, pp. 131-132.

[61] *Compilatio Minor*, contentiva casi exclusivamente de textos tradicionales aragoneses con algunas adiciones o modificaciones, probablemente obra de Vidal de Canellas, por observar ambas un mismo orden. En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2012). Antecedentes históricos y formación del Derecho civil aragonés, en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón* (dir. J. Delgado Echeverría, coord. Mª Ángeles Parra Lucán). Zaragoza: El Justicia de Aragón. 4ª ed., p. 41.

[62] LÓPEZ SUSÍN, J.I. (2006). *Op. Cit*., p. 271.

[63] MORALES ARRIZABALAGA, J. (2007). *Op. Cit*., pp. 42 y ss.

[64] PARICIO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2014). *Op. Cit*., pp. 191, 192. LALINDE ABADIA habla en este caso de "penetración doctrinal", en (1985). *Op. Cit*., p. 162.

[65] LACRUZ BERDEJO, J.L. (1946). *Contribución a la metodología del Derecho privado en Aragón*. Zaragoza: Estudios de Derecho Aragonés, pp. 13 y ss.

[66] LALINDE ABADÍA, J. (1998). *Op*. Cit., p. 13.

[67] PARICIO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2014). *Op. Cit*., p. 202.

[68] LALINDE ABADÍA, J. (1977-1978). *Op. Cit*., p. 174.

[69] RAINER, J.M. (2012). *Das Römische Recht in Europa*. Wien: Manz Verlag, pp. 74 y ss.

[70] PARICIO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2014). *Op. Cit*., pp. 188, 196.

[71] WESENBERG, G.; WESENER, G. (1998). *Op. Cit*., pp. 50-54.

[72] BAYOD LÓPEZ, M.C. (2019). *Op. Cit*., pp. 98, 99, 101, 102.

[73] Son glosadores del derecho aragonés Vidal de Canellas, Martín Sagarra, Sancho de Ayerbe, Pérez de Salanova, Pelegrín de Anzano, Juan Pérez de Patos, Jacobo de Hospital, Martín de Pertusa. Al respecto, LACRUZ BERDEJO, J.L. (1945). Contribución a la metodología del Derecho privado en Aragón. *Anuario de Derecho Aragonés* II, pp. 103-136.

Las glosas más importantes son de Pérez de Patos: su obra se reputa la glosa ordinaria del derecho aragonés.

[74] LALINDE ABADÍA, J. (1970). *Op. Cit*., pp. 245, 246.

[75] Cataluña, Navarra y Baleares aceptan los textos romanos como derecho común civil supletorio; Castilla refunde el derecho propio y el *ius commune* en las Partidas; Aragón recurre a las Observancias.

[76] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2012). *Op. Cit*., p. 38.

[77] Una interpretación de la expresión sobre la consideración de la observancia como una formulación del Fuero de Aragón en MORALES ARRIZABALAGA, J. (2003). *La intervención de la Corte del Justicia y las Cortes del reino en la reformulación del Fuero de Aragón*. Cuarto Encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón. Zaragoza, 16 de mayo de 2003. Zaragoza: El Justicia de Aragón, pp. 150, 151.

[78] LALINDE ABADÍA, J. (1985). *Op. Cit*., p. 169.

[79] MARTÍNEZ DÍEZ, G. (1980). En torno a los Fueros de Aragón de las Cortes de Huesca de 1247. *Anuario de Historia del Derecho Español* nº 50, p. 75; *Proemium Libri Fororum*, [27-31], DE HOSPITAL, J. (1977). *Observancias del Reino de Aragón*. Zaragoza: CAI, p. 8.

[80] Sobre las razones que habrían llevado al Reino de Aragón a recurrir al sentido natural y a la equidad, según parecer de Jaime de Hospital, LALINDE ABADÍA, J. ((1998). Equitas, Dreito y Drecho en el Reino de Aragón, en *Los Fueros de Teruel y Albarracín*. Actas de las Jornadas de Estudio celebradas en Teruel y Albarracín los días 17, 18 y 19 de diciembre, pp. 14-16.

[81] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2012). *Op. Cit*., p. 44.

[82] DEL MOLINO, M. *Repertorium fororum et observantiarum Regni Aragonum: una pluribus cum determinationibus consilii iustitiae Aragonum practicis atque cautelis eisdem*

fideliter annexis. 1513, fols. 127, 156, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): http://www.derechoaragones.es (consultado 10/04/2020).

[83] LACRUZ BERDEJO, J.L. (1946). El régimen matrimonial de los fueros de Aragón. *Anuario de Derecho Aragonés* III, pp. 13 y ss.

[84] LALINDE ABADÍA, J. (1977-1978). *Op. Cit*., p. 174; (1989). *Perfil histórico de la foralidad aragonesa*. Conferencia pronunciada el 4 de abril de 1989 en el I Ciclo de "Aproximación al Derecho aragonés", organizado por el Colectivo Universitario de Cultura Aragonesa, p. 42, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): http://www.derechoaragones.es (consultado 11/04/2020).

[85] LÓPEZ SUSÍN, J.I. (2006). *Op. Cit*., p. 276.

[86] MORALES ARRIZABALAGA, J. (2003). *Op. Cit*., pp. 135, 144, 152.

[87] Surge así una segunda acepción de la observancia, además de la de una forma de expresión del Fuero de Aragón, cual es la de Libros de observancias que las coleccionan y organizan. En este sentido, MORALES ARRIZABALAGA, J. (2003). *Op. Cit*., p. 149.

[88] En las Observancias de Pérez de Salanova se detectan dos grandes bloques: uno, más extenso, comprende cuestiones judiciales; otro, declarativo de los derechos de los infanzones. En las Observancias de Jaime de Hospital se concentran procesos que declaran un privilegio no registrado ni en carta ni en otro documento.

[89] MORALES ARRIZABALAGA, J. (1994). Formulación y hermenéutica de la foralidad aragonesa (1247-1437), en *Estudios de Derecho Aragonés*. Zaragoza: Cuadernos de cultura aragonesa, pp. 152, 153.

[90] BAYOD LÓPEZ, M.C. (2019). *Op. Cit*., pp. 90, 97, 98.

[91] ESCUDERO LÓPEZ, J.A. (2012). *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*. 4ª ed. Madrid: Edisofer, pp. 470, 471.

[92] LÓPEZ SUSÍN, J.I. (2006). *Op. Cit*., p. 276.

[93] Artículo 78.- *Desde que entre en vigor el presente Apéndice, quedará totalmente derogado el Cuerpo legal denominado "Fueros y Observancias del Reino de Aragón"*, en http://www.reicaz.org/textosle/boe_rdec/19251207/19251207.htm#dispfin (consultado 12 /04/2020). Al respecto, ISÁBAL, M. (1926). Sobre el Apéndice Foral Aragonés. *Revista de Derecho Privado*. Año XIII, nº 150. Madrid, pp. 83-92, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): http://www.derechoaragones.es (consultado 12/04/2020).

[94] Sobre la eficacia derogatoria del Apéndice Foral Aragonés respecto de la legislación foral anterior (Fueros y Observancias), podemos ver la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 24 de junio de 1929, en VALENZUELA LA ROSA, J.; SANCHO DRONDA, J.J. (1946). El Apéndice Foral a través de la Jurisprudencia. *Anuario de Derecho Aragonés* III, p. 448.

[95] LALINDE ABADÍA, J. (1989). *Op. Cit*., p. 43.

[96] HERNÁNDEZ GIL, A (1987). *El concepto de Derecho civil*. Obras Completas I. Madrid, pp. 285, 286.

[97] DÍEZ-PICAZO, L. (1959). El sentido histórico del Derecho civil. *RGLJ* XXXIX, pp. 631-642.

[98] DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas, pp. 150-158.

[99] JORDÁN DE ASSO, I.; DE MANUEL, M. (1876). Madrid: Imp. Andrés de Sotos, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): http://www.derechoaragones.es (consultado 16/04/2020).

[100] AMORÓS GUARDIOLA, M. (1976). Dos etapas en la evolución histórica del Derecho civil. *Libro Homenaje a R.M. Roca Sastre* Vol. 1. Madrid, p. 551.

[101] VICENTE Y GUERRERO, G. (2016). Fundamentación jurídica de los decretos de conquista de 1707. La reacción de los juristas aragoneses: Diego Franco de Villalba y su crisis legal. *AHDE*, tomo LXXXVI, pp. 351-383.

[102] Orden de prelación: costumbre (*praeter, secundum, contra legem*); fueros y actos de cortes ex post a 1437, por orden cronológico; Observancias de Díez de Aux, si no contravienen fueros; fueros y actos de corte entre 1247-1437, por orden cronológico; Fueros de Aragón de 1247; el sentido natural y la equidad.

[103] ESCUDERO LÓPEZ, J.A. (2012). *Op. Cit*., p. 692.

[104] LALINDE ABADÍA, J. (1970). *Op. Cit*., pp. 381, 383.

[105] ALONSO Y LAMBÁN, M. (1963). Apuntes sobre juristas aragoneses de los siglos XVI y XVII. *Anuario de Historia del Derecho español* XXXIII. Madrid: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pp. 40 y ss., en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): http://www.derechoaragones.es (consultado 18/04/2020).

[106] Destacan en esta faceta durante el siglo XVI autores como Miguel del Molino y Jerónimo Portolés.

[107] Mencionamos en este apartado a Juan Ibando de Bardaxí y a Franco de Villalba.

[108] Son destacables J. Martel (derecho público); Portolés y Andrés Serveto de Aninón (derecho privado); P. Molinos, M. Ferrer, J. Francisco La Ripa (derecho procesal); Cuenca y Niño Español (derecho mercantil).

[109] Entre ellos resaltamos la aportación de Martín Monter de la Cueva (siglo XVI), José Sessé y Piñol y Juan Crisóstomo de Vargas Machuca (estos dos últimos en el siglo XVII).

[110] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2012). *Op. Cit*., p. 61.

[111] Sobre las relaciones entre el Código civil y los demás derechos nacionales, ROCA Y TRÍAS, E. (1978). El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles. *Anuario de Derecho Civil* 2, p. 258.

[112] BAYOD LÓPEZ, M.C. (2019). *Op. Cit*., p. 127.

[113] ROGEL VIDE, C. (2010). *Derecho civil. Método y Concepto*. Madrid: Reus, pp. 175-196.

[114] ZIMMERMANN, R. (2000). *Estudios de Derecho privado europeo*. Madrid: Civitas, p. 26.

[115] PARICIO SERRANO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2017). *Historia del derecho romano y su recepción europea*. Madrid: Marcial Pons, p. 180.

[116] ZIMMERMANN, R. (2010). *Op. Cit*., pp. 19-26.

[117] La Escuela histórica alemana se divide en dos grupos bien diferenciados. Al respecto, TORRENT RUIZ, A. (2015). La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del derecho europeo, en *SDHI* 81, pp. 469-514; BERNAD MAINAR, R. (2016). La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno. *RIDROM* nº 17, octubre, pp. 1-80.

[118] PARICIO SERRANO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2017). *Op. Cit*., p. 181.

[119] En torno a la influencia de la pandectística en la codificación alemana, WINDSCHEID, B. (1987). *Tratado de Derecho civil alemán*. Tomo I. Volumen I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; HAFERKAMP, H.P. (2004). *Geor Friedrich Puchta und die begriffsjurisprudenz*. Frankfurt a.M.; MARINI, G. (1960). *L´opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tudesco*. Milano: Giuffrè.

[120] ZIMMERMANN, R. (2000). *Op. Cit*., pp. 26, 27.

[121] LACRUZ BERDEJO, J.L. (1992). Las Concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil. *Estudios de Derecho privado común y foral* I. Barcelona: Boch, pp. 6-7.

[122] Artº 5: "*las provincias y territorios en que subsiste el Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá solo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales*", en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-BOE-A-1888-3236 (consultado 26/04/2020).

[123] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1988). Comentario al artículo 1 de la Compilación aragonesa, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*. Tomo I (dir. J.L. Lacruz Berdejo). Zaragoza: Diputación General de Aragón, pp. 99 y ss.

[124] SAVALL Y DRONDA, P.; PENÉN DEBESA, S. (1991). *Discurso Preliminar*, en *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*. Zaragoza. 1866, p. 171 (ed. facsímil, dir. J. Delgado Echeverría).

[125] Al respecto, COSTA, J. (1883). *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*. Madrid: Imp. Revista de Legislación, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): http://www.derechoaragones.es (consultado 26/04/2020).

[126] Artículos 6º y 7º de la Ley de Bases de 1888. Información obtenida en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1888-3236 (consultado 26/04/2020).

[127] En torno al Apéndice aragonés de 1925 y sus respectivos Proyectos, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2005). *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón (1880-1925)*. Tomos I y II. Zaragoza: Institución "Fernando el Católico" (IFC). Diputación de Zaragoza.

Sobre la valoración controvertida que suscita el Apéndice al Código civil de 1925, MOREU BALLONGA, J.L. (2007-2008). El apéndice foral aragonés de 1925 y encrucijadas del Derecho civil y de la cuestión territorial en España, *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos* nº 15, pp. 81-24.

[128] Artº 78 Apéndice 1925, en http://www.reicaz.org/textosle/boe_rdec/19251207/19251207.htm#dispfin (consultado 26/04/2020).

[129] En efecto, el artículo 1 del Apéndice rezaba del siguiente tenor: "*Según está preceptuado por los artículos 12 y 13 del Código civil, las disposiciones forales del presente Apéndice regirán en Aragón, no obstante lo establecido en aquella ley común acerca de los respectivos casos y asuntos*", en http://www.reicaz.org/textosle/boe_rdec/19251207/19251207.htm#art01 (consultado 26/04/2020).

[130] SERRANO GARCÍA, J.A. (1998). Apuntes sobre la codificación del Derecho civil aragonés, en *Azpilcueta, Cuadernos de Derecho* nº 12, Donostia, p. 101.

[131] KOSCHAKER, P. (1966). *Europa und das Römische Recht*. Munich: Beck, p. 292.

[132] CANNATA, C.A. (2001). *Corso di Instituzioni di diritto romano* (I). Torino: Giappichelli, p. 11.

[133] FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A. (2011). *Fundamentos de Derecho Romano*. Madrid: Centro de Estudios Financieros S.L., p. 15.

[134] ZIMMERMANN, R. (1995). Codification: History and Present Significance of an Idea. *European Review Private Law*. Vol. 3, pp. 95 y ss., en ZIMMERMANN, R. (2000). *Op. Cit*., p. 36.

[135] WINDSCHEID, B., en ZIMMERMANN, R. (2009). *Europa y el Derecho romano*. Madrid: Marcial Pons, p. 51, nota al pie nº 37.

[136] PARICIO SERRANO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2014). *Op. Cit*., p. 246.

[137] Frente a los que lo afirman, así TORRENT RUIZ, A. (2007). *Fundamentos del Derecho europeo (Derecho romano-Ciencia del derecho-Derecho europeo)*. Madrid: Edisofer, pp. 125 y 126, hay quien lo niega por las diferencias que detectan entre ambos elementos comparativos, como sucede con CANNATA, C.A. (1990). Il diritto europeo e le codificazioni moderne. *SDHI* nº 56, pp. 310-312.

[138] ZIMMERMANN, R. (2010). *Op. Cit*., p. 22.

[139] TORRENT RUIZ, A. (2007). *Op. Cit*., pp. 331, 332; MANTELLO, A. (2002). Ancora sulle Smanie "romanistiche". *Labeo* 48 nº 1, p. 16.

[140] ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. (2002). *Introducción al derecho comparado*. México: Oxford University Press, pp. 83 y ss., 144 y ss.

[141] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1967). *Op. Cit*., pp. 36-38.

[142] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1977). *Op. Cit*., p. 213; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1967). *Op.Cit*., p. 18.

[143] BAYOD LÓPEZ, M.C. (2019). *Op. Cit*., p. 166.

[144] BAYOD LÓPEZ, M.C. (2019). *Op. Cit*., p. 218.

[145] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1967). *Op. Cit*., pp. 39 y ss.

[146] MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (1992). El Derecho Aragonés. *Revista En Aragón* nº 1. Dic., pp. 12 y 13.

[147] SERRANO GARCÍA, J.A. (1991). Panorámica del Derecho civil aragonés. *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*. Año XXXI, nº 123. Octubre, pp. 74 y ss.

[148] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1977). *Op. Cit*., pp. 227-229.

[149] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1967). *Op. Cit*., p. 19.

[150] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2002). *El Derecho*, en *Aragón ante el siglo XXI*. Zaragoza: Ibercaja. Obra Social y Cultural, p. 30.

[151] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1985). *Op. Cit*., p. 93.

[152] MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (1978). *Op. Cit*., p. 18.

[153] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1967). *Op. Cit*., p. 26.

[154] MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (1978). *Op. Cit*., p. 14.

[155] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1985). *Op. Cit*., pp. 93, 94, 226.

[156] Artículo 2 del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, de reforma del Título preliminar del Código civil.

[157] BAYOD LÓPEZ, M.C. (2019). *Op. Cit*., pp. 229, 230.

[158] STC 881/1993, de 12 de marzo.

[159] En tal recorrido señalamos: reforma sobre equiparación de los hijos adoptivos (1988); sobre sucesión intestada (1995); Ley relativa a parejas estables no casadas (1999); LSCM (1999); LREMV (2003); LDP (2006); LDCP (2010).

[160] Los 599 artículos del Código se distribuyen en cuatro Libros y un Título Preliminar. Los Libros, a su vez, se dividen en Títulos, Capítulos, Secciones y Subsecciones.

[161] (2013). *Introducción y antecedentes históricos del Código de Derecho Foral de Aragón*. Zaragoza: Gobierno de Aragón. Departamento de Presidencia y Justicia, pp. 71, 72, en BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA): http://www.derechoaragones.es (consultado con fecha 3/05/2020).

[162] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1977). *Op. Cit*., pp. 59, 60.

[163] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1977). *Op. Cit*., p. 213.

[164] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1967). *Op. Cit*., pp. 18, 19.

[165] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1967). *Op. Cit*., p. 19.

[166] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1977). *Op. Cit*., p. 214.

[167] COSTA MARTÍNEZ, J. (1981). *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses. Zaragoza:* Guara Editorial, pp. 64, 65.

[168] SCHULZ, F. (2000). *Principios del Derecho Romano*. Madrid: Civitas, pp. 107-111.

[169] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1977). *Op. Cit*., p. 224.

[170] Artículo 2 del CDFA. Al respecto, A.A.V.V. (2012). *Op. Cit*., pp. 84-88.

[171] Sobre la costumbre como germen de la legislación, BERNAD MAINAR, R. (1995). Junta de parientes o autorización judicial: ex auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de octubre de 1992. *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Año nº 1, Nº 1, pp. 137 y ss.

[172] LORENTE SANZ, J.; MARTÍN-BALLESTERO, L. (1944). *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*. Zaragoza: Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, pp. 41-45.

[173] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2019). *Derecho Público Romano*. Navarra: Dykinson.

[174] CIURO CALDANI, M.A. (2003). *Lecciones de filosofía del Derecho privado (Historia)*. Rosario: Edit. Fundación para las investigaciones jurídicas, pp. 24-25.

[175] SCHULZ, F. (2000). *Op. Cit*., p. 169.

[176] A.A.V.V. (2012). *Op. Cit*., pp. 90-101.

[177] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1977). *Op. Cit*., p. 222.

[178] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1967). *Op. Cit*., pp. 23, 24.

[179] LALINDE ABADÍA, J. (1989). *Op. Cit*., p. 44.

[180] LALINDE ABADÍA, J. (1970). *Op. Cit*., p. 245.

[181] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1977). *Op. Cit*., p. 223.

[182] SCHULZ, F. (2000). *Op. Cit*., pp. 169 y ss.

[183] DÍEZ-PICAZO, L. (1959). *Op. Cit*., pp. 616-619; MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (1990). *Joaquín Costa y el derecho consuetudinario aragonés*. Madrid: Fundación Matritense del Notariado, pp. 38, 39.

[184] BETANCOURT SERNA, F. (1983). El espíritu del Derecho romano. *Anuario de Historia del Derecho español* nº 53, p. 559, en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134436 (consultado 7/05/2020).

[185] MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, L. (1944). *La casa en el Derecho aragonés*. Zaragoza: Estudios de Derecho Aragonés, p. 111.

[186] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1967). *Op. Cit*., p. 25; MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (1978). *Op. Cit*., pp. 45, 46, 53, 54.

[187] BERNAD MAINAR, R. (2001). *Curso de Derecho privado romano*. Caracas: Public. UCAB, p. 29.

[188] MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (1978). *Op. Cit*., pp. 18,19.

[189] LALINDE ABADÍA, J. (1970). *Op. Cit*., p. 246.

[190] Respecto del papel y protagonismo de la jurisprudencia y de las constituciones imperiales en el derecho romano, ver, respectivamente, DOMINGO, OSLÉ, R. (2004). La jurisprudencia romana, cuna del Derecho. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Nº 81, 2. Madrid, pp. 371 y ss.; BUENO DELGADO, J.A. (2013). Los rescriptos imperiales como fuente del Derecho. *RIDROM*. 11. pp. 378-435.

[191] LALINDE ABADÍA, J. (1970). *Op. Cit*., p. 246.

[192] SCHULZ, F. (2000). *Op. Cit*., pp. 89-91.

[193] Sobre el pragmatismo del derecho romano, BERNAD MAINAR, R. (2019). *Ius Romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia/equidad, emblema del Análisis Económico del Derecho (AED)*. RIDROM. Número 22. Abril, pp. 72-101.

[194] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1967). *Op. Cit*., p. 21.

[195] Sobre el carácter universal de los valores jurídicos y extrajurídicos del derecho romano, su aplicación y vigencia actual, CASAVOLA, F.P. (1994). Diritto romano e diritto europeo. *Labeo* nº 90, p. 162.

[196] SCHULZ, F. (2000). *Op. Cit*., p. 163.

[197] SCHULZ, F. (2000). *Op. Cit*., p. 243.

[198] SCHULZ, F. (2000). *Op. Cit*., p. 247 (D. 18, 1, 27; 41, 3, 48; 41, 10, 5, 1; 50, 16, 109).

[199] BERNAD MAINAR, R. (2019). *Op. Cit*., pp. 143 y ss.

[200] A.A.V.V. (Coord. Castresana, A.). (2018). *800 años de historia a través del Derecho romano*. Salamanca: Ed. Universidad Salamanca, pp. 23-29; BERNAD MAINAR, R. (2019). *Op. Cit*., pp. 101 y ss.

[201] SCHULZ, F. (2000). *Op. Cit*., p. 211 (D. 7,1, 25, 1; 8, 2, 23; 21, 1, 23, 8; 28, 2, 13; 28, 5, 29; 34, 5, 22; 44, 4, 7, 1).

[202] D. 50, 17, 23.

[203] En relación con la autonomía de la voluntad y el principio *standum est chartae*, artículos 3, 7, 9, 23, 71, 75, 77, 78, 94, 108-114, 185, 187, 193, 195-203, 215, 221, 226, 229, 248, 258, 267, 272, 276, 283, 291, 301, 307, 318, 319, 342, 368, 377, 405, 439, 462, 486, 537, Disp. Adicional 1ª del CDFA.

[204] Artículos 4, 71, 189, 190, 198, 219, 232, 235, 249, 538, 568-569, Disp. Transitoria 7ª del CDFA.

[205] Artículos 32, 99, 145, 226, 286, 365, 446, 450, 501, 502, 539 del CDFA.

[206] Artículos 187, 202, 269 del CDFA.

[207] *Institutiones Gai* 4, 2, en su relación con artículos 537 y ss. del CDFA.

[208] "*Usus fructus est ius alienis rebus utendi et fruendi salva rerum substantia*" (D. 7, 1, 1), en su relación con los artículos 283-302, 467, 478, 498, 562 del CDFA.

[209] D. 41, 3, 46; 41, 4; 41, 6-10, en relación con artículos 211, 556, 561, 568-570, 583 del CDFA.

[210] *Codex* 4, 4, 54; D. 19, 5, 2 en relación con artículos 211 f) y 586 del CDFA.

[211] Tabla VII, 8 (XII Tablas); D. 43, 27, 1; 43, 8, 2, 43; 7, 1, 30; 8, 5, 17; *Codex* 3, 34, 14, 1; 8, 10, 12, 4 en relación con artículos 537 y ss. del CDFA.

[212] D. 8, 2, 1; 8,1, 15, 1; 35, 2, 1, 9; 8, 3, 23; 7, 6, 5; 33, 2, 1; 8, 1, 8 en relación con artículos 551 y ss. del CDFA.

[213] D. 26, 1, 1 en relación con los artículos 100 y ss.; 130 y ss. del CDFA.

[214] D. 26, 2, 12-14 en relación con los artículos 100 y ss.; 148 y ss. del CDFA.

[215] D. 27, 10, 1 en relación con el artículo 38 del CDFA.

[216] *Codex* 8, 47, 5; 8, 47, 10-11; *Institutiones* 1, 11, 4 en relación con artículos 56, 93, 144, 168, 312, 472 del CDFA.

[217] *Institutiones Gai* 1, 99-107; D. 10, 2, 1.

[218] Artículo 201 del CDFA.

[219] *Institutiones Gai* 3, 121; *Novella* 4, 1; D. 46, 1, 26 y 36; *Institutiones* 3, 20, 4; D. 17, 1, 29 en relación los artículos 15 d), 77, 79, 95, 98, 104, 284, 285, 287, 452 del CDFA.

[220] D. 12, 6, 26, 40, 45, 64 y 65; *Codex* 1, 18; D. 22, 3, 25, 1; 4, 5, 1, 1; 12, 6, 4, 7, 1; *Codex* 4, 6, 10; 5, 3, 15; D. 12, 5, 3; 12, 5, 4, 3; 12, 5, 7; 13, 1, 1; 13, 1, 6; 13, 2, 1 en relación con artículos 226, 310 del CDFA.

[221] D. 12, 1, 2, 1; *Institutiones Gai* 3, 168; *Institutiones* 3, 29; *Novella* 4, 3 en relación con los artículos 265, 591 del CDFA.

[222] D. 50, 16, 213, 2 y 3; 46, 23, 8, 3; 17, 1, 29; 44, 7, 1, 5; 9, 2, 44; 16, 3, 1, 39; 4, 3, 1-4 y 7 en relación con artículos 96, 106, 201, 218, 219, 249, 288, 301, 355 del CDFA.

[223] *Codex* 4, 34, 11 en relación con artículos 294, 295 del CDFA.

[224] *Institutiones Gai* 2, 248, *Institutiones* 2, 23, 1; D. 1, 2, 2, 32; 28, 5, 46, 47; 30, 108, 12; 30, 123, 1; 31, 29 pr.; 32, 21 pr.; 34, 4, 3, 11 en relación con artículos 277, 501 del CDFA.

[225] *Institutiones Gai* 2, 201 y ss. en relación con artículos 238, 323, 330, 331, 333, 360, 373, 381, 385, 397, 437, 467, 468, 477-481 del CDFA.

[226] D. 34, 9, 3 en relación con artículos 276, 328, 330-333, 336-339, 401, 462, 510 del CDFA.

[227] D. 50, 16, 142 en relación con artículos 211, 323, 354, 437, 467, 481-483 del CDFA.

[228] D. 50, 16, 151 en relación con artículos 317, 321, 322, 323, 344, 345, 348, 448, 517, 518, 520, 521-523, 526, 529-534, 536 del CDFA.

[229] D. 37, 6, 1, 15; 37, 7, 1; *Codex* 6, 20, 17, 19 y 20 en relación con artículos 362-364 del CDFA.

[230] D. 28, 2, 29, 1-2-6 y 15; 28, 4, 3; 26, 6, 2, 2; 36, 6, 7, 1 en relación con artículos 423-429 del CDFA.

[231] D. 5, 3, 11-12, 19; 5, 3, 20, 6; 5, 4, 6, 1, 38; *Codex* 3, 3, 9; 3, 31, 12, 3; *Institutiones Gai* 4, 34 en relación con artículo 55 del CDFA.

[232] D. 29, 2, 27; *Codex* 2, 50, 1; D. 29, 2, 86 pr.; 29, 2, 30 pr.; *Codex* 6, 51, 1, 5; 6, 30, 18; 6, 52, 1; 6, 30, 19 en relación con artículos 354, 387, 478, 481 del CDFA.

[233] *Institutiones Gai* 2, 124, 131 y 135; Reglas de Ulpiano 22, 14, 16 y 18; *Institutiones* 2, 13 en relación con artículos 503-508 del CDFA.

[234] Tabla V, 6 (XII Tablas); *Institutiones Gai* 4, 17 a); D. 10, 2 en relación con artículos 365-368 del CDFA.

[235] D. 28, 1, 29, 1; *Codex* 6, 36, 8, 1 en relación con artículo 430 del CDFA.

[236] Artículos 63 y ss. del CDFA vs. Artículos 154 y ss. del Código civil español.

[237] Artículos 170 y ss. del CDFA. Al respecto, J.L. MERINO HERNÁNDEZ. *Op. Cit.* 1997, pp. 40-42

[238] Aun así, Roma conoció y utilizó la institución del tribunal doméstico. Al respecto, BERNAD MAINAR, R. (1997). *La junta de parientes en el derecho civil aragonés*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, pp. 26-27.

[239] Artículos 362 y ss.; 210 y ss., 585 del CDFA, respectivamente, vs. artículos 392 y ss. del Código civil.

[240] Artículos 377 y ss. del CDFA vs. artículo 1271, 2 del Código civil español.

[241] Artículos 486 y ss. del CDFA vs. artículos 806 y ss. del Código civil español.

[242] Artículos 417 y ss. del CDFA vs. artículo 669 del Código civil español.

[243] Artículo 355 del CDFA vs. artículos 999 y 1010 del Código civil español.

[244] Artículos 216, 517, 518, 526, 527, 528 del CDFA.

[245] Artículos 588 y ss. del CDFA vs. artículo 1521 del Código civil español.

[246] DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2011). Retos de la dogmática española en el primer tercio del siglo XXI, en *Retos de la dogmática española*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 53 y ss.

[247] Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte; Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad; Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona; Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial.

[248] PASQUAU LIAÑO, M. (1994). *Código civil y ordenamiento jurídico (otra reflexión sobre el devenir del Derecho civil)*. Granada: Comares, pp. 156 y ss.

[249] ALONSO GARCÍA, R. (1989). *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*. Madrid: Civitas, p. 33; ISAAC, G. (1983/1991). *Manual de derecho comunitario general* (2ª ed. aumentada y puesta al día por RAMOS RUANO, G.L.). Barcelona: Ariel Derecho, p. 112.

[250] Sentencia del TJCE *Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963: el derecho comunitario *"not only impones obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights"* (fundamento 3°), en *50 aniversario de la sentencia Van Gend & Loos*. La Ley Unión Europea nº 1. 2013, p. 60.

[251] Sentencia del TJCE *Costa vs. ENEL*, de 15 de julio de 1964, en la que se reemplaza la expresión *"nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional",* utilizada en la sentencia *Van Gend & Loos* 1964, por la calificación de *"ordenamiento jurídico propio",* indicando además que tal ordenamiento jurídico constituye una *"parte integral del sistema jurídico de los Estados miembros ( ) el cual sus tribunales tienen la obligación de aplicar" "because of its special and original nature"* por un texto legal interno, cualquiera que sea éste *"however framed"* (fundamento jurídico 3°). Al respecto, ECLI:EU:C:1964:66.

[252] REMIRO BROTONS, R.; RIQUELME CORTADO, R.; ORIHUELA CALATAYUD, E.; DÍEZ HOCHLEITNER, J; PÉREZ PRAT DURBÁN, L (1997). *Derecho internacional*. Madrid: McGrawHill, p. 18.

[253] ZIMMERMANN, R. (2009). *Europa y el derecho romano*. Madrid: Marcial Pons, pp. 46-49; LÓPEZ AZCONA, M.A. (2018). La europeización del Derecho civil: crónica de un proyecto inconcluso. *Actualidad jurídica iberoamericana* nº 8, pp. 475-542.

[254] MALINTOPPI, A (1967-1968). Les relations entre l´unification et l´harmonisation du droit et la technique de l´unification ou de l´harmonisation par la voie d´accords internationaux. *Annuaire Unidroit*, pp. 43-67.

[255] BERNAD MAINAR, R. (2018). El protagonismo de la doctrina y de la ciencia jurídica en la unificación del Derecho europeo de contratos. *RIDROM*. Número 20. Abril, pp. 192 y ss.; PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. (2013). *El proceso de modernización del derecho contractual europeo*. Madrid: Dykinson, pp. 153 y ss.

[256] PÉREZ ÁLVAREZ, M.P. (2006). La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* n° 14, p. 234.

[257] ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. (2002). *Introducción al derecho comparado*. México: Oxford University Press, pp. 26 y ss.

[258] BASEDOW, J. (1996). Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht - Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung. *ZEuP* 4, pp. 570 y ss.

[259] ZIMMERMANN, R. (2010). *Op. Cit*., p. 135.

[260] Ya contamos con algún precedente en este sentido: Proyecto franco-italiano de obligaciones de 1927, inspirador del Código civil venezolano tras la reforma de 1942; *Restatement of the law of contracts* (1932) de los Estados Unidos, merced a la labor realizada por el American Law Institute, obra desarrollada ya en una segunda edición (1981); o también en el caso representado por los países escandinavos. Sobre esta manifestación en los países nórdicos, ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. (2002). *Op. Cit*., p. 298.

[261] COING, H. (1979). Ius commune nationale Kodification und Internazionale Abkommen; Drei historischen Formen …, en *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell´unificazione*, en Actas del Congreso Internacional de Bari, I, pp. 171 y 172.

[262] COING, D.; SACCO, R. (1978). *New Perspectives for a Common Law of Europe*. Leyden/London/Sijthoff: Cappeletti Ed., Publications of the European University Institute.

[263] Consideremos el precedente de la recopilación del *droit commun français* en los siglos XVI y XVII (Dumoulin, Coquille, Domat), o de la legislación suiza realizada por Huber en 1893, pues ambos trabajos históricos previos prepararon la codificación francesa (1804) y helvética (1911). Al respecto, OLIVIER-MARTIN, M. (1925). *La coutume de Paris: trait d´union entre le droit romain et les législations modernes*. Paris; J. KOHLER. (1913). Eugen Huber und das schweiser Zivilgesetzbuch, en *RheinZ* n° 5, pp. 1 y ss.

[264] Derecho común europeo y método histórico comparativo, en ZIMMERMANN, R. (2000). *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. Vaquer Aloy, A.). Madrid: Civitas, p. 29; (2010). *Op. Cit*., p. 136.

[265] CANNATA, C.A. (1999). Il diritto romano e gli attuali problemi d´unificazione del diritto europeo, en *Studi in memoria di G. Impallomeni*. Milano, p. 53.

[266] ZIMMERMANN, R. (2007). Le droit comparé et l´européanisation du droit privé. *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDC)*, p. 451.

[267] TORRENT RUIZ, A. (2007). *Op. Cit.*, p. 37.

[268] ZIMMERMANN, R. (1992). Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, en *Juristenzeitung*, p. 8.

[269] PAU PEDRÓN, A. (2004). *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, pp. 9-17.

[270] BERNAD MAINAR, R. (2019). Hacia una versión convergente de los modelos tradicionales de transmisión de las cosas muebles. *RCDI* nº 774, p. 1744.

[271] PARICIO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2002). *Historia del Derecho romano y su recepción europea*. Sexta edición. Madrid: El Faro, pp. 285 y ss.

[272] MANTELLO, A. (2002). Ancora sulle Smanie "romanistiche". *Labeo* nº 48, pp. 15 y ss.

[273] TORRENT RUIZ, A. (2007). *Op. Cit*., p. 350.

[274] MARELLA, M.R. (2004). La funzione non sovversiva del diritto privato europeo, in *Harmonisation Involves History?* (a cura di O. Troiano, G. Rizzelli, M.L. Miletti). Milano: Giuffrè, pp. 203 y ss.

[275] COCKRELL, A. (1997). *Studying Legal History in South Africa: The Lesson of Lot's Wife*. *ZEuP* 5, pp. 438 y ss.

[276] PÉREZ MARTÍN, A. (1995). El Derecho común y la Unión Europea. *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia* nº 13. Murcia, p. 192.

[277] ZIMMERMANN, R. (2009). *Op. Cit*., p. 17.

[278] BROGINNI, G. (1998). Significato de la conoscenza storica del diritto per il giurista vivente, Caroni, P./Dilcher, G., *Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia giuridica?* Köln/Weimar/Wien, p. 66.

[279] ZIMMERMANN, R. (2009). *Op. Cit*., p. 18.

[280] Francia e Italia apuestan por el modelo legislativo emanado del sector político; Alemania prefiere el modelo doctrinal. Al respecto, VACCA, L. (2006). Diritto europeo e indagine histórico-comparatistica, en *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Atti del Convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004 (a cura di Birocchi, I.; Matone, A). Roma: Viella, p. 542.

[281] REMY, P. (2003). *Les concepts contractuels français à l´heure des Principes du droit européen des contrats*. *Thèmes et commentaires*. Paris: Dalloz, p. 10.

En contra, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (1998). Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión europea. *SDHI* n° 64, pp. 532 y ss.

[282] WIJFFELS, A. Qu´est-ce que le ius commune?, en *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*. Louvain-la-Neuve: Bruylant, pp. 643-661.

[283] La correspondencia de la normatividad y los componentes extrajudiciales de la realidad social legitiman el derecho, tal como se produjo en la época del *Ius commune* entre tradición romanística y valores ético-sociales. El nuevo *Ius commune* es el marco referencial de los derechos nacionales y del derecho de la UE. Al respecto, PARICIO SERRANO, J.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2014). *Op. Cit*., pp. 250, 251.

[284] ROBLES VELASCO, L.M. (2010). El futuro Código europeo de contratos, ¿Una nueva recepción? *RIDROM* n° 4, pp. 81, 82.

[285] CANNATA, C.A. (1997). Op. Cit., pp. 3 y ss.

[286] NÖRR., K.W. (1994). Das römische Recht zwischen Tecnik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts, en *Zeistchrift für europäisches Privatrecht* I, p. 76; del mismo autor, (1995). Zur romanistichen Tradition im modernen Europa, *Index* XXIII. Napoli: Jovene, pp. 55 y ss.

[287] CAPOGROSSI COLOGNESI, L. (2003). Gli *insegnamenti* storico-giuridici e gli orizzonti europei, en *La nuova giurisprudenza comentata*. Vol. 2, p. 13.

[288] TALAMANCA, M. (1990). Le Istituzioni fra diacronia e sistema. *Index* 18, p. 16.

[289] MAYER-MALY, T. (1997). Antike Elemente in der allgemeinen Rechtslehre des Decretum Gratiani, en *Richerche Gallo* III. Napoli, pp. 211-217.

[290] RESCIGNO, P. (2004). Lo "schuldrecht" del códice civile tedesco: l´esperienza di un secolo, en *A l' Europe du troisième millenaire. Mélanges offerts à Giusepe Gandolfi à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, I. Milano: Giuffrè, pp. 137 y ss.

[291] WIEACKER, F., en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2011). *Fundamentos de Derecho Romano*. Madrid: Centro de Estudios Financieros S.L., p. 16.

[292] TORRENT RUIZ, A. (2015). Op. Cit. *SDHI* 81, p. 479.

[293] BERNAD MAINAR, R. (2016). La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno. *RIDROM*. Número 17. Octubre, pp. 1-80.

[294] ARENDT, H. (1993). *La condición humana* (trad. Ramón Gil Novales). Barcelona: Paidós, pp. 37 y ss.

Trabajo recibido el 4 de febrero de 2023 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023

La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral en el sistema registral inmobiliario español

The evolution of interaction between unopposability and registral public faith in the spanish land property registral system

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles, Doctor en Derecho y Ciencia Política y Profesor Asociado de la Universidad de Barcelona

RESUMEN: La Ley Hipotecaria de 1944-46 no sustituyó la tradición por la inscripción. No obstante, se ha alcanzado una situación de plena inscripción *de facto*, por lo que los conflictos de adquisiciones tienen lugar, ordinariamente, entre adquirentes de titulares inscritos. Llegados a esta situación, debería entenderse que tales conflictos son resueltos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, suele entenderse que son resueltos por el artículo 1473 del Código civil —además de por los artículos 606 del mismo y 32 de la Ley Hipotecaria—. Esta interpretación tenía sentido, pese a la introducción de la fe pública registral por la citada Ley Hipotecaria, en una situación en la que una gran parte de la propiedad vivía fuera del Registro, pero no una vez alcanzada la plena inscripción *de facto*. En esa situación el sistema transmisivo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria hace innecesaria la inoponibilidad, de modo similar a lo que sucede en el Derecho alemán.

ABSTRACT: The Mortgage Law of 1944-46 did not substitute traditio by registration. Nevertheless, it has reached a de facto full registration. Therefore, conflicts of acquisitions usually are between buyers of registered owners. At this point it should understand that these conflicts are ruled by the 34 article of Mortgage Law inside by the 1473 article of Civil Code —also by articles 606 of the very Code and 32 of the Mortgage Law—. This interpretation had sense — despite the insertion of the registral public faith by the aforementioned Mortgage Law— when a large part of land property lived out of Land Registry, but not since reached a de facto full registration. In this scene, the transmission system of article 34 of Mortgage Law makes unnecessary the opposability in the similar way that happens in the German Law.

PALABRAS CLAVE: oponibilidad, fe pública registral, conflicto de adquisiciones, plena inscripción *de facto*

KEYWORDS: opposability, registral public faith, conflict of acquisitions, the facto full registration.

SUMARIO : I. PRESENTACIÓN.—II. LA INOPONIBILIDAD EN EL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL.—III. LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 Y SU SUSTITUCIÓN POR LA PURGA EN LA CONTRARREFORMA HIPOTECARIA DE 1869.—IV. LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. 4.1. La opción por el mantenimiento en vigor de la Ley Hipotecaria. 4.2. La división de funciones entre el Código civil y la Ley Hipotecaria en la regulación del sistema integral —esto es, *inter partes* e *inter tertios*— de transmisión de titularidades inmobiliarias. 4.3. Las remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria.—V. EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN INMOBILIARIA ENTRE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO CIVIL Y EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1946. LA INOPONIBILIDAD COMO EJE DEL SISTEMA TRANSMISIVO *INTER TERTIOS*.—VI. EL ESCENARIO EXISTENTE A LA ENTRADA EN VIGOR DEL TEXTO REFUNDIDO DE 1946.—VII. LA LEGITIMACIÓN Y LA FE PÚBLICA REGISTRALES COMO PRINCIPALES INNOVACIONES DE LA LEY DE REFORMA HIPOTECARIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944.—VIII. LA INTERACCIÓN ENTRE INOPONIBILIDAD Y FE PÚBLICA REGISTRAL EN EL SISTEMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1946, SEGÚN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.—IX. REVISIÓN DE LA POSICIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DOMINANTE. 9.1. régimen jurídico de la propiedad no inscrita. el sistema de transmisión *inter vivos* y a titulo oneroso de la propiedad inmueble no inmatriculada. 9.2. régimen jurídico de la propiedad inscrita. el sistema registral de transmisión

inter vivos Y A TITULO ONEROSO DE LA PROPIEDAD INSCRITA DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA.—X. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA INOPONIBILIDAD Y DE LA FE PÚBLICA REGISTRALES EN LOS CASOS DE CONFLICTOS ENTRE ADQUIRENTES.—XI. INOPONIBILIDAD Y FE PÚBLICA REGISTRALES COMO LÍMITES A LA TEORÍA DEL TITULO Y EL MODO.—XII. LA RELACIÓN ENTRE INOPONIBILIDAD Y FE PÚBLICA REGISTRALES EN UNA SITUACIÓN DE PLENA INSCRIPCIÓN *DE FACTO*.

I. PRESENTACIÓN.

La inoponibilidad de los títulos no inscritos se halla recogida, esencialmente, en los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria. La fe pública registral se halla recogida, esencialmente, en el artículo 34 de esta última. Esta circunstancia podría inducir a creer que este trabajo tiene por objeto indagar acerca de si el tercero del artículo 32 y el del artículo 34 de la Ley Hipotecaria son el mismo —tesis monista— o son distintos —tesis dualista—. No es ese, sin embargo, su objeto.

Mientras en el sistema registral francés —también en el italiano— impera el efecto de inoponibilidad de los títulos no publicados frente a los publicados, pero se desconoce la fe pública registral y en el sistema registral alemán rige la fe pública registral, pero se desconoce la inoponibilidad, sin embargo, en el sistema registral español rigen tanto la inoponibilidad como la fe pública registrales.

Esta situación ha dado lugar a que tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan dado prevalencia a la inoponibilidad relegando la fe pública registral a una función meramente residual. Así, no se reconoce al artículo 34 de la Ley Hipotecaria ninguna función en los supuestos ordinarios, esto es, en aquellos en los que el titular registral dispone a favor de un adquirente que inscribe su adquisición, sino solo en aquellos supuestos en los que el titular registral realiza una doble transmisión[1]. Su función consiste en salvar la falta de titularidad o poder de disposición del transmitente en aras de la seguridad del tráfico jurídico, protegiendo al segundo adquirente que reúne los requisitos que el precepto especifica

Este enfoque sitúa al sistema español junto al francés, del que solamente se diferenciaría porque este último no exige la *traditio* para que se complete el proceso adquisitivo, mientras que el español sí la exige. En ambos países los sistemas registrales desempañarían una función de *publicidad* de los documentos que acreditan la celebración de los actos y negocios jurídicos traslativos —en el caso francés—, o con finalidad traslativa —en el caso español—, siendo la *inoponibilidad* su efecto esencial, si bien el sistema español, en aras de la protección del tráfico jurídico, habría dado un paso más incorporando la denominada *fe pública registral,* en cuya virtud, en determinadas circunstancias, y en aras de la

protección de la confianza de los adquirentes, la inscripción puede privar al denominado *verus dominus* de su derecho, dando lugar a adquisiciones *a non domino*. Esta sería, además, la única función de la fe pública registral en nuestro sistema.

Esta *ubicación conceptual* del sistema registral español y esta minimización de la fe pública registral son las responsables, en buena medida, de la mala inteligencia de la función del Registro de la Propiedad dentro del sistema transmisivo de bienes inmuebles, mala inteligencia de la que ya se lamentaba OLIVER y ESTELLER[2] hace más de un siglo.

Partiendo de este estado de cosas, este artículo tiene por objeto estudiar la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registrales dentro del sistema registral inmobiliario español.

II. LA INOPONIBILIDAD EN EL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL.

La voluntariedad de la inscripción fue una de las innovaciones fundamentales de la Ley Hipotecaria de 1861, separándose de lo establecido por la legislación anterior. En efecto, la Ley Hipotecaria de 1861 estableció, con carácter general, el principio de *voluntariedad de la inscripción*, derogando su obligatoriedad, junto con la sanción de nulidad por falta de inscripción[3]. Ambas innovaciones han sido mantenidas por la Ley Hipotecaria de 1944, lo que es una de las características y, también, uno de los aciertos fundamentales del sistema registral inmobiliario español, pues evita rigideces y la consideración de la propiedad no inscrita como una propiedad irregular o clandestina.

En sustitución de la regulación precedente, el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 reguló la denominada inoponibilidad de los títulos no registrados:

"Los títulos mencionados en los artículos 2º y 3º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero"[4]

La importancia de este precepto era de tal calibre que, como señaló el Ministro de Gracia y Justicia, FERNÁNDEZ NEGRETE, en la sesión del Congreso de 9 de enero de 1860, con una cierta exageración, él solo era la ley entera:

"Señores, si se analiza bien esta ley, el artículo 23 es él solo la Ley Hipotecaria: se pudiera decir sin exageración que esta ley fundamentalmente no es más que el artículo 23; es decir, que no tiene más que un solo artículo y una sola excepción, el artículo 354: "Los títulos no inscritos en el registro no podrán perjudicar a tercero".

El sentido de este precepto era el siguiente: cuando dos personas se disputasen la titularidad sobre un bien, alegando cada una de ellas sendos actos o contratos debidamente documentados, incluso en escritura pública, en el caso de

que una de las escrituras hubiese sido inscrita y la otra no, esta última, sin perjuicio de su valor probatorio, no podía ser utilizada como prueba en perjuicio de la inscrita. Ello, por sí solo, ya constituía un fuerte estímulo para optar por el nuevo sistema que la ley instauraba[5].

Naturalmente, una norma así sólo tenía sentido porque convivían ambos sistemas —propiedad inscrita y propiedad no inscrita— como consecuencia de la voluntariedad de la inscripción. En otro caso, solamente hubiera tenido sentido si se hubiera articulado como norma transitoria, si bien, dicha norma tiene un sino transitorio, pues, hipotéticamente, una vez alcanzada la inscripción de toda la propiedad inmueble, los conflictos de adquisiciones se plantearían, por definición, entre titulares de propiedad inscrita, no entre titulares de propiedad no inscrita, por un lado, y titulares de propiedad inscrita, por otro lado, y, por lo tanto, ya no se resolverían por la vía del artículo 23 sino, en todo caso, por la del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La decisión de no sustituir el viejo sistema del Derecho común por el nuevo sistema del Derecho de la seguridad del tráfico, articulado en el ámbito inmobiliario mediante la introducción del sistema de fe pública registral, y, en su lugar, optar por la coexistencia de ambos, si bien con una norma de conflicto favorable a este último, merece, a mi juicio, una valoración favorable. Es más, esta decisión puede considerarse uno de los principales aciertos del legislador hipotecario de 1861 y de los posteriores.

En efecto, ello evitaba la imposición *forzosa* del nuevo sistema, imposición que, de haberse llevado a cabo, hubiese significado, muy probablemente, un nuevo fracaso y una vuelta a la clandestinidad, lo cual hubiese revestido una mayor gravedad porque, prácticamente culminado el proceso desamortizador, toda la propiedad era libre, lo que hubiera significado la clandestinización de una parte, probablemente importante, a la vista de la evolución posterior[6], de las propiedades existentes, lo cual hubiera dificultado el desarrollo de los mercados hipotecario e inmobiliario y, como efecto derivado, de la agricultura, que era la finalidad pretendida.

La masiva legalización —sin coste alguno, lo que debe ser resaltado— de propiedades clandestinas conforme al régimen anterior que supuso la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1861 y la concesión al mercado de la posibilidad de optar entre ambos sistemas fueron dos de las más sabias y prudentes decisiones adoptadas por el legislador de 1861.

La escasa utilización del nuevo sistema durante largo tiempo —en 1944, según la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de ese año, todavía había un 60% de la propiedad sin inscribir y, además, se había iniciado una fuerte corriente desinscribitoria— demuestra lo acertado de la medida. El legislador dejó en manos del mercado elegir el grado de protección preferido y el mercado fue

eligiendo, pasándose lenta y progresivamente al nuevo sistema, conforme iba aumentando el valor de las propiedades, el volumen de circulación y las necesidades de crédito.

Estrechamente ligada con esta decisión, se halla otra especialmente destacada por GARCÍA GARCÍA[7], cual es la regulación de las acciones respecto a tercero contenida en el artículo 36 de la Ley, conforme al cual, *las "acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta Ley"*.

La razón de esta excepción radica en que, en aquella época, estas acciones afectaban a los terceros, al no existir la distinción entre efectos reales y personales que luego clarificaría el Código civil. Como señala GARCÍA GARCÍA,[8] la Ley Hipotecaria de 1861 dio el primer paso limitador del alcance de estas acciones; posteriormente, el Código civil clarificó el alcance personal de las mismas en el ámbito extrarregistral, si bien cabe tomar anotación preventiva de las mismas y, de ese modo, afectar a terceros.[9]

El Código civil introduciría una norma semejante a la del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 y con la misma función, el artículo 606, según el cual:" *Los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudicarán a tercero".* Es importante subrayar también que el artículo 1473 del Código civil dispondría: "*Si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores ... Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro"*[10]. Ambas normas son una consecuencia directa de la inoponibilidad consagrada por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861.

III. LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 Y SU SUSTITUCIÓN POR LA PURGA EN LA CONTRARREFORMA HIPOTECARIA DE 1869

La Ley Hipotecaria de 1861 no solo reguló la inoponibilidad sino también la denominada fe pública registral.

En efecto, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861 disponía:

"No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos ó contratos que se ejecuten ú otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito.

Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después que empiece a regir la presente Ley, y no será aplicable en ningún tiempo al título inscrito, con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiera dicho título"[11]

La reacción de los propietarios ante este precepto [12] fue tal que, en realidad, esta norma nunca llegó a estar vigente, al prorrogarse sucesivamente su entrada en vigor. La primera de las prórrogas fue aprobada por el Gobierno bajo su responsabilidad sin necesidad de refrendo legislativo alguno, mediante el Real Decreto de 31 de diciembre de 1863 y con aplauso general, según OLIVER [13] . Amparado en la disolución del Congreso, el Gobierno prorrogó de nuevo y por tiempo indefinido las normas transitorias *"hasta tanto que se dicte la disposición legislativa correspondiente"*, mediante Real Decreto de 19 de diciembre de 1865.

Pese a todo ello, este era el verdadero eje de la reforma, el precepto que cambió de manera radical —o mejor, que intentó cambiar, pues nunca llegó a entrar en vigor— la naturaleza y función de la inscripción en relación a las que había tenido hasta ese momento, el precepto que instrumentaba el cambio desde el Derecho común al Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario. Y, precisamente por ello, se concentraron sobre él todas las fuerzas que se resistían al cambio.

Para apreciar el impacto que produjo —en rigor, que pretendió producir— el cambio de sistema, resultan iluminadoras las siguientes palabras del Sr. ORTIZ DE ZÁRATE:

"Esto, en mi opinión, señores, es muy grave; aquí se viene a sancionar un principio enteramente opuesto a los principios y a las acciones legales. Hasta hoy entre nosotros era un axioma que el dueño perseguía la cosa donde quiera que la encontrase, y otro axioma era que nadie podía dar lo que no tenía. Esos dos axiomas vienen abajo con esta ley".[14]

En efecto, hasta ese momento, el Derecho civil patrimonial aparecía gobernado en el ámbito inmobiliario por los principios "*nemo dat quod non habet"* y su consecuencia lógica "*ubi rem meam invenit ibi vindico"*. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861, a partir de ese momento y en relación a los derechos inscritos —y tan sólo en relación a ellos— se entendía que tales principios quedaban derogados cuando entraban en colisión con la inscripción registral y cedían en favor del tercer adquirente que,

habiendo adquirido de quien, según el Registro, era titular del derecho inscrito, inscribía, a su vez, el derecho adquirido del mismo. [15]

En realidad, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria había introducido un nuevo sistema transmisivo, sistema que, a su vez, podía legitimar, en ciertos casos excepcionales, ciertas adquisiciones *a non domino* en aras de la seguridad del tráfico jurídico, sin que pueda afirmarse que esta fuera la función del citado precepto, sino solamente una consecuencia que podría producirse en ciertos casos excepcionales, como consecuencias de errores cometidos en el procedimiento registral, como expondré al referirme a este asunto al tratar de la Ley Hipotecaria de 1944/46.[16]

Sin duda, el sistema introducido por la Ley Hipotecaria de 1861 estaba llamado a pivotar sobre la inscripción: según su artículo 23 los títulos no inscritos no eran oponibles frente a los inscritos; y, según el artículo 34, si se adquiría de un titular inscrito y, a su vez, el adquirente inscribía el derecho adquirido, quedaba inmune frente a las causas de anulación o de resolución del derecho de transmitentes anteriores al suyo que no constasen claramente en el Registro.

Como afirmó el senador Arrazola, antiguo Ministro de Justicia, durante la discusión en el Senado del proyecto de Ley Hipotecaria de 1861:

"...eso es lo que había de hacer la nueva ley hipotecaria: dar ensanche a la propiedad, convertirla en moneda territorial que pueda pasar de mano en mano como pasa un pagaré o una letra..."[17]

Los sectores opuestos al nuevo sistema, sin embargo, consiguieron forzar la interpretación del nuevo artículo 34 en el sentido de que si un titular inscribía su derecho, dicho titular seguía conservando todas las facultades reconocidas por el Derecho común y, por lo tanto, podía ejercitarlas incluso contra titulares inscritos con posterioridad, aun cuando las causas de anulación o resolución de su derecho no constasen inscritas.

La eficacia del nuevo sistema quedaba reducida, pues, a las relaciones entre titulares inscritos y no inscritos. Y, de hecho, durante el periodo transitorio, —sucesivamente prorrogado—, el nuevo sistema no era eficaz ni siquiera en las relaciones entre titulares inscritos y no inscritos. La inscripción, por lo tanto, no ofrecía protección alguna y, en consecuencia, seguía siendo preferido como propietario quien tuviese el título más antiguo, lo hubiese inscrito o no.

Sin embargo, dada la necesidad de activar el crédito territorial, el Ministerio de Hacienda tomó la iniciativa y, a través de un Decreto de 5 de febrero de 1869 intentó, por un lado, acabar con el inacabable periodo transitorio y, por otro lado, reforzar la seguridad del tráfico jurídico, potenciando la fe pública registral, cuya nueva formulación recogía el artículo 11 del Real Decreto, a cuyo tenor:

"Las fincas hipotecadas a las instituciones de crédito territorial legalmente constituidas no responderán de ninguna obligación o carga no inscrita anteriormente en el Registro de la Propiedad sobre las mismas fincas mientras que dichas instituciones no estén satisfechas de su crédito".

No obstante, el Ministerio de Justicia, cuando reforme unos meses después la Ley Hipotecaria de 1861 no seguirá este camino sino el del Anteproyecto de Ley de Bases del año anterior, reabriendo el periodo transitorio, reclamando la ayuda de una purga renovada y reduciendo la fe pública registral a la mínima expresión.

En efecto, la Base XII del Anteproyecto de Bases de la Ley Hipotecaria de 23 de julio de 1868 disponía:

"La sentencia de liberación extingue...todos los derechos y todas las acciones que antes de ella hubieran podido ejercitarse por cualquier causa o motivo, ya sean en virtud de títulos no inscritos como inscritos cuando las inscripciones sean defectuosas o se hayan extinguido con arreglo al artículo 77 de la Ley".

De este modo se preparó el camino para la contrarreforma hipotecaria de 21 de diciembre de 1869, en la que la fe pública registral cedió ante la purga, que ya no se concebía como un mecanismo de seguridad complementario al de la fe pública sino que la sustituyó[18].

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1869 quedó redactado de la siguiente manera:

"No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos ó contratos que se ejecuten ú otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito ó de causas que no resulten claramente del mismo Registro ó si la inscripción se hubiere notificado ó hecho saber a las personas que en los veinte años anteriores hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes, y no hubieran reclamado contra ella en el término de treinta dias.

La notificación á que se refiere el párrafo anterior se verificará á solicitud del que, según el Registro, sea dueño del inmueble ó del derecho real, por el mismo registrador, verbalmente ó por escrito, á los anteriores adquirentes que tuviesen registrado su derecho y residan en el territorio del Registro, y por edictos á los que se hallen ausentes ó no sean conocidos, y á los herederos de los que hayan fallecido.

Los requeridos de cualquiera de estos modos que en el término de treinta dias no presenten en el Juzgado ó Tribunal correspondiente demanda que pueda invalidar la inscripción notificada, no podrán hacer valer su derecho, si alguno

tuviese, contra el tercero que inscriba después el suyo en la forma debida sobre la misma finca, aunque la inscripción anterior provenga de un título falso ó nulo.

La notificación personal se verificará dejando en poder del requerido un breve extracto de la parte de la inscripción que pueda interesarle, recogiendo recibo de ella, ó si no fuera posible extendiendo el mismo Registrador una diligencia de entrega. Si el requerido contestase verbalmente que no tiene reclamación que hacer ó dejare transcurrir el término de los treinta dias sin traer al Registro documento que acredite la presentación de su demanda, el Registrador lo hará constar también por diligencia. Cuando el requerido contestase por escrito será este firmado de su puño, y el Registrador lo conservará en su Archivo.

Los edictos, en su caso, se publicarán y fijarán por el Registrador en los parajes acostumbrados del lugar en que radique la finca y del pueblo del Registro, y en el Boletín oficial de la provincia.

Si en los treinta dias señalados no se entablare demanda que pueda dejar sin efecto la inscripción, el Registrador, ocho dias despues, pondrá en esta una nota marginal expresando aquel resultado. En cualquiera otro caso no se extenderá dicha nota hasta que sea vencido en juicio el anterior adquirente que hubiera reclamado contra la inscripción.

Lo dispuesto en este artículo no será aplicable á la inscripción de la mera posesión, á menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho inscrito"

En el aspecto concreto de las notificaciones, la reforma introducida por la Ley Hipotecaria de 1869 ha permanecido en vigor[19] hasta que la reforma de 1944/46 las suprimió, época en la que, según parece, el sistema de notificaciones ya había sido desterrado por el desuso, según afirma GARCÍA GARCÍA[20].

De ser así, ello se debe a que, de hecho, hacía tiempo que había desaparecido su razón de ser. En efecto, el expediente de liberación había sido introducido en 1861 con el objetivo de permitir a los propietarios inscritos extinguir las cargas ocultas que gravaban sus fincas por razón del viejo Derecho que el legislador había decidido respetar.

En 1869 se dio, como resulta de lo expuesto, un paso más y se admitió la existencia de acciones y derechos ocultos nacidos de derechos inscritos: el título inscrito, aun en lo que el asiento no publicaba y, por lo tanto, ocultaba, también perjudicaba. En consecuencia, no cabía deducir de la inscripción presunción alguna de legitimidad y existencia del derecho en los términos que el asiento recogía.

Por otro lado, en 1875 concluyó el denominado periodo transitorio, por lo que, a partir de ese momento, ya no cabía inscribir los derechos adquiridos con anterioridad al 1 de enero de 1863 con efecto retroactivo. Finalmente, la reforma

hipotecaria de 1909 dispuso la caducidad de los asientos de las contadurías en cinco años.

De este modo, gran parte de las cargas ocultas que podrían perjudicar al tercero hipotecario fueron declaradas extinguidas por ministerio de la ley, por lo que, en gran parte, desaparecieron las razones que justificaban el expediente de liberación: la purga legal había acabado con la necesidad de la judicial[21].

Ello permitiría que poco a poco se fuera abriendo camino el denominado principio de legitimación, fundamento lógico de la fe pública registral. Pero habría que esperar hasta la Ley Hipotecaria de 1944.

IV. LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

4.1. La opción por el mantenimiento en vigor de la Ley Hipotecaria.

Tras muchas vicisitudes, finalmente se aprobó el Código civil, hallándose en vigor la Ley Hipotecaria de 1869, ley especial que el legislador optó por mantener en vigor, incorporando solamente algunas referencias a la hipoteca —artículos 1874 a 1880— y a los asientos registrales —artículos 605 a 608—. El Código optó por el sistema de transmisión denominado del titulo y el modo —artículos 609 y 1095 del Código civil— e incorporó numerosas remisiones a la Ley Hipotecaria, especialmente en materia de transmisión de bienes inmuebles. [22]

Las razones de esta decisión probablemente se encuentren en que la incorporación de los preceptos más importantes de la Ley Hipotecaria al Código civil hubiera supuesto una diversidad de sistemas hipotecarios entre las provincias sujetas a legislación común y las provincias aforadas, lo que entendía la Comisión que no se conciliaba con la Ley de Bases de 1888 y, además, menoscababa la necesaria unidad en esta materia.[23]

4.2. La división de funciones entre el Código civil y la Ley Hipotecaria en la regulación del sistema integral —esto es, *inter partes* e *inter tertios*— de transmisión de titularidades inmobiliarias.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 ya había precisado que no era competencia suya la regulación de los efectos *inter partes* del sistema transmisivo inmobiliario, pero que le correspondía la competencia plena para regular los efectos en relación a terceros. Así, puede leerse en la citada Exposición de Motivos:

"Nuestras Leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la distinción entre titulo y modo, y establecieron que el título solo produjera una acción personal,

pero que la propiedad y los demás derechos de la cosa y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, solo nacieran de la tradición, ó lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles".

La Exposición de Motivos no incluía, al hablar de *"nuestras leyes*", es decir, del sistema tradicional, al Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851, el cual, por una parte, nunca se convirtió en ley y, por otra parte, diversamente, pretendió incorporar el sistema francés de transmisión *solo consensu.* En efecto, el artículo 548 de dicho Proyecto disponía:

"La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción", precisando el artículo 981: "La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad, lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los artículos 1859 y siguientes del titulo XX de este capítulo".

Es preciso resaltar que el Proyecto de GARCÍA GOYENA, al optar por el sistema francés de transmisión de la propiedad, optó también por un sistema registral de mera inoponibilidad, de modo que la fecha del título a efectos de terceros era la de la publicación, no la del titulo. En este sentido, el artículo 1858, párrafo primero, disponía:

"Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo 2o de este título, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público", prefiriendo, en caso de doble disposición, a quien primero hubiese inscrito.

En este mismo sentido, el artículo 1859, disponía: "*Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título."*

Y, para que se produjera este efecto, no se exigía buena fe, al igual que en el sistema francés, por lo que, supuestamente, si un adquirente conocía la existencia de un titulo previo no publicado, ese conocimiento no impedía que quedase protegido si publicaba su titulo[24].

"Por esto —continúa la Exposición de Motivos— se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes y vuelve al antiguo principio establecido por Don Carlos y Doña Juana, y seguido por Don Felipe II, por Don Felipe V y por Don Carlos III, de que la falta de inscripción solo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse".

Después de dejar claro que la Ley Hipotecaria no entra en los efectos *inter partes* del sistema transmisivo, sea el del título y modo o el de *solo consensu,* afirma con claridad:

"Lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el órden de las transacciones, da lugar á que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento".

En otros términos, la Exposición de Motivos considera que no es de su competencia regular los efectos *inter partes* del sistema transmisivo, esto es, qué procedimiento o procedimientos hay que seguir para adquirir la titularidad sobre un inmueble n relación al transmitente, pero sí lo es regular los efectos de dicho sistema transmisivo en relación a terceros, esto es, *inter tertios.* Así, continúa diciendo la Exposición de Motivos:

"Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos ó traspasados, en cuanto conste su inscripción en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto á otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción".

En definitiva, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 se refiere expresamente a la teoría del título y el modo, habla explícitamente de tradición y precisa que los efectos de tal sistema transmisivo solo tienen lugar *inter partes,* pero no *inter tertios*, para lo que es necesaria la intervención del Registro de la Propiedad, lo que es especialmente relevante para entender la función de este en el sistema transmisivo inmobiliario, especialmente en un entorno de contratación impersonal, como es el propio de una economía de mercado, pleno de incertidumbres sobre, v.gr. identidad del titular del *ius disponendi* y cargas preferentes al derecho que se desea adquirir.

Un entorno en el que, además, la facilidad de las transacciones es un aspecto crítico del sistema, dada la interdependencia entre todos los agentes económicos, lo que exige un especial rigor en el cumplimiento de los requisitos del sistema transmisivo tanto para que produzca efectos *inter partes* como para que produzca efectos *inter tertios.*

En todo caso, esta decisión ha tenido como consecuencia que el Código civil solo regule de una manera directa el sistema de adquisición derivativa *inter partes*, remitiendo a la Ley Hipotecaria para todo lo relativo a bienes inmuebles

—artículo 1537 del Código civil— lo que implica la regulación del sistema adquisitivo *inter tertios* de tales bienes.[25]

En mi opinión, el hecho de no haber tenido en cuenta de un modo apropiado esta división de funciones entre el Código civil y la Ley Hipotecaria está en el origen de la inteligencia inadecuada del sistema integral de adquisición derivativa de bienes inmuebles. Quizás, cuando se tomó esta decisión no se tuvo conciencia de que la regulación del sistema de adquisición *inter tertios*, incide directamente en el sistema adquisitivo *inter partes*, como veremos, pues ambos conforman un mismo sistema.

El Código civil regula los sistemas de transmisión —o adquisición— *inter partes,* es decir, entre A y B: qué debe hacer A si desea transmitir a B y qué debe hacer B si desea adquirir de A. A esos sistemas o modos se refiere el artículo 609 del citado Código. El arquetipo de sistema o modo transmisivo *inter vivos* es la compraventa, el acto de mercado por excelencia, a la que tomaré, por ello, como modelo. El Código civil centra su regulación en los diferentes aspectos que afectan a ese contrato y, además, lo hace desde una perspectiva esencialmente intracontractual, es decir, de los efectos que producen entre los contratantes,[26] con la excepción del artículo 1473, que aborda la cuestión de qué sucede cuando una misma cosa es vendida por un mismo sujeto a dos o mas personas distintas.

El Código civil no contiene ningún mecanismo dentro de sí que permita solventar por sí solo dos de las principales incertidumbres de cualquier adquirente: quien es el titular del *ius disponendi* y qué cargas y/o derechos de naturaleza real existen sobre la cosa que atribuyan a sus titulares un derecho preferente.

Debe observarse que en una economía de mercado, caracterizada por la contratación impersonal, el problema característico no es qué debe hacer A para transmitir a B o qué debe hacer B si desea adquirir de A. Cuando una sociedad alcanza el estadio evolutivo de una economía de mercado, su sistema jurídico ya hace tiempo que ha resuelto ese problema. Una economía de mercado se caracteriza por la alta densidad contractual, de modo que los inmuebles cambian de mano con cierta frecuencia.

Coexisten simultáneamente sobre ellos derechos reales de diferente naturaleza como consecuencia de la especialización productiva, no todos ellos susceptibles de posesión. Adicionalmente, el elevado número de habitantes de la jurisdicción de un Estado —o, en una economía global, de todo el mundo— hace que la contratación tenga lugar con una elevada frecuencia entre personas que no se conocen entre sí. Todo ello hace que los problemas relevantes no sean únicamente los *intracontractuales* sino también los *intercontractuales* porque, en ese contexto, el contrato es el instrumento ordinario de intercambio de bienes y servicios y, por lo tanto, de reasignación permanente de recursos hacia quienes en cada momento creen que harán un mejor uso de ellos. Se hace, por ello, preciso

asegurar que la concatenación intercontractual asegura la concatenación de las titularidades sucesivas.

En definitiva, en una economía de mercado, caracterizada por la contratación impersonal[27] pasan a primer plano los efectos que la transacción entre A y B puede tener sobre C; los de las transacciones entre A y B y entre B y C sobre sobre D, los de las transacciones entre A y B, B y C y C y D sobre E, así como de las eventuales reclamaciones de terceros sobre cada uno de los adquirentes anteriores. Es decir, pasan a primer plano, junto a las relaciones intracontractuales o *inter partes*, las relaciones intercontractuales o *inter tertios*.

El Código civil no resuelve las incertidumbres referidas de una manera directa sino que, tratándose de inmuebles, trata se resolverlos mediante remisión a la Ley Hipotecaria. Esta es la racionalidad subyacente de la división de funciones entre el Código civil y la Ley Hipotecaria en la regulación del sistema integral —esto es, *inter partes* e *inter tertios*—, de transmisión/adquisición de bienes inmuebles en el ordenamiento jurídico español.

4.3. Las remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria

El Código civil contiene numerosas remisiones a la Ley Hipotecaria. PAU PEDRÓN las clasifica en cuatro grupos:

1. Artículos que determinan la eficacia general del Registro de la Propiedad: artículo 606 —inoponibilidad de los títulos no inscritos— y artículo 607 —publicidad—.

2. Artículos que determinan la eficacia del Registro de la Propiedad respecto de datos o derechos concretos: artículos 609 —demanda de revocación de donaciones—;1473 —doble venta—, 1524 —retracto legal—;1549 —arrendamientos—; 1875 —hipoteca—; 1638, 1639 y 1646 —enfiteusis—;1923 y 1927 —créditos hipotecarios y refaccionarios—; 1949 —prescripción—

3. Articulos de técnica registral: artículos 192 —en la inscripción que se haga en el Registro de la Propiedad de los inmuebles que acrezcan a los coherederos se expresará la reserva a favor del ausente—; 977 —obligación de anotar en el Registro de la Propiedad la cualidad de reservables de los bienes inmuebles—; 1333 —si las capitulaciones se refieren a inmuebles se tomará razón de ellas en el Registro de la Propiedad—; 1436 —la demanda de separación de bienes y la sentencia en que se declara han de anotarse e inscribirse, respectivamente, en el Registro de la Propiedad—.

4. Artículos de remisión genérica a la Ley Hipotecaria —608, 647, 977, 1333, 1875, 1880—, o de salvedad —cláusulas “sin perjuicio”—, 975, 1124, 1510, 1537, 1571.

A los efectos de determinar la función del Registro de la Propiedad dentro del sistema transmisivo de bienes inmuebles, interesan especialmente las remisiones que determinan la eficacia general del Registro de la Propiedad: artículos 606 —inoponibilidad de los títulos no inscritos— y 607 —publicidad—, así como los que contienen una remisión genérica a la Ley Hipotecaria —608, 647, 977, 1333, 1875, 1880, o de salvedad —cláusulas "sin perjuicio"—, 975, 1124, 1510, 1537, 1571.

En relación a las remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria , conviene resaltar dos aspectos especialmente relevantes a los efectos de este estudio:

1. Las remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria implican la prevalencia de ésta en materia inmobiliaria por mandato del propio Código civil. Por lo tanto, en las materias objeto de remisión debería procederse a interpretar el Código civil con sujeción a lo que dispone la Ley Hipotecaria.

2. Las remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria son remisiones *dinámicas,* no *estáticas,* y, por lo tanto, se entienden referidas a la Ley Hipotecaria vigente en cada momento y no solo a la Ley Hipotecaria vigente en el momento de la promulgación del Código civil, que era la Ley Hipotecaria de 1869.

V. EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN INMOBILIARIA ENTRE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO CIVIL Y EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1946. LA INOPONIBILIDAD COMO EJE DEL SISTEMA TRANSMISIVO *INTER TERTIOS*.

El artículo 606 del Código civil recogió el efecto de inoponibilidad de los títulos no inscritos con la misma redacción que el párrafo primero del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861[28], pero no el de fe pública registral porque había sido derogado por la Ley Hipotecaria de 1869. El artículo 608, por su parte, contiene una remisión general a la Ley Hipotecaria para determinar, entre otros extremos, los "efectos" y el "valor" de los asientos registrales y, entre los efectos de los mismos, se hallaba la inoponibilidad —confer.: artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1869— pero no se hallaba la fe pública registral, pues la Ley Hipotecaria de 1869 había derogado el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861, sustituyendo la fe pública registral por el sistema de notificaciones, por lo que la inoponibilidad continuaba siendo el efecto caracterizador del sistema registral vigente a la entrada en vigor del Código civil.

Como consecuencia de todo ello, tras la publicación del Código civil, el sistema de transmisión/adquisición de titularidades inmobiliarias *inter vivos* a titulo oneroso era el del titulo y el modo, completado por un sistema registral de documentos o mera inoponibilidad, de corte francés. El escenario resultante

fue que ni el Código civil ni la Ley Hipotecaria podían resolver por si solos la principal incertidumbre de un escenario de información incompleta como es el propio de una economía de mercado: la identificación del titular del *ius disponendi*. Todo ello en un contexto en el que la inmensa mayoría de las propiedades inmobiliarias llevaban una vida jurídica enteramente al margen del Registro y aún de la documentación pública, por lo que se hallaban en una situación próxima a la informalidad.

La bifurcación formal o normativa del sistema de transmisión/adquisición de titularidades inmobiliarias *inter vivos* a titulo oneroso entre el Código civil y la Ley Hipotecaria, junto con el hecho de que la Ley Hipotecaria vigente a la entrada en vigor del Código civil tuviese como efecto más importante la inoponibilidad, ha tenido, además, otra consecuencia relevante: a la hora de estudiar el sistema adquisitivo doctrina y jurisprudencia se han centrado en el Código civil.

No solo eso, buena parte de la doctrina centra la potencia transmisiva en el título en los "*ciertos contratos*" del artículo 609 del Código civil —pese a que la Base 20 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 que le sirve de fundamento dice claramente que *"los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir*"— relegando la tradición a un mero traspaso posesorio simbólico en cumplimiento de una obligación de entrega de un negocio jurídico obligatorio precedente. A ello también ha contribuido que, si bien el Código civil consagró la teoría del título y el modo, sin embargo, la tradición es el único modo de los mencionados por el artículo 609 que carece de una regulación específica en el Código civil español, no así en el Código civil de Cataluña —confer.: artículo 531 del Código civil de Cataluña— por lo que, en el ámbito del Código civil español, se considera como tal la regulación de la obligación de entrega del vendedor en la compraventa.

Ello implica dar una relevancia desmesurada a la posesión a titulo de dueño como signo de propiedad, relevancia que, a mi juicio, no es consistente ni con la variedad de títulos posesorios que permiten los inmuebles, ni con la variedad de derechos de aprovechamiento simultáneos que permiten estos mismos bienes, ni con el hecho de que, en un moderno Estado de Derecho la propiedad es una función del Estado. Como afirma OLSON[29], puede haber Estado sin derecho de propiedad pero no derechos de propiedad sin Estado. Este es, como sostienen NORTH y THOMAS[30], un arreglo institucional por el cual los gobernantes administran justicia mediante la definición y atribución de los derechos de propiedad a cambio de impuestos. En este contexto adquieren mayor relevancia los títulos mediante los cuales el Estado reconoce la propiedad que la posesión derivada de los títulos mediante actos o negocios entre particulares sin someterlos al reconocimiento por parte del Estado.

Como consecuencia, se extendió la opinión general de que el Registro de la Propiedad no formaba parte del sistema transmisivo/adquisitivo, quedando relegada su función a la de instrumento de publicidad de procesos transmisivos consumados extrarregistralmente.

La consecuencia más relevante de que el Código civil no resuelva por si mismo la principal incertidumbre en un contexto de contratación impersonal —la identidad del titular del *ius disponendi*— sino que intente resolverla mediante remisión a la Ley Hipotecaria y la Ley Hipotecaria vigente a la entrada en vigor del Código civil no incorporara la legitimación ni la fe pública registrales entre los efectos de la inscripción, sino solo la inoponibilidad, consistió en que la inscripción, al igual que sucede en el sistema francés, no permitía conocer quién era el dueño o persona con poder de disposición de la que había que adquirir. El sistema no despejaba, pues, la incertidumbre básica: la identidad de la persona de la que había que adquirir para evitar el riesgo de evicción. Sí permitía conocer, sin embargo, las hipotecas existentes en la medida en la que éstas debían ser expresas y el Código civil, en su artículo 1875 exigía la inscripción "*para que la hipoteca quede válidamente constituida"*[31].

La Ley Hipotecaria de 1861 recogía explícitamente la prioridad registral —artículo 17— y , también, el requisito del tracto sucesivo —artículo 20—, requisito éste que cobraba su pleno sentido en un sistema registral que recogiera el sistema de transmisión registral con el efecto de fe pública registral en su artículo 34.

En efecto, dado que la introducción de la denominada fe pública registral implica la pérdida de la acción reivindicatoria para el propietario en relación a los adquirentes que reúnan los requisitos necesarios para ser protegidos por la misma, la pérdida de tal facultad debía ser compensada introduciendo un mecanismo que asegurase al titular registral que nadie podría disponer del derecho sin su consentimiento.

Para ello, la Ley Hipotecaria de 1861 introdujo la *exigencia de tracto sucesivo*[32]. De este modo, como afirma GARCÍA GARCÍA[33], el titular registral tiene la seguridad de que no se producirá ninguna modificación del derecho sin su consentimiento, o, como afirmaba JERÓNIMO GONZÁLEZ[34], una de las finalidades del tracto sucesivo es la de proteger al titular inscrito contra los actos de personas extrañas.

La Ley Hipotecaria de 1869 ya no incorporaba la fe pública registral por lo que no recogía la exigencia del tracto sucesivo de un modo tan explícito como la Ley Hipotecaria de 1861. En efecto, su artículo 20 decía que el hecho de que una finca no se hallase inmatriculada no era obstáculo para que el adquirente la inscribiera a su nombre *"si del título presentado ó de otro documento fehaciente resulta probado que aquella persona adquirió el referido dominio antes del dia 1º de Enero de*

1863; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición, tomándolas de los documentos necesarios al efecto".[35]

En rigor, por lo tanto, el artículo 20 no regulaba el tracto sucesivo sino un procedimiento de inmatriculación. Pese a ello, se entendió vigente la exigencia de dicho tracto. Así resulta de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de mayo de 1882 al decir que "*la rigurosa sucesión y encadenamiento que el tracto sucesivo implica, no solo es para dar la publicidad debida a tales actos, sino además, para impedir que el que no es dueño o no resulte serlo de una cosa disponga de ella en perjuicio del que la tiene inscrita a su favor*"[36] .

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1869 y antes de la entrada en vigor del Código civil, el tracto sucesivo fue regulado por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893[37], redacción que fue recogida y ampliada por el mismo artículo de la Ley Hipotecaria de 1909[38], estando vigente ya el Código civil .

En una primera aproximación puede pensarse que la exigencia del tracto sucesivo facilitaba la identificación del titular del *ius disponendi.*

La introducción de este requisito, sin embargo, pese a las apariencias, no respondía a las necesidades reales ni a la lógica interna de un sistema cuyo efecto esencial era la inoponibilidad. Se trataba de un sistema que no informaba sobre la existencia, extensión ni origen de los derechos. La introducción del tracto sucesivo no subsanaba esa deficiencia y, además, podía constituir una rémora en muchos supuestos para la inscripción, con la consiguiente inseguridad para quien adquiría y no podía inscribir y el consiguiente detrimento en la seguridad del tráfico jurídico y del crédito territorial.

A todo ello hay que añadir[39] que el legislador hipotecario no prestó especial atención a la forma de solucionar los supuestos de interrupción del tracto, lo que podía ocasionar múltiples dificultades en la práctica, ya fuera por un exceso de optimismo en la eficacia de los estímulos y sanciones establecidos para promover la inscripción, ya fuera porque ya se preveía la excepción en favor de la usucapión —artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1909—. Sin embargo, no siempre sería fácil recomponer la cadena ni conveniente esperar a la usucapión.

Ciertamente, no parece tener sentido exigir el tracto sucesivo sin dotar a las inscripciones de los efectos de legitimación y fe pública. Tampoco sin atribuir al registrador competencias calificadoras de fondo.

La Ley Hipotecaria de 1909 no introdujo la fe pública registral, aunque sí un sucedáneo de la legitimación registral y, consecuentemente, la atribución al Registrador de competencias calificadoras de fondo, esto es, referidas a "*la validez de las obligaciones de las escrituras públicas",* tal como rezaba el artículo 18 de la Ley.

En relación a los efectos legitimadores de la inscripción, el artículo 41 disponía:"

"Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos, y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe"

El artículo 41 no establecía, por lo tanto, una presunción de titularidad sino de posesión, lo que, por un lado, era irrelevante a efectos legitimadores y, por otro lado, produjo efectos indeseables que dieron lugar a la reforma del precepto. Como señala LACRUZ BERDEJO, fue la misma energía del precepto la que obligó a yugularlo. El uso del procedimiento para adquirir la posesión por parte de titulares inscritos cuya propiedad era discutible o cuyo derecho de desahucio no estaba plenamente justificado contra quienes cultivaban la tierra desde tiempo inmemorial determinó, primero, alteraciones del orden público[40] y, finalmente, una alteración decisiva en el texto del artículo 41, al cual un Decreto de 1927 convirtió en presunción de posesión *iuris tantum,* permitiendo oponerse al lanzamiento a los poseedores vigentes, que fácilmente podían evitarlo demostrando su posesión. Conforme a la nueva redacción:

"Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos, y por lo tanto gozará de todos los derechos consignados en el libro segundo del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe, mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica, o que existe un poseedor de mejor condición a tenor del artículo 445 del mismo cuerpo legal".

Complementariamente, se modificó el Reglamento Hipotecario de 1915. Conforme al artículo 100, en su nueva redacción, el titular podía solicitar, con arreglo a los artículos 2056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la posesión judicial y, si a esta solicitud se hiciese oposición por algún interesado, el juez, sin perjuicio de dar la posesión pedida, concedería al opositor un plazo de 15 días para que formulase por escrito su oposición, tramitándose el procedimiento con arreglo a las normas que rigen el interdicto de adquirir.[41]

En todo caso, al no incorporar la legitimación ni la fe pública registrales, sino solo la inoponibilidad la inscripción solo permitía invocar los contratos inscritos frente a terceras personas, no probar la existencia ni la titularidad de los derechos reales inmobiliarios, con lo que no resolvía la incertidumbre esencial en un entorno de contratación impersonal y que el Código civil no podía resolver por si solo, cual es la identificación del titular del *ius disponendi.*

VI. EL ESCENARIO EXISTENTE A LA ENTRADA EN VIGOR DEL TEXTO REFUNDIDO DE 1946

Según resulta de la denominada Exposición de Motivos —en realidad, texto introductorio— de la Ley de 30 de diciembre de 1944 de Reforma de la Ley Hipotecaria , " *a los dieciséis lustros de la promulgación de la más fundamental de nuestras Leyes hipotecarias, todavía se halla sin inscribir más del sesenta por ciento de la propiedad, se ha iniciado una corriente desinsecribitoria y, paulatinamente, se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad vencido en muchos países, y para cuya desaparición se dictó en nuestra Patria una de las Leyes «más científicas entre las nacionales»".* Probablemente, había una cantidad semejante de fincas sin documentar en escritura pública.

Esta situación se debía a diferentes razones. Una de ellas era que la inscripción no protegía adecuadamente al titular registral y otra razón adicional, relacionada con ella, era que la inscripción no solventaba la principal incertidumbre propia de un contexto de contratación impersonal cual es la identificación del titular del *ius disponendi,* pues el efecto caracterizador del sistema registral era la inoponibilidad, sin que la inscripción produjese efectos sustantivos —ni procesales— que sirviesen de titulo de legitimación para el titular registral ni protegiese a quien adquiría del mismo.

El hecho de que el sistema registral no pudiese identificar al titular del *ius disponendi* se hallaba íntimamente unido al hecho de que no hubiese un sistema de transmisión registral que produjese el efecto fe pública registral. A su vez, para que se pudiese producir este efecto esencial era preciso que la inscripción gozase de las presunción de exactitud e integridad de su contenido, de modo que pudiese ser considerada como título legitimador en el tráfico jurídico.

Como consecuencia de la voluntariedad de la inscripción, de la escasa protección que ésta proporcionaba al titular registral y de la ineptitud de la misma para identificar al titular del *ius disponendi*, menos del cuarenta por ciento de la propiedad inmobiliaria se hallaba inscrita, lo que tenía como consecuencia —tal y como reconocía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944— "*la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita, sometida a regímenes distintos*".

Con anterioridad a la entrada en vigor del Texto Refundido de 1946 —sin olvidar los demás efectos de la inscripción bajo la Ley Hipotecaria de 1909—, la principal diferencia entre ambos regímenes jurídicos consistía en la prevalencia del titulo inscrito frente al no inscrito, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 606 del Código civil y 23 de la Ley Hipotecaria de 1909, en íntima co-

nexión con lo dispuesto por el artículo 1473 del Código civil que, para el caso de doble venta de un bien inmueble, prefiere al que primero haya inscrito.

El panorama resultante era, por lo tanto, que la mayoría de la propiedad vivía fuera del Registro, que, respecto de ella, el sistema de transmisión *inter vivos* a título oneroso era el del título y el modo consagrado por los artículos 609 y 1095 del Código civil y que el efecto más relevante del Registro consistía en que, en el caso de doble venta, prevalecía el que primero hubiere inscrito su adquisición, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 606 y 1473 del Código civil y 23 de la Ley Hipotecaria, por lo que dicho efecto era percibido como el efecto caracterizador del sistema registral inmobiliario.

VII. LA LEGITIMACIÓN Y LA FE PÚBLICA REGISTRALES COMO PRINCIPALES INNOVACIONES DE LA LEY DE REFORMA HIPOTECARIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944.

La Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 introdujo, como principales novedades, la presunción de exactitud e integridad de los asientos registrales y la denominada fe pública registral.

En relación a la legitimación registral, es conveniente traer a colación el siguiente párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944:

"El Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario. Igualmente se presume que el derecho inscrito existe y pertenece al titular. De este modo la presunción iuris tantum de exactitud registral, que sólo limitada y taxativamente se reconocía por la legislación en vigor, alcanza a todos los supuestos hipotecarios. El titular, según el Registro, gozará asimismo de una justa y adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba. Con ello nada se innova. Únicamente se recoge con mayor amplitud la orientación iniciada por los reformadores del año 1909 al sancionar el designio de nuestros autorizados tratadistas, acordes en que los efectos de las inscripciones no se ciñan a una simple declaración doctrinaria, sin repercusión procesal".

Con carácter general, la legitimación registral, conocida también como *principio de presunción de exactitud registral,* viene recogida, esencialmente, por lo que al objeto de este estudio interesa, en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria[42], —que, en su formulación actual, no fue introducido hasta 1944—,especialmente, en su primer párrafo, a cuyo tenor:

"A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el

asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos".

Como expuso SANZ FERNANDEZ, este precepto incorpora una presunción *iuris tantum* de veracidad, como consecuencia de la cual la inscripción legitima las situaciones jurídicas en cuanto atañe a la propia fuerza y existencia de los derechos reales la que les da el Registro con su *presunción legitimadora*[43] o, como prefiere denominarla PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *eficacia legitimadora*.[44]

Por ello, se afirma que este precepto incorpora el principio de *presunción de exactitud* del Registro o de *legitimación registral*. GARCÍA GARCÍA lo define como el principio hipotecario en virtud del cual los asientos del Registro de la Propiedad se presumen exactos y veraces y, como consecuencia de ello, al titular registral reflejado en los mismos se le considera legitimado para actuar en el tráfico y en el proceso como tal titular, es decir, tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial, y en la forma que el propio asiento determina.[45]

La denominada fe pública registral era necesaria para que el Registro pudiese identificar al sujeto al que el Estado, a través de la inscripción, reconoce como legitimado para disponer y, en ese sentido, titular del *ius disponendi.* Así, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 justifica su introducción —en realidad, recuperación— del siguiente modo:

"La presunción legitimadora sería insuficiente para garantir por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles". [46]

De conformidad con lo dispuesto en la Exposición de Motivos, el artículo 34 disponía lo siguiente:

" La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

El tercero que de buena fe ádquiéra a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque, después se anule o resuelvva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo registro.

La buena fe del titular inscrito sé presume siempre, mientras no se pruebe lo contrario.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral qué la que tuviere su causante o transferente."

El Texto Refundido de 1946 extraería el primer párrafo para convertirlo en el contenido exclusivo del artículo 33 y añadiría, además, la referencia al conocimiento de la *inexactitud registral,* delimitando así el concepto de la buena fe

exigible. De ese modo, la referencia a la buena fe no era la referencia a una clausula general, sino que el legislador optaba por definir su significado: consistía en la ignorancia de la inexactitud registral.

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria se convierte así en el eje básico del sistema registral, el instrumento a cuyo través el mercado puede identificar al titular *ius disponendi* o, en última instancia, al legitimado para disponer.

La Ley de 30 de diciembre de 1944 no recogió, sin embargo, el principio o efecto de la inoponibilidad recogido en el artículo 23 de la Ley que reformaba y que, además, incluyó en la lista de precepto derogados. Pese a tal derogación, seguía en vigor el artículo 606 del Código civil, que proclamaba dicho principio, por lo que lo incluyó en el artículo 32, con la misma redacción que la del artículo 606 del Código civil: "*Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la propiedad, no perjudicarán a tercero"*.[47]

VIII. LA INTERACCIÓN ENTRE INOPONIBILIDAD Y FE PÚBLICA REGISTRAL EN EL SISTEMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1946, SEGÚN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.

La coexistencia de la inoponibilidad y la fe pública registral en el sistema registral español articulado por el Texto Refundido de 1946 constituye una singularidad en relación a los arquetipos francés y alemán.

Por las razones expuestas —mayoría de propiedad no inscrita, la oponibilidad como efecto característico del sistema registral desde 1861— doctrina y jurisprudencia han dado prevalencia a la inoponibilidad sobre la fe pública registral

En efecto, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias interpretan que, en el ordenamiento jurídico español, el sistema ordinario de transmisión, en general, y también, de bienes inmuebles, y, por lo tanto, también de bienes inmuebles inscritos, es el contenido en el artículo 609 del Código civil —complementado por el artículo 1095 del mismo— y que, por lo tanto, los procesos transmisivos se consuman extrarregistralmente. El Registro de la Propiedad se limita a darles publicidad, produciendo el efecto de inoponibilidad —artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria—, de presunción *iuris tantum* de titularidad y posesión en los términos que resultan del Registro de la Propiedad —artículo 38 de la Ley Hipotecaria— y , en ciertos casos, de protección de ciertos adquirentes *a non domino* —artículo 34 de la Ley Hipotecaria—, en aras, en última instancia, de la seguridad del tráfico jurídico, sin que, por lo tanto, la Ley Hipotecaria

modifique el sistema ordinario de transmisión del Código civil que es, además, el general.

Esta sería la función de la fe pública registral: la protección, en ciertas circunstancias, de los denominadas adquirentes *a non domino* a costa, por lo tanto, de sacrificar los derechos del denominado *verus dominus* en aras de la seguridad del tráfico jurídico, por lo que su alcance debe ser reducido todo lo posible.

Esta es la opinión mantenida por la inmensa mayoría de los autores y por nuestro Tribunal Supremo. Entre los primeros podemos citar, entre otros muchos, a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS[48], GARCÍA GARCÍA J.M,[49]y, con matizaciones importantes, a DIEZ PICAZO L.M[a50]. Por lo que respecta al Tribunal Supremo, merecen citarse las sentencias de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007, las cuales han marcado un hito, en general positivo, en relación a la interpretación del artículo 34 LH, si bien parecen seguir reduciendo la función de la fe pública registral a la de legitimar, bajo ciertas condiciones, adquisiciones *a non domino.* No sería otra la función de la fe pública registral dentro de nuestro sistema jurídico inmobiliario.

A este respecto, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007, cuyo ponente fue el Excmo. Sr. Francisco Marín Castán:

"La doctrina sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritaria mente por esta Sala..."

Esta es, ciertamente, una de las funciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero no su *función ordinaria,* como argumentaré en las páginas que siguen.

Es también destacable de esta sentencia la definición precisa de la estructura secuencial de la fe pública registral, la cual, para operar, no necesita una transmisión intermedia, por lo que opera a favor del *adquirente* directo del titular registral sin exigir que deba ser un subadquirente, superando así una vigorosa linea doctrinal y jurisprudencial anterior[51]. Por estas razones, esta sentencia debe ser elogiada. [52]

IX. REVISIÓN DE LA POSICIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DOMINANTES.

Esta interpretación de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral en el sistema inmobiliario registral vigente es una consecuencia difícilmente evitable de las inercias conceptuales derivadas de que la inoponibilidad

venía siendo el efecto caracterizador del moderno sistema registral inmobiliario español desde 1861, de la adopción del sistema del titulo y el modo por el Código civil, de la adopción por parte de éste de la inoponibilidad pero no de la fe pública registral como consecuencia de la supresión de ésta por la Ley Hipotecaria de 1869, del hecho de que en 1944 la mayor parte de la propiedad inmobiliaria se hallaba aún sin inscribir y de que la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 afirma que no llega a acoger la inscripción constitutiva sino que ésta seguirá siendo declarativa, debido, precisamente, al hecho de que gran parte de la propiedad aún vivía fuera de los libros registrales.

En mi opinión, para determinar la interacción entre inoponibilidad y fe pública registrales en el vigente sistema registral inmobiliario es necesario partir de la afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944 referida a "*la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita, sometida a regímenes distintos*" y, a continuación, precisar cuál es el régimen jurídico de cada una de ellas.

9.1. Régimen jurídico de la propiedad no inscrita. El sistema de transmisión *inter vivos* y a titulo oneroso de la propiedad inmueble no inmatriculada.

Por lo que se refiere al régimen jurídico de la propiedad inmueble no inscrita, en rigor, no inmatriculada, se rige íntegramente por el Código civil.

Ello significa que el régimen transmisivo ordinario *inter vivos* a título oneroso es el del título y el modo —artículos 609 y 1095 del Código civil—, que recoge la concepción causal de la *traditio* romana. En este sistema, no cabe una tradición sin causa y la única *causa traditionis* posible es un contrato —causal a su vez, artículo 1261 del Código civil— generador de obligaciones —artículos 1254 y 1258 del Código civil—. Dada la vinculación causal entre contrato de finalidad traslativa y tradición, las vicisitudes que afecten a la validez y eficacia del primero se proyectan sobre la validez y eficacia de la segunda. El adquirente contractual no deviene propietario hasta que no adquiere el *ius disponendi*, para lo cual se requiere la tradición, lo que significa que solo el titular del *ius disponendi* con capacidad para disponer o alguien legitimado para actuar en su nombre puede realizar una tradición válida y eficaz. Una vez realizada, el *ius disponendi* pasa al adquirente y se extingue para el transmitente.

Si un no propietario perfecciona un contrato de finalidad traslativa seguido de tradición el adquirente contractual no adquiere el *ius disponendi,* pues "*nemo dat quod non habet"*. Sí adquiere , sin embargo, la *posssesio ad usucapionem,* por lo que el adquirente contractual puede devenir propietario por usucapión. El propietario desposeído puede recuperar la posesión ejercitando la acción reivin-

dicatoria, incluso contra un adquirente contractual de buena fe, pues rige la regla "*ubi rem meam invenio ibi vindico"* —artículo 348 II del Código civil—.

El ejercicio de la acción reivindicatoria tiene la dificultad de que el actor debe probar su propiedad, pues, conforme al artículo 448 del Código civil, "*el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo".*

Como he expuesto al principio de este estudio, la introducción de la inoponibilidad por la Ley Hipotecaria de 1861 suavizó, al menos teóricamente, la situación anterior, conforme a la cual los títulos que debiéndose inscribir no se inscribían eran nulos. Conforme a la nueva Ley, tales títulos eran válidos y eficaces pero inoponibles a terceros que, habiendo adquirido el mismo bien, hubiesen inscrito su título adquisitivo.

Si, adicionalmente, consideramos que la práctica totalidad de la propiedad se hallaba sin inscribir, entre otras razones porque, según SERNA VALLEJO[53], los tribunales no solían aplicar la sanción de nulidad por falta de inscripción, es consistente concluir que la inoponibilidad proclamada por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria operaba solamente en los casos de doble transmisión de finca no inmatriculada, alterando las consecuencias que se derivarían del sistema civil de transmisión si no existiese la inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos.

En efecto, conforme al régimen civil de tradición romanista, si A vende a B, tiene lugar la *traditio*, despues vende a C y también tiene lugar la *traditio*, el adquirente o verdadero propietario es B, pues cuando A transmitió a C ya no era propietario y, por lo tanto, carecía de *ius disponendi —nemo dat quod non habet—* , por lo que B puede ejercitar la acción reivindicatoria frente a C —*ubi rem meam invenio ibi vindico—*.

La introducción de la inoponibilidad por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 cambia las cosas. En efecto, si B no inscribe su titulo, pero C sí lo inscribe, el adquirente protegido por el ordenamiento jurídico es C. B no podría ejercitar con éxito una acción reivindicatoria frente a C, pues la inoponibilidad registral se lo impediría.

Conforme a la concepción causal de la *traditio* que caracteriza el sistema de transmisión civil —teoría del título y el modo— con tal solución se protege a un adquirente *a non domino*, pero conforme a la lógica del sistema registral no, porque para que el titulo adquisitivo sea oponible a cualquier otro se requiere la inscripción registral. Los títulos no inscritos solo surten efectos *inter partes*, conforme al principio de relatividad contractual —confer.: artículo 1257 del Código civil—.

La función de la inscripción no es solamente la de informar a los terceros. Es mucho más que eso. Significa que el adquirente pone públicamente la mano

sobre el bien y manifiesta la voluntad de oponer su derecho. Bajo este ángulo, la inscripción, como sostiene parte de la doctrina francesa, es análoga a la entrada en posesión[54].

Partiendo de esta función sistemática, resultante de los precedentes expuestos, la inoponibilidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria incide, por lo tanto, en el sistema transmisivo y opera en los conflictos entre adquirentes de propiedad no inmatriculada.

9.2. Régimen jurídico de la propiedad inscrita. El sistema registral de transmisión *inter vivos* y a titulo oneroso de la propiedad inscrita del artículo 34 de la Ley Hipotecaria

Estando vigente ese escenario, la Ley Hipotecaria de 1944 introduce la fe pública registral en su artículo 34, posteriormente modalizado por el Texto Refundido de 1946, en el sentido indicado en el anterior epígrafe número siete.

Ya he expuesto en páginas anteriores la interpretación hegemónica que doctrina y jurisprudencia hacen del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. También he expuesto mi interpretación en otros trabajos publicados anteriormente[55], por lo que me limitaré a exponerla resumidamente.

En mi opinión, para una adecuada inteligencia del significado y alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es necesario partir de que el régimen de circulación de bienes muebles y de mercaderías sigue reglas distintas en el ámbito civil y en el mercantil. Igualmente, la circulación de créditos sigue reglas distintas en esos mismos ámbitos. En el ámbito civil, se sigue el régimen del Derecho común plasmado en los artículos 1526 a 1536 del Código civil, mientras que en el ámbito mercantil se desarrolló el régimen de transmisión cambiaria consistente ,esencialmente, en el endoso regulado en los artículos 14 a 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque, en cuyos artículos 19 y 20 se incorpora la regla derivada de la *Lex Mercatoria* conforme a la cual el adquirente de buena fe que haya adquirido siguiendo el procedimiento establecido —en este caso, el endoso— se le reconocen derechos superiores al del denominado *verus dominus*.[56]

Lo mismo sucede en relación a la transmisión de bienes inmuebles. En efecto, lo que podríamos denominar *el régimen civil* de la transmisión onerosa de las titularidades inmobiliarias se regiría por el régimen contenido en el propio Código civil, ordinariamente el de los artículos 609 y 1095, conocido bajo la denominación de teoría del título y el modo. Y lo que podríamos denominar el *régimen de transmisión a título oneroso adaptado a la economía de mercado* o *régimen registral de transmisión*, se regiría por los citados artículos del Código civil y por lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Conviene subrayar que en materia de cesión de créditos el régimen civil se contiene en los artículos 1526 a 1536 del Código civil y el régimen de transmisión cambiaria o endoso en los artículos 14 a 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque, en cuyos artículos 19 y 20 se incorpora la regla conforme a la cual se reconocen al adquirente de buena fe que haya adquirido siguiendo el procedimiento del endoso derechos superiores al del denominado *verus dominus*. Sin embargo, en el ámbito de transmnisión a titulo oneroso de titularidades sobre bienes inmuebles, el régimen de transmisión civil es, ordinariamente, el de la teoría del título y el modo contenido en los artículos 609 y 1095 del Código civil, pero el régimen de transmisión registral no se regula solamente por la Ley Hipotecaria, sino por los citados artículos del Código civil y, además, por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el cual contiene, adicionalmente, la regla conforme a la cual el adquirente de buena fe que haya adquirido siguiendo el procedimiento regulado por el mismo se le reconocen derechos superiores a los del denominado *verus dominus,* entendiendo por tal el titular meramente civil o negocial.

Esto es, mientras el régimen civil de la cesión de créditos se contiene en el Código civil y el de la circulación cambiaria en la Ley Cambiaria y del Cheque, sin embargo, el régimen de transmisión registral de titularidades inmobiliarias no se regula solo en la Ley Hipotecaria, sino también en el Código civil y, además, el mismo precepto de la Ley Hipotecaria que regula la transmisión registral —el artículo 34 de la Ley Hipotecaria— contiene la regla de *la Lex Mercatoria* que concede a quien adquiera siguiendo el procedimiento establecido en el citado precepto derechos superiores al adquirente meramente civil.

Dicho régimen o sistema de transmisión obedece, en relación al régimen de transmisión civil, a la misma racionalidad subyacente que el régimen de transmisión cambiaria en relación al régimen civil de la cesión de créditos, hasta el punto de que, en cierto sentido, puede calificarse de mercantil[57] el sistema de transmisión registral de titularidades inmobiliaria inscritas porque, al igual que hace el Código de comercio cuando regula la adquisición de mercaderías en almacenes y tiendas abiertas al público —artículo 85— o lo que hace la Ley Cambiaria y del Cheque cuando regula el endoso de la letra de cambio —artículos 14 a 24— o el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores con la adquisición de títulos representados por anotaciones en cuenta —artículo 11.3—, la Ley Hipotecaria modifica el régimen civil de la transmisión de titularidades inmobiliarias a titulo oneroso para facilitar el tráfico jurídico constituyendo, además, en ese sentido, un acto objetivo de comercio, por lo que no es exigible la condición de comerciante en ninguno de los intervinientes en la transmisión de tales titularidades. Y, como sucede con la regulación de los actos objetivos de comercio, la misma no constituye una regulación especial sino, en este caso por el devenir de los

acontecimientos, la regulación general, porque se ha llegado a una situación de plena inscripción *de facto.*

El sistema de transmisión registral que introduce el artículo 34 de la Ley Hipotecaria parte de la regla básica del sistema transmisivo propio del Derecho común, en nuestro caso,

contrato más *traditio,* consagrado por el artículo 609 del Código Civil, pero le exige tres requisitos complementarios:

1. El adquirente negocial debe adquirir de quien sea titular registral y tenga facultades para transmitir.
2. Debe hacerlo a título oneroso y, además, de buena fe, definida como ignorancia de la inexactitud registral.
3. Debe solicitar y obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, lo que incluye la titularidad sobre el mismo.

El sistema transmisivo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria implica una modificación del sistema transmisivo del Código civil, si bien solamente en relación a la propiedad inscrita y solo para el caso de que se desee una titularidad protegida por una regla de propiedad, esto es, reconocida y protegida por el Estado con eficacia *in rem* o *erga omnnes.* Mediante dicho sistema transmisivo el Estado, a través del Registro, suministra al mercado al legitimado para disponer, así como las cargas que derivan de actos o negocios jurídicos anteriores referentes al mismo bien y que son preferentes al derecho del adquirente, lo que permite reducir incertidumbres y, por lo tanto, facilitar las transacciones sin disminuir la seguridad de los propietarios.

Ciertamente, la Ley Hipotecaria de 1944 no introdujo el denominado contrato real abstracto, pues los contratos siguen siendo necesariamente causales —artículo 1261 del Código civil—, pero sí introdujo la abstracción *inter tertios* o, si se prefiere, las *exceptiones ex iure tertii,* al introducir la fe pública registral en el artículo 34. Tampoco sustituyó la tradición por la inscripción, pero la tradición ex artículo 609 del Código civil es un acto o negocio jurídico y, como tal, produce únicamente efectos *inter partes* —artículo 1257 del Código civil— , mientras que la inscripción ex artículo 34 produce efectos *inter tertios* o *erga omnes*[58], excepto en relación al propio transmitente, único sujeto jurídico en relación al cual se puede afirmar que no es constitutiva *stricto sensu* —confer.: artículo 33 de la Ley Hipotecaria—, lo que no quiere decir que la inscripción a favor del transmitente no produzca importantes efectos *inter partes*, especialmente si el adquirente no inscribe su adquisición.

En efecto, en materia de propiedad inscrita, a diferencia de lo que sucede en materia de fincas no inmatriculadas, una vez que han tenido lugar el contrato y la *traditio,* no se extingue inmediatamente el *ius disponendi* del *tradens* inscrito, sino que la extinción del poder de disposición del mismo y su traslado *al accipiens* dependen de la voluntad de éste, es decir, de que decida inscribir o no

y, si opta por lo primero, de que el Registro acepte o no su pretensión. En caso afirmativo, si la inscripción reúne los requisitos necesarios para quedar protegida por la fe pública registral, entonces la titularidad queda protegida por una regla de propiedad, pero no en otro caso.

Ahora bien, una vez que ha tenido lugar la *traditio*, incluso antes, cuando se ha perfeccionado el contrato de finalidad traslativa pesa sobre el titular registral, pese a conservar el *ius disponendi*, la *obligación de no disponer* por virtud de lo dispuesto, entre otros, por los artículos 1902 , 1111, 1291 y 1298 del Código civil, y eventualmente, por las correspondientes normas penales —artículo 248 del Código Penal— las cuales, si bien pueden castigar a quien ha vuelto a disponer, —vgr.: en caso de estafa—, sin embargo, protegen al tercero cuando *"haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable"* —artículo 111 Código Penal—.

El titular registral que ha dispuesto de su derecho a favor de B solo puede volver a disponer violando la obligación de no disponer mientras sea titular registral, esto es, mientras B no inscriba. Si B inscribe imposibilita dicho incumplimiento. Mientras B no inscriba su adquisición, si el titular registral vuelve a disponer, dispone de una cosa propia, no de una cosa ajena, por lo que estaríamos ante un supuesto de doble venta, no de venta de cosa ajena.

Si no inscribe y el titular registral vuelve a disponer a favor de C, el cual inscribe, entonces éste:

1. Adquiere *a domino*, porque adquirió de quien seguía siendo el titular reconocido por el Estado, cuyo *ius disponendi* no se extinguió porque B prefirió no solicitar la inscripción de su adquisición.

2. Como consecuencia, en el conflicto entre B y C vence este último porque el primero es un titular meramente contractual, esto es, con una titularidad *in personam* o protegida solo mediante una regla de responsabilidad, mientras que C tiene una titularidad *in rem*, o protegida mediante una regla de propiedad, y, por definición, dicha titularidad no puede ser alterada por un sujeto privado sin consentimiento del titular.[59]

X. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA INOPONIBILIDAD Y DE LA FE PÚBLICA REGISTRALES EN LOS CASOS DE CONFLICTOS ENTRE ADQUIRENTES.

Tanto la inoponibilidad como la fe pública registral tienen efectos sustantivos sobre el sistema de transmisión/adquisición de bienes inmuebles por actos *inter vivos* a título oneroso, que son los actos característicos de mercado.

Cabe la posibilidad de que un propietario, después de perfeccionar el contrato de finalidad traslativa y antes de que tenga lugar la tradición, perfeccione un segundo contrato de finalidad traslativa y, mediante la tradición, transmita el poder de disposición a un segundo adquirente. Cabe también que, una vez realizada la tradición al primer adquirente, se haga pasar por dueño y consume una segunda transmisión a favor de un segundo adquirente. En el primer caso estamos ante un supuesto de doble venta y en el segundo ante un supuesto de venta de cosa ajena. El artículo 1473 del Código civil contiene las reglas para decidir a quién se atribuye la propiedad en estos casos. Dispone:

"Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe".

Como puede observarse, en materia de bienes inmuebles, el artículo 1473 del Código civil sienta un criterio prioritario —la propiedad se atribuye a quien sea primero en la inscripción— y dos subsidiarios —posesión y, en su defecto, título de fecha más antigua—. Para que operen los criterios subsidiarios se exige buena fe, al igual que para resolver el conflicto de adquisiciones cuando el bien es mueble.

No obstante, el artículo 1473 II del Código civil no exige buena fe para la operatividad del criterio prioritario —inscripción— cuando el bien es inmueble, a diferencia de los demás casos. Tampoco sus precedentes más inmediatos la exigían[60]. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina[61] y de la jurisprudencia[62] sostiene que también es necesaria la buena fe del segundo adquirente que inscribe. En mi opinión, solo cabe exigir buena fe entendida como ausencia de complicidad en un fraude de acreedores.[63]

Sin profundizar ahora en esta importante cuestión, lo relevante es que en el caso de un conflicto de adquisiciones entre adquirentes de un bien inmueble prevalece quien primero inscriba, siempre que tenga buena fe, según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias. En otros términos, el artículo 1473 II del Código civil regula un conflicto de adquisiciones entre adquirentes de bienes inmuebles, tanto si se trata de una doble venta como si se trata de una venta de cosa ajena, tras la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007[64], atribuyendo la propiedad a quien primero inscriba. La solución dada por el artículo 1473 del Código civil al conflicto entre dos adquirentes de bienes inmuebles

es consistente con lo establecido por los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria que consagran el principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos.

En relación al conflicto de adquisiciones que regula el artículo 1473 del Código civil, es necesario realizar algunas precisiones.

En primer lugar, tras la entrada en vigor del Texto Refundido de 1946, regula solamente los conflictos en caso de doble venta o venta de cosa ajena de fincas no inmatriculadas. El transmitente, por lo tanto, es siempre un titular de una finca no inmatriculada

La razón para sostener esta tesis radica en que los precedentes del artículo 1473 del Código civil son los artículos 982 y 1859 del Proyecto de Código civil de 1851, de inspiración francesa, que introducían el sistema de adquisición *solo consensu* y un sistema registral de documentos o de *mera inoponibilidad,* que no exigía buena fe para la protección del adquirente que primero inscribe su adquisición.

La inoponibilidad fue recogida posteriormente en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 —a cuyo significado y alcance me he referido en páginas anteriores—.

Conviene recordar que dicha Ley creó el moderno sistema registral y que parte del principio de voluntariedad de la inscripción. En ese contexto, el artículo 23 operaba como norma de conflicto en el caso de doble adquisición, estableciendo como criterio de atribución la inscripción, lo cual constituía un fuerte estímulo para la misma y, por lo tanto, para la extensión del sistema registral. Por estas razones, en su sentido originario, la inoponibilidad resolvía un conflicto entre adquirentes de titulares de fincas no inmatriculadas.

La inoponibilidad también fue recogida por la Ley Hipotecaria de 1869, que era la vigente a la entrada del Código civil. Dicha Ley, además, había derogado la fe pública registral consagrada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que, a la entrada en vigor del Código civil, la mayor parte de la propiedad vivía al margen del Registro.

En ese contexto, por lo tanto, la mayoría de los conflictos entre adquirentes se daban en relación a fincas no inmatriculadas. Y respecto de las inmatriculadas, también regía el artículo 1473 del Código civil, pues ni el Código civil ni la Ley Hipotecaria contenían una norma específica, distinta del artículo 1473 del Código civil, para el supuesto de que el conflicto se diera entre adquirentes de un mismo titular registral, pues la fe pública registral había sido derogada por la Ley Hipotecaria de 1869.

En segundo lugar, conviene subrayar que este estado de cosas cambia con la introducción del sistema de transmisión registral dotado de fe pública introducido por el artículo 34 del Texto Refundido de 1946. A diferencia del artículo

1473 del Código civil, así como de los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria, el artículo 34 de esta última Ley exige que el adquirente haya adquirido de un titular con capacidad para disponer según el Registro. También exige explícitamente buena fe, no una buena fe general, sino entendida como ignorancia de la inexactitud registral, en caso de haberla.

A partir de ese momento, existe una norma que regula los conflictos entre adquirentes a titulo oneroso de un titular inscrito: el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En consecuencia, en lo referente a bienes inmuebles, el artículo 1473 del Código civil, al igual que los artículos 608 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria, opera solamente en relación a los conflictos entre adquirentes de fincas no inmatriculadas[65]. En otros términos, la introducción de la fe pública registral por la Ley Hipotecaria de 1944 reconduce la inoponibilidad a su ámbito originario. Dado que la misma se hallaba regulada ya en los artículos 606 y 1473 del Código civil, referentes al sistema de transmisión civil, esto es, de fincas no inmatriculadas, resultaba innecesaria —y hasta perturbadora— su regulación por la Ley Hipotecaria, la cual debe regular el sistema de transmisión de las titularidades inmobiliarias una vez inmatriculadas las fincas, no antes, pues la regulación de la transmisión antes de la inmatriculación corresponde exclusivamente al Código civil.

XI. INOPONIBILIDAD Y FE PÚBLICA REGISTRALES COMO LÍMITES A LA TEORÍA DEL TITULO Y EL MODO

En mi opinión, tanto el artículo 1473 del Código civil como el artículo 34 de la Ley Hipotecaria constituyen un límite a la teoría del título y el modo[66] en el sentido de que la modulan[67].

No obstante, algunos autores, como CASTILLO MARTÍNEZ, matizan que mientras el artículo 1473 del Código civil —y, por lo tanto, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria— regula un conflicto de adquisiciones, sin embargo, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria regula una adquisición *a non domino*.[68] En esta misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo —por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007—.

Ciertamente, ambos casos constituyen un limite a la aplicación de la citada teoría, pero ambos regulan un conflicto de adquisiciones, no solo el artículo 1473 del Código civil y, paralelamente, los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria. Como he argumentado anteriormente, la diferencia consiste en que el artículo 1473 del Código civil regula un conflicto entre adquirentes de titulares de fincas no inmatriculadas, mientras que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria regula el sistema o procedimiento de transmisión/adquisición registral

y, por lo tanto, contiene la regla para dirimir el conflicto de titularidades entre adquirentes de titulares inscritos.

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria sólo conlleva una adquisición *a non domino* cuando protege a un tercer adquirente como consecuencia de un fallo del sistema registral —v.gr.: no detecta una suplantación de personalidad del titular registral que no fue detectada por el notario—. En los demás casos regula, junto con los artículos 609 y 1095 del Código civil, el sistema de transmisión/adquisición a titulo oneroso y de buena fe de titularidades inmobiliarias inscritas y el conflicto de adquisiciones cuando dispone un titular registral a favor, primero, de un adquirente que no inscribe y, posteriormente, a favor de otro adquirente que sí inscribe. En estos casos no regiría el artículo 1473 del Código civil, sino el artículo 34 de la Ley Hipotecaria como consecuencia de la remisión a la Ley Hipotecaria del artículo 1537 del Código civil.[69]

A la hora de perimetrar el ámbito de aplicación de estos artículos no debería olvidarse que la inscripción en España es voluntaria —uno de los grandes aciertos del sistema registral— y que la función de artículos como el 32 de la Ley Hipotecaria o el 1473 del Código civil es hacer prevalecer en caso de conflicto entre titulares de propiedades no inmatriculadas al que primero inscriba como método de incentivar la inscripción y conseguir que, en algún momento, toda la propiedad esté inscrita. Creo que ya ha llegado ese momento porque la propiedad que queda por inscribir es meramente residual y, en todo caso, la menos valiosa.

Una vez inscrita toda la propiedad, los conflictos de titularidades se plantearían entre adquirentes de titulares inscritos, mediata o inmediatamente, y esos conflictos los resuelve el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este precepto regula un procedimiento de transmisión registral que, entre otras cosas, sirve para resolver esos conflictos. En ese nuevo contexto, una vez cumplida su función, dichos preceptos —artículos 606 y 1473 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria— carecen de utilidad —de ahí la ausencia de inoponibilidad en el sistema registral alemán—, si bien el artículo 1473 del Código civil solo en relación a los conflictos entre titularidades inmobiliarias.

XII. LA RELACIÓN ENTRE INOPONIBILIDAD Y FE PÚBLICA REGISTRALES EN UNA SITUACIÓN DE PLENA INSCRIPCIÓN *DE FACTO*

Empezaba este artículo afirmando que la coexistencia en nuestro sistema registral de la oponibilidad y la fe pública había dado lugar a una opinión dominante de prevalencia de la primera sobre la segunda. En las páginas precedentes he expuesto las razones por las que dicha opinión, a mi juicio, merece ser revisada.

En efecto, mientras la mayor parte o una parte importante de la propiedad permanece sin inscribir, una función esencial de la inoponibilidad consiste en estimular fuertemente la inscripción, puesto que los títulos publicados prevalecen sobre los no publicados.

No obstante, una vez que se ha llegado a una situación de plena inscripción *de facto* y el sistema registral incorpora la fe pública registral, como es el caso del sistema registral español, la inoponibilidad ya no tiene función alguna que cumplir, pues los conflictos se dan entre adquirentes mediatos o inmediatos de titulares registrales y estos conflictos los resuelve el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Los conflictos entre adquirentes de titulares de fincas no inmatriculadas son estrictamente residuales y, en todo caso, referidos a fincas de escaso valor. Y estos son los que regula el artículo del código civil.

Esta situación de plena inscripción *de facto* generada a través de los años es la que permite percibir la verdadera naturaleza del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: la de incorporar un sistema transmisivo basado en la teoría del titulo y el modo, a la que modula, a fin de solventar una incertidumbre esencial en el ámbito de la contratación impersonal, que es la propia de una economía de mercado, cual es la identificación del titular del *ius disponendi,* así como de las cargas que gravan el inmueble que se pretende adquirir.

El Código civil no resuelve estas incertidumbres ,sino que remite para ello a la Ley Hipotecaria, la cual modula el sistema del titulo y el modo para poder cumplir esta función. Y eso es lo que hace el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cumpliendo así una función esencial que no puede cumplir la inoponibilidad, la cual es innecesaria en cualquier sistema que incorpore la fe pública registral, con independencia de que la inscripción se configure explícitamente como constitutiva o no.

La doctrina y la jurisprudencia dominantes, sin embargo, siguen ancladas en una concepción de la misma condicionada por las circunstancias históricas expuestas, debido a las cuales en 1944-1946, en la conciencia general, el principal efecto sustantivo de la inscripción era la inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos, y en el que la mayor parte de la propiedad se hallaba sin inscribir —y los contratos de finalidad traslativa sin documentar en escritura pública—.

En este estado de cosas, la introducción de la fe pública registral fue percibida como la introducción de un cuerpo extraño dentro del sistema transmisivo inmobiliario en lugar de como lo que realmente era: la introducción de un nuevo sistema transmisivo en relación con la propiedad inscrita que recuperaba el sistema de la Ley Hipotecaria de 1861 que nunca llegó a entrar en vigor, sistema que obedecía a la misma racionalidad subyacente que la *Lex Mercatoria* en su mo-

mento o que el artículo 464 del Código civil según la interpretación germanista, o los artículos 85 o 545 del Código de comercio.

Al ser concebida la fe pública registral, exclusivamente, como un mecanismo de protección de ciertas adquisiciones *a non domino*, sin reconocerle ninguna función en los supuestos ordinarios, esto es, en los supuestos en los que no hay doble disposición, se ha producido, además, una hipertrofia injustificada y contraproducente del concepto de buena fe exigible al tercero y, adicionalmente, de la diligencia exigible para reconocérsela, pese a que el artículo 34 afirma taxativamente que la buena fe del tercero consiste en la ignorancia de la inexactitud registral y que se presume siempre, mientras no se pruebe lo contrario.[70]

Y, como sabemos, la superación de las inercias conceptuales es lenta. Baste pensar que todavía en el año 1973 el Tribunal Supremo rechazaba la inscripción como prueba de propiedad para ejercitar la acción reivindicatoria, que hasta el año 2007 solía no admitir la venta de cosa ajena considerando la segunda venta nula por falta de objeto o que, también hasta el mismo año 2007, venía exigiendo una transmisión intermedia para que operara uno de los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pese a que la Exposición de Motivos de dicha Ley dice claramente lo que debe entenderse por tercero.

Pues bien, pese a que dicha Exposición de Motivos también expresa que hay dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita, cada una con su propio régimen jurídico, esto es, con su propio sistema transmisivo, doctrina y jurisprudencia parecen seguir ignorándolo, pese a que se ha llegado ya a una situación de plena inscripción *de facto,* en la que el sistema de transmisión ordinario es, precisamente, el de la propiedad inscrita, cual es el sistema de transmisión registral contenido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedando relegado el sistema de transmisión estrictamente civil a un ámbito residual.

Partiendo de la existencia de una situación de plena inscripción *de facto*, GÓMEZ GÁLLIGO[71] llega a afirmar : *"La explicación doctrinal que distingue entre propiedad inscrita y propiedad no inscrita, carece hoy de justificación, primero porque el porcentaje de propiedad no inmatriculada es hoy escaso (lo que ya llevaría a considerar que en términos reales la aplicación de la legislación hipotecaria es la regla general) sino porque además la propiedad no inscrita puede llegar a ser adquirida e inscrita por un tercero que será protegido también frente al adquirente inicial no inscrito, de modo que a este no le servirá de consuelo decir que en España rige la teoría del titulo y el modo porque no le protegerá frente a quien inmatricule, al menos una vez transcurridos los dos años de limitación de efectos que establece el artículo 207 de la Ley Hipotecaria para los supuestos de inmatriculación por doble título público."*

Lo expuesto en las páginas que preceden demuestran también el acierto de la decisión del legislador de 1944-46 de no sustituir la tradición por la inscrip-

ción, pues, al introducir la fe pública registral, la *traditio* despliega sus efectos *inter partes*, mientras que la inscripción dotada de fe pública despliega efectos traditorios —y, en ese sentido, atributivos— *inter tertios* o *erga omnes*, pero no *inter partes* y, por lo tanto, no respecto del propio transmitente, en relación al cual sigue rigiendo la tradición causal del artículo 609 del Código civil —confer.: artículo 609 del Código civil—.

Esta solución era la más acertada para una situación en la que la mayoría de la propiedad inmobiliaria se hallaba fuera del Registro y, si bien la ausencia de inscripción la hacía menos valiosa por ser más insegura, sin embargo, impedía que la propiedad no inscrita fuese una propiedad informal o irregular, y, por lo tanto, aún menos valiosa, como habría sucedido de haber sustituido la tradición por la inscripción también en las relaciones *inter partes*.

La introducción de la fe pública registral manteniendo la voluntariedad de la inscripción, si bien exigiendo la misma para la existencia de la hipoteca también *inter partes* —confer.: artículo 145 de la Ley Hipotecaria— daba suficiente seguridad jurídica a los adquirentes que quisieran que su titularidad se hallase protegida por una regla de propiedad, así como a los acreedores hipotecarios. Esta arquitectura jurídica, junto con la existencia del Banco Hipotecario y del procedimiento judicial-sumario de ejecución hipotecaria —en vigor desde la Ley Hipotecaria de 1909 hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000— han facilitado el desarrollo del crédito hipotecario y estimulado la inscripción, hasta llegar a una situación similar a la que se habría llegado de haber sustituido la tradición por la inscripción, pero de modo más flexible y más adaptado a la realidad.

Las razones expuestas aconsejan mantener este diseño jurídico, si bien reinterpretando la relación entre oponibilidad y fe pública registrales, y, particularmente, considerando que el articulo 34 de la Ley Hipotecaria regula —junto con los artículos 609 y 1095 del Código civil— el sistema de transmisión registral de titularidades inmobiliarias a título oneroso y no solo un mecanismo cuya única finalidad consiste en proteger, en ciertas circunstancias, a un adquirente a *non domino,* efecto que se puede producir ocasionalmente como consecuencia derivada de dicho sistema transmisivo, pero sin que ese sea su único efecto ni su única finalidad.

Del mismo modo que los artículos 14 a 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque regulan el endoso, esto es, el sistema de transmisión cambiaria, el cual, dados los efectos establecidos en sus artículos 19 y 20, pueden dar lugar a una adquisición *a non domino,* pero ni doctrina ni jurisprudencia reducen la función del endoso a la producción de ese exclusivo efecto, el artículo de 34 de la Ley Hipotecaria, sobre la base de la legitimación regulada por el articulo 38 de la misma Ley, modula el sistema de transmisión a título oneroso contenido en los artículos 609

y 1095 del Código civil, siendo la adquisición *a non domino* una consecuencia ocasional pero necesaria, en su caso, para poder cumplir su función instrumental, consistente en que las titularidades inmobiliarias sean, simultáneamente, más seguras y más fácilmente transmisibles en un contexto de contratación impersonal, lo que no es posible sin la modulación del sistema civil de transmisión.

En esta situación, el sistema de transmisión/adquisición registral descrito permite, en un contexto de contratación impersonal, que las titularidades inmobiliarias sean, simultáneamente, más seguras y más fácilmente transmisibles, por lo que facilita el encuentro entre oferta y demanda, facilitando con ello el incremento de la especialización y, por lo tanto, de la productividad, de la competitividad y, a su través, de la riqueza y el bienestar.

BIBLIOGRAFÍA

ALSTON L. J y MUELLER B., *Property Rights and The State*, en *Handbook of New Institutional Economics,* MÉNARD C. y SHIRLEY M.. pp.: 573-590., Ed.: Springer, Berlin, Heidelberg, 2008.

ARCOS VIEIRA, M.L. ¿Importa la diferencia entre compraventa de cosa ajena y doble venta? En CARRASCO PERERA, A (dir.), *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz,* Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

ARRUÑADA B., *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los registros públicos,* ed. Civitas, 2013.

BARZEL Y. *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002.

CASTILLO MARTINEZ C.C., *La teoría del titulo y el modo y los conflictos de adquisiciones inmobiliarias. Reflexión crítica sobre la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los artículos 1473, párrafo 2º, del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria*. RCDI, nº 780.

COMISSION *de réforme de la publicité foncière, Rapport Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018, https://www.vie-publique.fr/rapport/37756-pour-une-modernisation-de-la-publicite-fonciere-rapport-de-la-commission.

CROCQ P. *Droit de Sûretés*, ed. LGDJ, 2017.

DANOS F., *Propriété, possession et opposabilité*, dir. AYNÉS L., ed. Economica, 2007.

DIEZ-PICAZO L. Mª.. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* T.III, Ed.: Thomson-Civitas, 2008.

EGGERTSSON T., *Open Access versus Common Property*, pp.: 73-90, en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law,* ANDERSON T.L & McCHESNEY F.S (ed), Princeton University Press, 2003.

EMERICH Y., *Droit commun des biens: perspective transsystémique*, ed. Yvon Blais, Montréal, 2017.

GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed. Civitas, 1988.

GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.II, Ed.: Civitas, 1993.

GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. III, Ed.: Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA ORALLO R. -"El Registre de la Propietat i la informació: el miratge de la modernització institucional espanyola (Catalunya,1861-1950*)",* pp. 348-356, en *Dels capbreus al Registre de la Propietat. Drets, Titols I Usos Socials de la informació a Catalunya (segles XIV-XX)*, CONGOST R. (Ed.), Ed. Associació d´Historia Rural de les Comarques Gironines, Centre de Recerca d´Historia Rural (Institut de Recerca Històrica) de la Universitat de Girona y Documenta Universitaria, Girona, 2008.

GÓMEZ DE LA SERNA R., *Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularlo para su más fácil aplicación.* Vol.I, Madrid, 1862.

GÓMEZ GÁLLIGO J., *Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*, RCDI, núm. 784,

GONZÁLEZ MARTÍNEZ J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil T.I*., pág. 518, Ed.: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., en el comentario al artículo 1473. En Bercovitz Rodriguez Cano R. (coord.) *Comentarios al Código Civil VII*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GORDILLO CAÑAS A, *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)*, ADC, 2001, fascículo 1.

GREIF A., *Institutional Foundations of Impersonal Exchange: From Communal to Individual Responsibility"*, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 2002.

GREIF A., *Impersonal Exchange without Impartial Law: The Community Responsibility System*, Chicago Journal of International Law 5:109-38,2004.

GREIF A., *The Birth of Impersonal Exchange: The Community Responsibility System and Impartial Justice*, Journal of Economic Perspectives 20:221-36,2006.

LACRUZ BERDEJO J.L., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed.: Bosch, Barcelona, 1976.

LADARIA CALDENTEY J, *Legitimación y apariencia jurídica.* Ed.: Bosch, Barcelona 1952.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ E., *La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil*, RCDI núm.:671.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P, *Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario.* RCDI núm. 700,

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Estado, Propiedad, Mercado*, en RCDI núm.708.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo camino hasta el Registro de la Propiedad., E*d.: Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal,* Ed.: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

MENDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán.* Ed.: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Evolución institucional de los sistemas de tramsmisión onerosa,* Ed.: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023

MIQUEL GONZÁLEZ J. Mª, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, Revista de Derecho Patrimonial, 1998, núm.1.

MOLINA GARCÍA A., *La doble venta a través de la jurisprudencia civil,* Ed.: Montecorvo, Madrid, 1975,

NORTH D.C. y THOMAS R.P. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700),* Ed.: Siglo XXI, Madrid, 1990.

NORTH D. C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico,* Alianza Ed., Madrid, 1994.

OLIVER y ESTELLER V. *Derecho Inmobiliario español,* ed. Civitas Thomson Reuters., 2ª ed., 2009.

OLSON M. *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas.* Ed.: Siglo XXI, Madrid, 2001.

PARDO NÚÑEZ C. R., *Entre la purga y la fe pública*: *génesis del sistema hipotecario español,* en RCDI, núm. 614.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario* T.I, Ed.:-CORPME, Madrid, 1999,

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M, El sistema registral francés, recogido en GÓMEZ GÁLLIGO J, *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* T.II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2009,

PÉREZ GARCÍA M.J. *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, 2002.

PETIT SEGURA M.A. , *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona 1990.

ROCA SASTRE R.Mª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L*., Derecho Hipotecario*, T.I, Ed.: Bosch, Barcelona 1995.

RODRÍGUE ELORRIETA N., *Repaso a la figura de la doble venta contenida en el artículo 1473 del Código Civil*, RCDI, núm.790

RUBIO GARRIDO C, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1999*. CCJC, 2000, núm.52.

SANZ FERNÁNDEZ A. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria,* Instituto Editorial Reus, Madrid 1945

SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, Ed.: CORPME, Madrid, 1996.

TAFUNELL X., "Urbanización y Vivienda", CARRERAS, A. y TAFUNELL X. (coords.), *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX, v.II*, Bilbao, 2005, Fundación BBVA.

NOTAS

[1] Una exposición de las funciones y efectos de la fe pública registral en los casos ordinarios, esto es, en los de ausencia de doble disposición puede verse en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán.* Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017 pp. 35-66.

[2] OLIVER y ESTELLER V. *Derecho Inmobiliario español,* ed. Civitas Thomson Ruters., 2ª ed., 2009, pp. 15-16. Escribe OLIVER:

"Para estos últimos son incomprensibles y absurdos, por lo exagerados, los efectos que la Ley atribuye a los efectos del Registro, pues debían limitarse a servir de meros anuncios puestos en las oficinas de este, para que pudiesen acudir a ellas compradores y prestamistas, con el fin de adquirir noticias sobre el estado civil o jurídico de las fincas

Partiendo del mismo concepto de que la Ley Hipotecaria es una Ley formal o modal, y aun, si se quiere, de procedimiento, y el Registrador un funcionario administrativo, rechazan y condenan como impropio de esta clase de funcionarios la facultad que la misma Ley atribuye a dicho empleado público, de calificar la legitimidad o validez, no solo de los instrumentos o documentos sujetos a inscripción, sino de los mismos actos o contratos en ellos consignados.

Y no solo existen estas equivocadas ideas acerca del concepto fundamental de aquella Ley, entre los juristas prácticos, abogados y magistrados, sino que participan de ellas los juristas científicos, de que dan ejemplo los tratados de Derecho civil escritos por los más distinguidos profesores de Derecho de nuestras Universidades después de la promulgación de la Ley Hipotecaria, en ninguno de los cuales he encontrado formulado científicamente aquel concepto, ni las deducciones y aplicaciones lógicas del mismo en los lugatres oportunos de sus notables publicaciones"

[3] Como señaló GÓMEZ DE LA SERNA R., *Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularlo para su más fácil aplicación.* Vol.I, Madrid, 1862, pág. 562, aunque desde la Pragmática de 1539 se establecía que los títulos no inscritos no perjudicarían a tercero, sin embargo, el espíritu de los textos legales es bien diferente: mientras en la Pragmática la falta de inscripción afectaba a los terceros y a las partes, —y, por lo tanto, la inscripción tenía carácter constitutivo—, la Ley Hipotecaria limitaba esos efectos a los terceros. En efecto, la Pragmática de 1539 (Nueva Recopilación, 5, 15, 3) disponía: "…*y que no se registrando dentro de seis dias despues que fueren hechos, no hagan fe, ni se juzgue conforme a ellos, ni sea obligado a cosa alguna ningún tercer poseedor, aunque tenga causa del vendedor*".

En economías de subsistencia caracterizadas por la escasez de los intercambios inmobiliarios, realizados normalmente entre personas conocidas de grupos reducidos, no tiene el menor sentido que el Estado les obligue o les presione para registrar sus propiedades, ya que el Registro solo les servirá para informarles de lo que ya saben —quién es el dueño de cada inmueble— no para solicitar créditos que no se hallan en su horizonte vital. Forzarles a ello solamente genera desconfianza, expande la creencia de que, en realidad, se trata de una nueva estratagema para obligarles a pagar impuestos —lo que, además, suele ser, también, cierto—. La experiencia española de los Registros de Censos y Tributos, Contadurías de Hipotecas y Oficios de Hipotecas es sumamente elocuente al respecto. Esta es la razón por la cual fracasan, sin excepción, los programas de titulación masiva que se han desarrollado en paises del tercer mundo y en vías de desarrollo, fracaso que queda demostrado por el hecho de que apenas se registren segundas transmisiones. Tales programas, por ello, no solamente son costosos sino

que, además, son contraproducentes: siembran la desconfianza y dificultan el desarrollo de nuevos proyectos. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P, *Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario.* RCDI núm. 700, pp.613-614.

[4] Por su parte, el artículo 24 aclaraba que "*Los títulos inscritos surtirán su efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común*", el artículo 25 declaraba que la fecha relevante, a efectos de oponibilidad, era la de la inscripción y, por último, el artículo 26 precisaba que *"Para determinar la preferencia entre dos ó más inscripciones de una misma fecha, relativas a una misma finca, se atenderá a la hora de la presentación en el registro, de los títulos respectivos".*

El precedente más inmediato del artículo 23 es el artículo 1858 del Proyecto de Código civil de 1851, a cuyo tenor:

"*Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo 2o de este titulo, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público.*

Se considera hecha la inscripción desde que se ha tomado el asiento prescrito en el artículo 1882, mientras no se haya hecho la anotación prevenida en el párrafo 2o del artículo 1884. "

Este precepto introducia el modelo registral francés cuyo efecto característico es el de la inoponibilidad de los títulos no inscritos. El artículo 982 del Proyecto introducía, a su vez, la adquisición *solo consensu,* siguiendo, también, el modelo del *Code civil.*

[5] Por otro lado, la fecha a partir de la cual el título afecta a terceros, no es la del propio título, sino la de la inscripción, conforme al artículo 25 de la Ley Hipotecaria de 1861, lo que constituye, asimismo, un importante estímulo para la inscripción y, por lo tanto, para el pago del impuesto.

[6] Según GARCÍA ORALLO R. —"El Registre de la Propietat i la informació: el miratge de la modernització institucional espanyola (Catalunya,1861-1950*)",* pp. 348-356, en *Dels capbreus al Registre de la Propietat. Drets, Titols I Usos Socials de la informació a Catalunya (segles XIV-XX)*—, el número de compraventas transcritas en los Oficios de Hipotecas, durante los años cincuenta del siglo XIX se movía en torno a las 250.000; pocos años después de la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1861, el número anual de transmisiones mediante contrato había aumentado ligeramente hasta superar en determinados momentos las 300.000, para ir bajando posteriormente. Habrá que esperar hasta finales de los años 40 del siglo XX para encontrar cifras de contratación similares a las del periodo 1868-1873, lo que, según TAFUNELL—, TAFUNELL X., "Urbanización y Vivienda", CARRERAS, A. y TAFUNELL X. (cords.), *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX, v.II*, Bilbao, 2005, Fundación BBVA, pág. 466, constituye una verdadera sorpresa a la espera de una explicación, dentro del análisis cuantitativo de la economía española de los dos últimos siglos.

Por lo que se refiere a la evolución del crédito hipotecario —objetivo esencial de la Ley Hipotecaria como instrumento para atraer capitales a la agricultura—, el impacto inicial de la Ley parece claro. Los préstamos hipotecarios crecieron con fuerza a partir de 1863, momento de entrada en vigor de la Ley, alcanzando su máximo nivel en 1868, para ir cayendo posteriormente. A comienzos del siglo XX, el número de préstamos hipotecarios sobre fincas rústicas permanece estancado, mientras que crece progresivamente el de préstamos hipotecarios sobre fincas urbanas, hasta que, a comienzos de los años 20 del pasado siglo, estos últimos superaron a los primeros, aunque sin llegar a alcanzar conjuntamente los niveles de la década de los años sesenta del siglo XIX. La guerra civil supuso un paréntesis en esta trayectoria. Habría que esperar hasta los años 50 del siglo XX para recuperar los niveles anteriores al conflicto.

[7] GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed. Civitas, 1988, pp. 202 y 203.

[8] GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed. Civitas, 1988, pp. 203.

[9] Señala GRACÍA GARCÍA el carácter fundamental de esta innovación de la Ley Hipotecaria, que no se comprende si no se tiene en cuenta el efecto que civilmente tenían en aquella época todas estas acciones según la legislación civil. En este sentido, la Ley Hipotecaria de 1861, dio el primer paso limitador del efecto destructor de estas acciones; y luego el Código civil dio el paso definitivo al clarificar que todas esas acciones eran personales, y por ello no afectaban a ningún tercero, tanto si inscribía como si no, si bien se podía tomar anotación preventiva de estas acciones y entonces sí quedaban afectados los terceros. GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed. Civitas, 1988, pp. 202 y 203.

[10] Solución semejante a la del artículo 1859 del Proyecto de Código civil de 1851, a cuyo tenor: "*Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a di*ferentes personas por actos distintos pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título"

[11] El artículo 33, al igual que el actual, disponía*:" La inscripción no convalida los actos ó contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes."*

El artículo 34 se completaba por los artículos 36 y 37. Según el artículo 36 de la Ley Hipotecaria:

"Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en esta Ley".

Y según el artículo 37 de la misma Ley*:*

"Se esceptuan de la regla contenida en el artículo anterior:

1º. Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten esplicitamente en el registro.

2º. Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes: Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito.

Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude."

[12] Sobre la oposición de los propietarios así como de los escribanos a la introducción del nuevo sistema registral véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo camino hasta el Registro de la Propiedad., E*d.: Thomson-Civitas, Cizur-Manor, 2008, pp.138 ss.

[13] OLIVER Y ESTELLER B.*, Derecho Inmobiliario español,* Civitas Thomson Reuters., 2ª ed.: Cizur Menor, 2009, pp. 557-558.

[14] A continuación ORTIZ DE ZÁRATE arremete contra el nuevo sistema alegando que es más justo proteger al *verus dominus.* Véase *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, T.I, ed. Castalia, 1989, pág. 162. En realidad, si hubiera entrado en vigor el precepto, el denominado *verus dominus* o titular contractual seguido de tradición, pero no inscrito, sería un mero titular contractual o privado.

[15] No se trata ahora de abordar cuestiones tales como quién es el tercero de este artículo, qué condiciones debe reunir dicho tercero para poder beneficiarse de la protección que dicho articulo posibilitaba. A los efectos de este estudio interesa poner de manifiesto que dicho artículo pretendió introducir el sistema registral de transmisión/adquisición de titularidades inmobiliarias con efectos *erga omnes.*

[16] Argumento por extenso sobre este aspecto esencial en MENDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán.* Ed.: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp-81-83.

[17] *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, T.I, Vol.:II, pág.80.

[18] PARDO NÚÑEZ C. R., *Entre la purga y la fe pública*: *génesis del sistema hipotecario español,* en RCDI, núm 614, pág. 158.

[19] Posteriormente, en 1877, se introdujo el requisito de la *onerosidad.* El origen de la Ley de 17 de Julio de 1877 fue una proposición presentada por el senador D. Valeriano Casanueva, en la que la única modificación que se trataba de introducir en el artículo 34 era la sustitución de las palabras "*en cuanto a tercero*" por *"en cuanto a las que con aquella habían contratado*". Fue la Comisión la que añadió la frase *"a título oneroso*". Véase *Leyes Hipotecarias y Registrales de España,* T. I, Vol.I*,* ed. Castalia, 1989 pp. 651 ss. Posteriormente, la Ley Hipotecaria de 1909 introdujo un último párrafo referente a las adquisiciones de bienes comprados al Estado, a cuyo tenor*:" Transcurrido el plazo de quince años desde su fecha, las inscripciones de bienes comprados al Estado sean anteriores o posteriores a esta ley, no podrán ser anuladas por exceso de cabida ni por otras causas que no consten en el Registro*". Como observa GARCÍA GARCÍA J.M, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* T.II*,* ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 248, el precepto respondía al plazo de prescripción de quince años del Código civil que la Ley de Contabilidad del Estado de 1 de Julio de 1911 aplicó también a las ventas de bienes del Estado y a las acciones que el propio Estado tenía para anular tales ventas por exceso de cabida u otras causas, como la falta de pago del precio aplazado, etc.

[20] Según este autor, el sistema de notificaciones no llegó prácticamente a aplicarse.

[21] PARDO NÚÑEZ C. R., *Entre la purga y la fe pública*: *génesis del sistema hipotecario español,* en RCDI, núm 614, pp. 159-161.

[22] OLIVER redactó la ponencia correspondiente a los títulos del Registro de la Propiedad y Derecho hipotecario. La parte correspondiente a la materia hipotecaria constaba de 42 artículos y fue aprobada por la "subcomisión" en 1887. La correspondiente al Registro de la Propiedad constaba de 17 artículos y fue aprobada por la Comisión en 1888. El Ministro de Justicia, a la sazón Manuel Alonso Martínez, sin embargo, acordó que el trabajo realizado quedase sin efecto, que se incorporase al Anteproyecto lo sustancial de la materia de hipotecas y se dejase intacta la Ley Hipotecaria. Así resulta de la intervención de Germán Gamazo en el Congreso, explicando la no inclusión de los trabajos de Oliver, según relata el propio OLIVER"…*envolvían la reforma de preceptos importantes de la Ley Hipotecaria, y por lo tanto, iba a crear entre el derecho hipotecario de las provincias sujetas a la legislación común y el derecho hipotecario de las provincias aforadas, antagonismos que entendía la Comisión que no se conciliaban con la base de la Ley de 1888, ni tampoco podían admitirse sin detrimento de la potestad que el Estado tiene y sin menoscabo de la unidad en ciertas materias*". OLIVER y ESTELLER B., *Derecho Inmobiliario español,* Civitas Thomson Reuters., 2ª ed.: Cizur Menor, 2009, pág. 789

[23] . Este criterio ha sido mantenido por las leyes hipotecarias posteriores, así como por la Constitución de 1931 —artículo 15— y de 1978 —artículo 149.1.8—, lo que es lógico por cuanto el sistema de seguridad jurídica transaccional es un componente esencial de la unidad de mercado. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, sin embargo, cree que más parece una excusa que una razón compartida por quien la daba para la desestimación de la propuesta, teniendo en cuenta el valor general del Código cuando sustituye leyes anteriores que ya se aplicaban en todo el territorio español. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888),* 2ª ed., Colegios Notariales de España, 2006, pág.22. También OLIVER y ESTELLER B. *Derecho Inmobiliario español,* ed. Civitas Thomson Reuters., 2ª ed., Cizur Menor, 2009, pág. 781.

[24] En efecto, una sentencia del 5 Thermidor del año XIII, en aplicación de una ley de Brumario del año VII, había fallado: *"No hay fraude en aprovechar una ventaja ofrecida por una*

ley; es el primer adquirente quien debe culparse a sí mismo si no ha usado de una diligencia igual para hacer transcribir su acta".

[25] La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, por su parte, ya había precisado que no era competencia suya la regulación de los efectos *inter partes* del sistema transmisivo inmobiliario, pero que le correspondía la competencia plena para regular los efectos en relación a terceros. Una afirmación de este tipo solo tiene sentido porque se contemplaba como una Ley especial. Si, finalmente, el Código civil hubiese optado por derogar la Ley Hipotecaria incorporando su contenido, excepto la parte relativa a la organización del Registro de la Propiedad, tal afirmación carecería de sentido y tampoco habría remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria porque un solo cuerpo legal regularía el sistema completo —esto es, *inter partes* e *inter tertios*— de la transmisión de bienes inmuebles.

[26] El Código civil regula el contrato de compraventa en el Título IV del Libro IV, artículos 1445 a 1537. Regula la naturaleza y efectos del contrato —artículos.1445 a 1456—, la capacidad para comprar y vender —artículos 1457 a1459—, los efectos del contrato de compra y venta cuando se ha perdido la cosa vendida —aríclulo.1460—, las obligaciones del vendedor —artículo. 1462 a 1499—, dentro de ellos, una disposición general —aríclulo.464—.la entrega de la cosa vendida —artículos 1462 a 1473—, el saneamiento, dedicando al saneamiento por evicción los artículos. 1475 a 1483 y al saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida los artículos 1484 a 1499; las obligaciones del comprador —artsículos 1500 a 1505—, la resolución de la venta —artículos 1506 a 1525—; la transmisión de créditos y demás derechos incorporales —artículos. 1526 a 1536— y una importante disposición general final —artículo 1537—.

[27] Sobre contratación impersonal y evolución de la contratación personal a la impersonal, véase ARRUÑADA B., *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los registros públicos,* ed. Civitas, 2013, pp. 42,43. Véase GREIF A., *Institutional Foundations of Impersonal Exchange: From Communal to Individual Responsibility"*, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 2002, pp. 158, 168-204. *Impersonal Exchange without Impartial Law: The Community Responsibility System*, Chicago Journal of International Law 5:109-38,2004. *The Birth of Impersonal Exchange: The Community Responsibility System and Impartial Justice*, Journal of Economic Perspectives 20:221-36,2006. *Institutions and the Path of the Modern Economy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006. NORTH D. C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico,* Alianza Ed., Madrid, 1994, pág, 52.MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal,* Ed.: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 71-76

[28] Debe hacerse notar que no recogió lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1869, conforme al cual:" *La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia ó legado, no perjudicará a tercero, sino hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma".*

[29] OLSON M. *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas.* Ed.: Siglo XXI, Madrid, 2001, pág. 231.

[30] NORTH D.C. y THOMAS R.P. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700),* Ed.: Siglo XXI, Madrid, 1990, pp.157-160. BARZEL Y. *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002. Para BARZEL, el surgimiento —por razones de economía de escala— de un *force-using protector* común a dos o más individuos, junto con el mecanismo de enforcement que él crea, constituye el fundamento de los *legal rights* (pág. 165). Una visión ligeramente

distinta puede encontrarse en EGGERTSSON T., *Open Access versus Common Property*, pp.: 73-90, en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law,* ANDERSON T.L & McCHESNEYF.S (ed), Princeton University Press, 2003. Véase también ALSTON L. J y MUELLERr B., *Property Rights and The State*, en *Handbook of New Institutional Economics,* MÉNARDC. y SHIRLEYM.M. pp.: 573-590., Ed.: SpringerBerlin Heidelberg, 2008. Véase también MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Estado, Propiedad, Mercado*, en RCDI núm.708 (Julio-Agosto 2008), especialmente pp. 1505-1523.

[31] El Código civil modificó en este punto lo dispuesto por el artículo 146 de la Ley Hipotecaria, el cual solo exigía la inscripción para que la hipoteca pudiese perjudicar a tercero. Respecto de las hipotecas legales, sin embargo, el artículo 159 de la Ley Hipotecaria exigía la inscripción para que "*queden válidamente constituidas*", lo que, extendería posteriormente el Código civil también para las hipotecas voluntarias —confer.: artículo 1875 del Código civil—.

[32] El artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1861 disponía:

"*También será causa bastante para suspender ó denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio ó derecho de que se trate a favor de la persona que la transfiera ó grave.*

Para subsanar esta falta, deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción omitida, mediante la presentación del título correspondiente, y en su defecto, conforme a lo prevenido en los artículos 397 a 419 de este Ley".

[33] GARCÍA GARCÍA J.M., pone de manifiesto que el tracto sucesivo es un mecanismo del Derecho Inmobiliario no ya sólo para la protección de la seguridad del tráfico jurídico, sino también para la protección del derecho subjetivo. Es decir, en este principio hipotecario de tracto sucesivo se aúnan tanto la seguridad del tráfico, o *seguridad dinámica*, como la *seguridad estática* o seguridad de los derechos, pues acogiéndose a la publicidad registral, el titular registral del derecho tendrá la seguridad de que "ninguna modificación de su derecho se producirá sin consentimiento del mismo". *En Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. III, pag. 1242, Ed.: Civitas, Madrid, 2002.

[34] Afirma JERÓNIMO GONZÁLEZ que el requisito del tracto sucesivo tiene la doble finalidad de proteger al titular inscrito contra los actos de personas extrañas y de facilitar al Registrador de la prueba de los derechos. En *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil T.I*., pág. 518, Ed.: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009. Un excelente obra que recopila los diferentes trabajos del autor.

[35] El artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1869 disponía en su párrafo segundo*: "En el caso de no resultar la fecha de la adquisición ó de ser posterior al expresado dia 1º de Enero de 1863, se suspenderá la inscripción solicitada, tomándose anotación preventiva, si lo pidiere el que presente el título, cuya anotación subsistirá* el tiempo designado en el art.96; y en el caso de no tomarse dicha anotación, producirá el asiento de presentación el efecto designado en el art.17".

[36] Citada por García García J.M en *Ibidem*.

[37] Disponía el artículo 20 de la Ley Hipotecaria de Ultramar*:"Para inscribir ó anotar los títulos en que se transfiera ó grave el dominio ó la posesión de bienes inmuebles ó derechos reales, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue ó en cuyo nombre se haga la transmisión ó gravamen.*

Los Registradores denegarán la inscripción de dichos títulos mientras no se cumpla este requisito, siendo responsables directamente de los perjuicios que causen á un tercero por la infracción de este precepto.

No obstante, podrán inscribir sin dicho requisito los títulos otorgados por personas que hubiesen adquirido el derecho sobre los mismos bienes con anterioridad al día en que empezó á regir la ley Hipotecaria, siempre que justifique su adquisición con documentos fehacientes y no estuviese inscrito el mismo derecho á favor de otra persona; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición, tomándolas de los documentos necesarios al efecto.

En el caso de resultar inscrito aquel derecho á favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión ó gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.

Cuando no resultare inscrito á favor de persona alguna el mencionado derecho y no se justificare tampoco que lo adquirió el otorgante antes de la citada fecha, los Registradores harán anotación preventiva á solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el art. 96 de esta ley."

[38] Disponía el artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1909:

" Para inscribir ó anotar los documentos en virtud de los que se transfiera ó grave el dominio ó la posesión de bienes inmuebles ó derechos reales, deberá constar previamente inscrito ó anotado el derecho de la persona que otorgue, ó en cuyo nombre se haga la transmisión ó gravamen.

Los Registradores denegarán ó suspenderán, según los casos, la inscripción de dichos documentos, mientras no se cumpla este requisito, y serán responsables directamente de los perjuicios que causen á un tercero por la infracción de este precepto.

No obstante podrán inscribirse sin dicho requisito los documentos otorgados por personas que hubiesen adquirido el derecho sobre los mismos bienes con anterioridad al 1º de Enero de 1909, siempre que justifiquen su adquisición con documentos fehacientes y no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición tomándolas de los documentos necesarios al efecto.

Estas inscripciones no surtirán efecto contra tercero hasta después de transcurridos dos años contados de la fecha en que fueron hechas.

En el caso de resultar inscrito aquel derecho á favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión ó gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.

Cuando no resulte inscrito á favor de persona alguna el mencionado derecho y no se justificare tampoco que lo adquirió el otorgante antes de la citada fecha, los Registradores harán anotación preventiva á solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el art.96 de esta ley.

No será necesaria la previa inscripción á favor de los albaceas para inscribir los documentos de enajenación ó gravamen que estos otorguen por sí solos, si para ello estuviesen expresamente facultados por el testador y no existiesen herederos forzosos ó si, caso de haberlos, consta el consentimiento de éstos para la enajenación ó gravamen, con tal que el inmueble ó derecho real se halle inscrito a favor del testador.

Tampoco será precisa dicha inscripción previa para inscribir los documentos otorgados por los herederos:

1º Cuando ratificasen contratos privados realizados por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por éste.

2º Cuando vendieren ó cedieren a un coheredero fincas adjudicadas pro indiviso a los vendedores ó cedentes.

3º Cuando se trate de testimonios de autos de adjudicación ó escritura de venta verificada en nombre de los herederos del ejecutado, en virtud de ejecución sentencia, con tal que el inmueble ó derecho real se halle inscrito a favor del causante.

Cuando en una partición de herencia, verificada después del fallecimiento del algún heredero se adjudiquen á los que lo fuesen de éste los bienes que á aquel correspondían, deberá hacerse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas"

[39] Estas observaciones, formuladas por PEÑA BERNALDO DE QUIROS para el efecto relativo del sistema registral francés —PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M, en "El sistema registral francés", recogido en GÓMEZ GÁLLIGO J, *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* T.II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2009, pág. 5156— son plenamente aplicables al sistema registral español previo a 1944.

[40] Como señala LACRUZ BERDEJO, la consecuencia de esa presunción posesoria era la posibilidad, mediante un procedimiento como el de los artículos 2056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de mera jurisdicción voluntaria, destinado a conferir la posesión judicial cuando tal posesión no se discute, y que, por atender a situación no litigiosa, es muy sencillo y sumario, sustanciándose desde luego sin controversia. La concesión de este procedimiento al dueño según el Registro, contra toda clase de poseedores de la finca, sin oírles ni permitirles defenderse, dio lugar a críticas justificadas desde un punto de vista social y humano, siquiera, en un primer momento, hallase defensores en un plano de técnica jurídica. LACRUZ BERDEJO J.L., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed.: Bosch, Barcelona, 1976, pág.:167.

[41] LACRUZ BERDEJO J.L., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed.: Bosch, Barcelona, 1976, pág.:168.

[42] Los artículos 38, 97 y 32 de la Ley Hipotecaria fijan respectivamente el contenido —artículo 38 de la Ley Hipotecaria— y los contornos —artículos 97 y 32 de la Ley Hipotecaria— de la presunción de legitimación. A los efectos de este estudio, centrado en la inoponibilidad y fe pública registrales, interesa especialmente el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, por ser el central en relación al principio de legitimación registral.

[43] Argumenta SANZ FERNÁNDEZ A. que esta presunción no es otra cosa que la energía legitimadora de la antigua *Gewere*, aplicada a las declaraciones del Registro de la Propiedad, produciendo como ella importantes consecuencias en un doble sentido:1º. Procesalmente, exonerando al titular inscrito de la carga de la prueba lo mismo cuando demanda que cuando es demandado —efectos ofensivos y defensivos de la *Gewere*— y cargando a quien se oponga con la prueba de la inexactitud registral. 2º. En el orden sustantivo, permitiendo al titular comportarse como legítimo dueño o titular de los derechos y atribuyéndole, muy especialmente, la facultad de disponer con plena eficacia jurídica. SANZ FERNÁNDEZ A. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria,* Instituto Editorial Reus, Madrid 1945, pág 181,

[44] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario,* T. II, ed. CORPME, Madrid, 1999, pág. 527.

[45] Como señala este autor en esta definición aparecen los dos aspectos que explican la doble terminología utilizada a propósito de este principio, pues se trata, por una parte, de una *presunción de exactitud,* pero al mismo tiempo de una *legitimación* del titular registral. GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* T.I, ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 673 ss.

[46] Continuaba afirmando la Exposición de Motivos: "*Despues de ponderar las ventajas e inconvenientes que en orden a la aplicación del predicho principio, rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción solamente protege con carácter júris et de jure a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes en virtud dé la ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren. Es*

preferible qué el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legitimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente". Diversamente a lo que dice la Exposición de Motivos, la fe pública registral no es una cualidad de todos los sistemas hipotecarios sino solamente de los denominados "de derechos", precisamente por atribuir ese efecto a las inscripciones, como son los de tipo germánico y los sistemas Torrens, a diferencia de los sistemas registrales denominados "de documentos", cuyo efecto característico es la inoponibilidad, como son los sistemas de tipo francés.

[47] El artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1909 disponía:

"Los títulos mencionados en los artículos 2º y 5º que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero.

La inscripción de las fincas y derechos reales, adquiridos por herencia o legado, no surtirán efecto en cuanto a tercero, hasta trascurridos dos años desde la fecha de la misma.

Exceptúanse las inscripciones por titulo de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos".

La Ley de Reforma de 1944 derogó este precepto, por lo que el Texto Refundido de 1946 incluyó la redacción del artículo 606 del Código civil, lo que, según ROCA SASTRE fue un error. ROCA SASTRE R.Mª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, T.I, Ed.: Bosch, Barcelona 1995, pág. 209. En mi opinión, es necesario considerar la hipótesis de que la derogación de la inoponibiiidad por el legislador hipotecario de 1944 se debiese a que tenía conciencia de que la introducción de la fe pública registral hacía innecesaria la inoponibilidad. Puede afirmarse que ésta era necesaria, debido a la gran cantidad de titularidades inmobiliarias sin inscrbir, pero para resolver los conflictos de adquisiciones entre adquirentes de fincas no inmatriculadas ya estaban en vigor los artículos 606 y 1473 del Código civil, por lo que no era necesaria la introducción de la inoponibilidad en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, como hizo el Texto Refundido de 1946.

[48] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario* T.I, Ed.: CORPME, Madrid, 1999, pág. 561.

[49] GARCÍA GARCÍAJ.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.II, Ed.: Civitas, 1993, pp. 355 ss.

[50] DIEZ-PICAZO L. Mª. considera que el art. 34 LH posibilita una adquisición *a non domino* en aquellos casos en los que el transmitente o disponente fuera un *non dominus*. Si el transmitente o disponente fuera *dominus* pero con un poder de disposición limitado, restringido o resoluble, la consecuencia que el art.34 LH establece es la inmunidad del tercero frente a las acciones dirigidas a hacer ineficaz el acto de disposición del transmitente y, por consiguiente, la adquisición del tercero DIEZ-PICAZO L. Mª., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* T.III, Ed.: Thomson-Civitas, 2008, pp. 535-536.

[51] Continúa diciendo la sentencia:"*...y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente"....(...)..."si se produce una venta que no se inscribe en el Registro de la Propiedad y más tarde, por el titular registral que ya no es propietario, una segunda transmisión —por venta o embargo— que sí se inscribe —venta de cosa ajena— se da lugar a una adquisición a non domino por este segundo comprador y una pérdida de la propiedad del primero".*

[52] MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán.* Ed.: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 17 ss.

[53] Señala SERNA VALLEJO que el escaso beneficio económico del cargo de Registrador de Censos y Tributos es una de las causas que motivó que se compraran muy pocos Registros, del mismo modo que la admisión ante los tribunales de las escrituras de censos no inscritas contribuyó al incumplimiento de la norma, pese a que se establecieron los Registros en numerosas ciudades. Esto provocó la falta de continuidad de las anotaciones registrales, hecho que hizo perder sentido a las inscripciones realizadas. Señala también que para remediar este mal hubiera sido preciso sancionar a los vendedores de censos que incumplieron con la obligación de registrar y a los jueces desde el momento en que éstos fueron los primeros que incumplieron la norma, admitiendo en juicio escrituras censales no inscritas. SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, Ed.: CORPME, Madrid, 1996, pp.140-141.

[54] En este sentido, por lo que se refiere al sistema francés, véase *Rapport de la Comission de réforme de la publicité foncière, Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018, pág. 84. La *Comission* cita a diferentes autores que sostienen esta tesis. L. AYNÉS, diversas obras, entre las que cabe destacar, junto con P. CROCQ, *Droit de Sûretés*, ed. LGDJ, 2017; DANOS F., *Propriété, possession et opposabilité*, dir. AYNÉS L., ed. Economica, 2007; EMERICH Y., *Droit commun des biens: perspective transsystémique*, ed. Yvon Blais, Montréal, 2017, pp. 73-74.: *"La posesión puede también ser (re)definida como el poder de hecho sobre una cosa o el ejercicio de un derecho que comunica a los terceros la voluntad de ser titular del mismo y la intención de excluirlos. Una tal definición permite insistir en el papel de la comunicación a los terceros de la posesión".*

[55] Especialmente en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp.138 ss. También en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*, Ed.: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

[56] Desarrollo la tesis de la *Lex Mercatoria* como precedente de las soluciones posteriormente adoptadas por diversas jurisdicciones en materia de circulación de créditos, de bienes muebles así como del desarrollo de los sistemas registrales de derechos en MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo camino hasta el Registro de la Propiedad., E*d.: Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008. MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal,* Ed.: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011. También en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa,* Ed.: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023

[57] De hecho, el texto introductorio del Decreto que aprueba la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 afirma, refiriéndose a la Ley Hipotecaria de 1861 :" *Por carácter de época, los sistemas hipotecarios aspiraban casi exclusivamente a mercantilizar la tierra ....*"

[58] En este sentido GOMEZ GÁLLIGO sostiene que "*la inscripción se erige así en modo público o cuasi constitutiva, pues sin ella no se adquiere plena oponibilidad erga omnes del derecho real*." GÓMEZ GÁLLIGO J., *Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*, RCDI, núm. 784, pág. 979.

[59] La mayor parte de los autores, sin embargo, considera que la solución legal al supuesto de hecho descrito se basa en una *legitimación extraordinaria* —también denominada *registral—,* esto es, en una legitimación que confiere la ley al *titular registral* por el hecho de tener la inscripción a su favor, como consecuencia de la *presunción de exactitud* que la ley —artículo 38 de la Ley Hipotecaria— asigna al asiento, entre otros, GARCÍA GARCÍA J.M, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T. I, ed. Civitas, Madrid 1988, pág. 274, el cual cita a LADARIA CALDENTEY J, *Legitimación y apariencia jurídica.* Barcelona 1952, págs. 39 ss. En este sentido, PEÑA BER-

NALDO DE QUIRÓS sostiene que, "*desde el punto de vista de estos efectos, puede sostenerse que el titular registral está legitimado para disponer en cuanto que su inscripción constituye un signo suficiente que, en determinadas circunstancias, le habilita como titular a los efectos dispositivos, lo cual no quiere decir que el titular registral tenga la facultad de disponer —que solo corresponde al verdadero dueño—. (...) La posición inatacable de la que, en determinadas condiciones, goza el tercer adquirente no solo de la fuerza del Registro, sino también de la buena fe del adquirente"*. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. T. II. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999. pág. 546.

[60] Como señala PETIT SEGURA M.A. , *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona 1990, pp. 24 y 25, tales precedentes los hallamos en el Proyecto de Código civil de 1851, concretamente:1. Artículo 1396:"*Si una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores, se estará a lo dispuesto en el artículo 892*." 2. Artículo 892:" *Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble; siendo inmueble, se estará a lo dispuesto en el artículo 1859, salvo en ambos casos al adquirente de buena fe el derecho que le corresponda, según lo dispuesto en la Sección 3 de este título"*. 3. Artículo 1859: *Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título"*. 4. "La *preferencia entre los acreedores hipotecarios y demás adquirentes de cualesquiera otros derechos reales sobre unos mismos bienes inmuebles, se regulará por la prioridad de su inscripción en el registro público".* No debe olvidarse que el Proyecto de Código civil de 1851 introducía un sistema registral de mera oponibilidad, similar al francés, que no exigía buena fe. Esa es la razón, a mi juicio, por la que tampoco la exige el artículo 1859 del Proyecto de 1851 ni el vigente artículo 1473 del Código civil, que procede del mismo.

[61] Entre otros, PETIT SEGURA M. A, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona 1990, pág.123, MIQUEL GONZÁLEZ J. Mª, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, Revista de Derecho Patrimonial, 1998, núm.1, pp. 45 a 61. GORDILLO CAÑAS A, *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)*, ADC, 2001, fascículo 1, pág.202, LALAGUNA DOMÍNGUEZ E., *La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil*, RCDI, 2002, núm.:671, pp. 847-873. MOLINA GARCÍA A., *La doble venta a través de la jurisprudencia civil,* Madrid, 1975, RUBIO GARRIDO C, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1999*. CCJC, 2000, núm.52, pp. 65 y 71, PÉREZ GARCÍA M.J. *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, 2002, pág.202.

[62] Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de la Sala Primera de 17 de diciembre de 1984, 10 de abril de 1991, 25 de noviembre de 1996, 29 de julio de 1999. Como afirma PÉREZ GARCÍA M.J,, todo ello le permite afirmar al Tribunal Supremo que el concepto de buena fe utilizado por el artículo 1473 del Código civil coincide con el de los artículos 433 y 1950 del mismo Código, como sostienen, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 e febrero de 1961, 6 de diciembre de 1962, 3 de octubre de 1963, 26 de noviembre de 1970, 16 de febrero de 1981, 16 de marzo de 1981, 16 de marzo de 1983, 17 de diciembre de 1984, 27 de septiembre de 1996 y 1 de junio de 2000. PÉREZ GARCÍA M.J, *La protección aquiliana del derecho de crédito,* ed. CORPME, 2002, pp. 214-216.

[63] Desarrollo esta tesis en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Evolución institucional de los sistemas de tramsmisión onerosa,* Ed.: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 633ss.

[64] Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha seguido la misma línea hermenéutica, con la excepción de las sentencias de 13 de noviembre de 2009 y 13 de mayo de 2013. En el ámbito doctrinal, sin embargo, hay dos posiciones. Una de ellas sostiene que en el artículo 1473 del Código civil sí cabe la venta de cosa ajena, v.gr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., en el comentario al artículo 1473., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO R. (coord.) *Comentarios al Código Civil VII*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013 pp 10426 ss, mientras que otros autores sostienen que sólo cabe la doble venta, v.gr. ARCOS VIEIRA, M.L. ¿Importa la diferencia entre compraventa de cosa ajena y doble venta? En CARRASCO PERERA, A (dir.), *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz,* Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 864 ss.

[65] Si bien las dos últimas normas también serían aplicables a los conflictos entre adquirentes a titulo gratuito por actos *inter vivos* de un mismo titular registral.

[66] En este sentido, CASTILLO MARTINEZ C.C., *La teoría del titulo y el modo y los conflictos de adquisiciones inmobiliarias. Reflexión crítica sobre la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los artículos 1473, párrafo 2º, del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria*. RCDI, nº 780, pp. 1995 a 2036, pág. 2016.

[67] En este mismo sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, según el cual, en materia de transmisión inmobiliaria, es necesario distinguir dos planos: 1. Un primer plano en el que hay unas reglas básicas con arreglo a las cuales se adquiere la propiedad —esencialmente y con reservas el artículo 609 del Código civil y 2. Un segundo plano en el que existen reglas derivadas de la intervención del Registro de la Propiedad, en el que las primeras son completadas, suplidas o corregidas. MIQUEL GONZÁLEZ J.M., *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, en Revista de Derecho Patrimonial, núm. 1, 1998, pág. 45. También GÓMEZ GÁLLIGO, según el cual: " *la teoría del título y el modo en la adquisición de derechos reales recogida en nuestro Código civil (artículos 609 y 1095 del Código civil) fue plenamente modalizada por la legislación hipotecaria."* GÓMEZ GÁLLIGO J., *Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*, RCDI, núm. 784, pág. 969.

[68] CASTILLO MARTINEZ C.C., *La teoría del titulo y el modo y los conflictos de adquisiciones inmobiliarias. Reflexión crítica sobre la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los artículos 1473, párrafo 2º, del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria*. RCDI, nº 780, pp. 1995 a 2036, pág. 2016. RODRÍGUE ELORRIETA N., *Repaso a la figura de la doble venta contenida en el artículo 1473 del Código Civil*, RCDI, núm.790, pág. 907.

[69] Trato extensamente de esta cuestión en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 75 ss.

[70] Sobre el concepto de buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de la diligencia exigible al tercero para quedar protegido por la fe pública registral véase MENDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán.* Ed.: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017. MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa,* Ed.: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023

[71] GÓMEZ GÁLLIGO J., *Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*, RCDI, nº. 784, pág. 969.

Trabajo recibido el 4 de febrero de 2023 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023

El Régimen jurídico de los derechos y situaciones etológicas

The legal regime of rights and ethological situations

por

OSCAR GERMÁN VÁZQUEZ ASENJO.

Doctor en Derecho. Registrador de la Propiedad y Mercantil

RESUMEN: El Derecho es la herramienta que utiliza la personalidad humana para satisfacer necesidades de tipo jurídico, es decir, aspiraciones que tienen que ver con la justicia y la seguridad.

El Derecho cumple su función instrumental a través de un proceso de transformación en tres fases, esto es, la fase inicial, o, de entrada, la fase central o de transformación propiamente dicha y la fase de producción o de salida. Este procedimiento logra convertir lo que no es más que una simple aspiración con pretensiones jurídicas en un "derecho subjetivo", un instrumento eficaz del cual se vale el individuo para dar satisfacción a necesidades de esa misma naturaleza.

Las tres fases discurren a través de una serie de figuras jurídicas que comienzan por el concepto de hecho o acontecimiento, del cual se seleccionan solo los hechos que producen consecuencias jurídicas y de entre estos, únicamente los que son manifestaciones de la autonomía de voluntad del individuo, los llamados "actos jurídicos". Son los actos jurídicos los que se convierten en "derechos subjetivos", los cuales actúan dentro de las "relaciones jurídicas".

Sin embargo, hoy observamos que este procedimiento tradicional no satisface ciertas necesidades jurídicas del mundo actual, precisamente aquellas que no tienen que ver directamente con la voluntad manifestada del individuo, sino que son manifestaciones directas de su comportamiento.

La teoría de los derechos etológicos viene a completar la tradicional teoría de los derechos subjetivos en la satisfacción de necesidades jurídicas, allá donde

concurre la conducta o el comportamiento del individuo sin llegar a producirse declaraciones de la voluntad.

ABSTRACT: Law is the tool that the human personality uses to satisfy legal needs, that is, aspirations that have to do with justice and security.

Law fulfils its instrumental function through a three-phase transformation process, that is, the initial or input phase, the central or transformation phase itself, and the production or output phase. This procedure manages to convert what is nothing more than a simple aspiration with legal claims into a "subjective right", an effective instrument that the individual uses to satisfy needs of his own nature.

The three phases run through a series of legal figures that begin with the concept of fact or event, from which only the facts that produce legal consequences are selected, and among these, only those that are manifestations of the individual's autonomy of will., the "legal acts". And it is these that become "subjective rights" that act within "legal relationships".

However, today we observe that this traditional procedure does not satisfy certain legal needs of today's world, precisely those that do not have to do directly with the expressed will of the individual but are direct manifestations of their behaviour.

The theory of ethological rights comes to complete the traditional theory of subjective rights in the satisfaction of legal needs where the conduct or behaviour of the individual concurs without producing declarations of will.

PALABRAS CLAVE: Derecho, jurídico, necesidad, hecho natural, acto jurídico, situaciones etológicas, sociedad comportamiento, legislación.

KEY WORDS: Right, legal, need, natural fact, legal act, ethological situation, society, human behaviour, legislation.

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.—II. TEORÍA DE LOS DERECHOS Y SITUACIONES ETOLÓGICAS: 1. El derecho sus fases y figuras tradicionales. 2. Problemática de la estructura tradicional y lo etológico como solución.—III. ESTRUCTURA COMPARATIVA ENTRE DERECHOS SUBJETIVOS Y DERECHOS ETOLÓGICOS. LAS FIGURAS ETOLÓGICAS: 1. Estructura comparativa entre derechos subjetivos y derechos etológicos. 2. Figuras jurídico etológicas.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRESENTACIÓN

Camino por la calle, me encuentro en la ciudad, no solo soy una persona, un viandante, soy usuario, soy consumidor. Al efectuar el sencillo movimiento de caminar por la acera estoy generando un número de consecuencias jurídicas y

económicas que pueden llegar a proyectarse prácticamente hasta el infinito. Doy un aspecto determinado a la ciudad, hago uso de los servicios públicos, genero movimientos comerciales a mi alrededor, los vehículos han de tener en cuenta mi presencia, mi salud, mi seguridad, mi sola existencia. Camino, puedo dejar de caminar, pero aun así mi actitud, mi solo comportamiento, activo o pasivo, continúa generando consecuencias jurídicas. Y como si se tratase de respirar o cualquier otra actividad fisiológica refleja, no puedo dejar de hacerlo. Mi comportamiento, cualquiera que sea este, no puede extraerse del entorno en el que se encuentra ni yo puedo dejar de ser yo mismo. Hasta tal punto es así que muchos de los comportamientos o actividades diarias del individuo se materializan constantemente sin que el mismo individuo tome conciencia de su significado, contenido y efectos tanto para sí mismo como para la sociedad de la cual forma parte.

Hay que reconocer que existen comportamientos jurídicos que se derivan de la propia naturaleza del hombre, que obedecen como causa a su actividad natural.

Por llamarme Racso Rodart Siger se producen consecuencias jurídicas de todo orden, consecuencias jurídicas que se deben más que a mi voluntad, a mi propia personalidad. Respiro aire contaminado, y desde luego no es esa mi voluntad, pero las consecuencias jurídicas que de ello se derivan se producen por el simple hecho de respirar. Interviene la personalidad del hombre en este caso, interviene el entorno natural, pero en sentido estricto no es necesaria la declaración de voluntad.

En mi comportamiento existe una aspiración a la justicia, a la seguridad, por eso es jurídico, pero dicha aspiración se percibe de modo diferente a como lo había sido con anterioridad. Mis actuaciones se mueven dentro de la dinámica del grupo en general, contribuyo como una pieza más al funcionamiento del mecanismo, lo que yo aporto vale tanto como lo que aporta cada cual, soy parte de un todo y aspiro a que así se reconozca y por ello todos me han de retribuir, lo mismo que yo a todos los demás.

Existen muchas manifestaciones en la realidad cotidiana que demuestran esta tesis. Manifestaciones cuyo encaje jurídico es muy difícil de apreciar, precisamente por la carencia de una categoría específica dentro de la ciencia del Derecho que estudie esta rama que denomino *etológica* por ser relativa al comportamiento.

Cuando las necesidades que derivan en comportamientos necesitan de mecanismos jurídicos para que se llegue a producir la satisfacción a que están llamadas, lo habitual es acudir a la estructura jurídica existente, la cual resulta ser manifiestamente insuficiente en el supuesto objeto de estudio.

Las razones de dicha insuficiencia son tres:

— No hay comprensión adecuada del *material aún no jurídico* (aunque sí con aspiraciones de convertirse en tal) a transformar. No existen solamente hechos naturales y jurídicos sin más, sino que hay que distinguir, dentro de los hechos jurídicos en general, aquellos que consisten no en un acto sino en una

actividad. No solo existen actos sino también comportamientos jurídicos, los cuales son naturalmente externos o manifiestos.

— No hay una comprensión adecuada del *material ya jurídico* transformado durante ese proceso. La relación jurídica no abarca cualquier producto jurídico y resulta completamente inadecuado relacionarla con los comportamientos jurídicos. Es preciso tratar el concepto de situaciones etológicas para proporcionar la debida respuesta. El hecho de que la técnica jurídica clásica quede únicamente centrada en los derechos subjetivos tradicionales condiciona la solución a determinadas necesidades del comportamiento de los individuos, y para atenderlas es necesario acudir al concepto de derechos etológicos.

— Tampoco se acaba de comprender cuál puede ser el mecanismo de transformación adecuado para que lo que aspira a ser jurídico se convierta en exclusivamente jurídico.

II. TEORÍA DE LOS DERECHOS Y SITUACIONES ETOLÓGICAS

1. El derecho sus fases y figuras tradicionales

El Derecho es una herramienta que sirve para satisfacer necesidades jurídicas (todas aquellas aspiraciones del ser humano a lograr la justicia / seguridad jurídica).

Justicia: dar a cada uno lo suyo.

Seguridad: certeza en las consecuencias que se van a producir.

El Derecho consiste en un procedimiento en tres fases donde la necesidad jurídica acaba convirtiéndose en derecho subjetivo (en cualquiera de sus diferentes figuras). O lo que es lo mismo, un proceso en tres fases donde la aspiración a la justicia/seguridad acaba siendo satisfecha mediante el ejercicio de un derecho subjetivo.

El Derecho consigue cumplir su finalidad instrumental a través de una fase inicial o, de entrada, una fase central o de transformación y una fase final o de producción. Dentro de cada una de estas fases, la aspiración inicial va evolucionando y avanza hacia su fin, adoptando la forma de diferentes figuras según vaya reuniendo los requisitos necesarios para ello: para que una necesidad jurídica acceda a la primera fase o fase de entrada del proceso de transformación que significa el Derecho, es precisa la concurrencia de un hecho o acontecimiento.

Solo accederán al tratamiento de la fase de entrada aquellos hechos o acontecimientos que produzcan consecuencias jurídicas (la aparición de una estrella no las produce. El aluvión o la avulsión sí que producen consecuencias jurídicas).

El Derecho en su primera fase desecha todos los hechos jurídicos que no sean creados por la voluntad del sujeto y solo considera dignos de seguir en el

proceso de transformación a aquellos hechos jurídicos creados por la voluntad humana—se trata de los actos jurídicos en sentido amplio—, siempre que esa creación sea objeto de declaración o exteriorización. Si el acto se queda en el ámbito interno, no podrá seguir avanzando en el proceso de transformación.

La exteriorización implica necesariamente la aparición de un tercero (determinado o indeterminado) a quien va dirigida la declaración de voluntad en que consiste el acto jurídico.

Cuando aparece el o los terceros, se cierra la fase de entrada y comienza la fase central o de transformación, la más importante del proceso. En ella, el acto jurídico que aún conserva la cualidad de ser mera aspiración jurídica se transforma y se convierte en derecho subjetivo incardinado dentro de una relación jurídica formada entre el sujeto del que parte la declaración de voluntad y los terceros a quienes va dirigida.

La transformación consiste en convertir en exclusivamente jurídico lo que antes aspiraba solo a serlo y básicamente se trata de una operación silogística consistente en subsumir (dentro de las reglas técnicas que impone el Derecho) el supuesto de hecho de que se trate, en la norma que le sea aplicable, para ver si encaja o no en sus premisas.

Es la operación más importante del Derecho porque, mientras que antes podían existir hechos naturales y jurídicos, actos jurídicos y actos internos o no jurídicos, relaciones jurídicas o sociales, religiosas, etcétera, todo lo que supere la fase central para caer en la fase de salida o producción tendrá carácter exclusivamente jurídico (no social, no religioso, no económico, no político, etc.).

Y así llegamos a la última fase del procedimiento de transformación, donde el acto jurídico se ha convertido en derecho subjetivo y donde el tercero a quien iba dirigida la declaración de voluntad en la que consistía el acto jurídico, ahora forma parte de la llamada relación jurídica.

Es en esta fase de salida donde se establecen las clasificaciones de los derechos subjetivos más conocidas y tratadas por los juristas. A través de su ejercicio concreto se satisface la necesidad jurídica. Hay que tener en cuenta que el Derecho positivo solo alcanza a regular estas figuras concretas y todas las reglas anteriores han de ser respetadas por las normas, so pena de vulnerar el carácter jurídico de dicha regulación normativa.

La clasificación de los derechos subjetivos es la siguiente:

Según el derecho subjetivo se dé en una relación jurídica entre personas o entre personas por razón de las cosas, se hablará de relaciones de carácter personal u obligacional y relaciones con trascendencia real o derechos reales.

Las relaciones de carácter personal se dividen en actos jurídicos en sentido estricto (porque los actos anteriores de la primera fase son actos jurídicos en sentido amplio) y negocios jurídicos, según las consecuencias jurídicas vengan

determinadas por la ley (el matrimonio es voluntario pero los deberes y obligaciones de los casados, no su régimen económico, vienen determinados por ley) o queden dichas consecuencias al arbitrio de lo pactado entre las partes.

Los negocios jurídicos admiten múltiples clasificaciones: onerosos y gratuitos, inter vivos o mortis causa, etc. Pero la clasificación que nos interesa es la que distingue entre contratos, que son aquellos negocios a través de los cuales la voluntad de las partes se satisface contraponiendo recíprocas prestaciones y contraprestaciones y los que podemos denominar convenios (tomando como fuente de este término el Derecho urbanístico), donde la acción de las partes corre paralela hacia un mismo fin (como en un contrato de sociedad mercantil).

Y dentro de los derechos reales hay que distinguir tres categorías: los de uso y disfrute (el usufructo), los de garantía (la hipoteca) y los potestativos (opción, tanteo y retracto).

A la hora de analizar el correcto carácter jurídico de cualquier manifestación, medida o circunstancia que pretenda la justicia/seguridad, no solo hay que buscar su subsunción inmediata dentro del texto del artículo concreto de la ley respecto a la cual se busque amparo, sino, con carácter previo y eliminatorio, habrá que calificar si dicha aspiración a la justicia/seguridad respeta las fases y figuras del proceso de transformación que supone la ciencia del Derecho y que acabamos de exponer. Y la prueba de que cumple estas reglas es que su ejercicio o resultado satisface la inicial necesidad jurídica y la hace desaparecer.

2. Problemática de la estructura tradicional y lo etológico como solución

Sin embargo, la realidad diaria nos demuestra que muchas de las necesidades jurídicas se satisfacen a través de otras herramientas diferentes al Derecho (el tratamiento asistencial a tantas personas que lo necesitan por medio de relaciones afectivas, de familiares o amigos), o se satisfacen insuficientemente o incorrectamente a través del mismo Derecho (la moratoria en el pago de las hipotecas por causa de la COVID ha dependido de una solicitud informal de quien se consideraba afectado) o simplemente se acumulan latentes como aspiraciones frustradas sin satisfacer (son cientos de trillones el número de transacciones de datos que se efectúan cada año en la red sin que las personas que generan dichos datos puedan participar en la ingente cantidad de beneficios económicos que perciben no más de media docena de compañías mercantiles).

La estructura tradicional no funciona porque sus contenidos son insuficientes y obsoletos, porque responden a una realidad social del siglo XIX que nada tiene que ver con la sociedad de hoy en día.

El defecto esencial de la estructura jurídica tradicional consiste en que solo tiene en cuenta, como base del sistema, la declaración de voluntad del individuo y no sus comportamientos o conductas jurídicas.

El hecho del que se parte no puede ser cualquier tipo de acontecimiento. Debe tener dos características ignoradas por la postura clásica: han de obedecer a un tipo de necesidad jurídica determinada y han de ser materialmente perceptibles (medibles, contables, cuantificables).

El hecho no es jurídico solo cuando produce consecuencias jurídicas, sino cuando aspira a convertirse en algo exclusivamente jurídico, por lo cual caen dentro de este concepto no solo los hechos jurídicos creados por el hombre, sino también aquellos hechos jurídicos en los que este participa sin creación directa por su parte.

De este modo los hechos jurídicos se convierten en actos jurídicos en sentido amplio cuando son fruto de la voluntad humana, pero se convierten también en comportamientos jurídicos cuando son fruto de una actividad o conducta jurídicas.

La transformación jurídica de los comportamientos no se produce por subsunción alguna de supuesto de hecho en la ley (entre otras razones, porque no existe normas de Derecho positivo al respecto), sino por la ponderación al caso de los principios jurídicos fundamentales existentes en cada materia.

Efectivamente, la transformación de un comportamiento jurídico no crea un derecho subjetivo, sino que reconoce la existencia de un derecho etológico, el cual viene enmarcado en una situación jurídica que poco tiene que ver con la figura tradicional de la relación jurídica.

Y, por último, los derechos etológicos tienen sus propias clasificaciones ulteriores (la principal es la que distingue los derechos etológicos ambientales y los derechos etológicos de la persona en sociedad) y sus propias e incipientes figuras jurídicas (la custodia del territorio, los Bancos de Conservación de la Naturaleza, los mercados de transacciones ecológicas, la regulación de mercados de datos de carácter personal), entre otras.

III. ESTRUCTURA COMPARATIVA ENTRE DERECHOS SUBJETIVOS Y DERECHOS ETOLÓGICOS. LAS FIGURAS ETOLÓGICAS

El Derecho puede ser definido desde muchos puntos de vista, si bien nos interesa incidir especialmente en el siguiente aspecto: el Derecho es una herramienta o instrumento producto de la personalidad humana que cada individuo utiliza para satisfacer necesidades de tipo jurídico (es decir, aquellas necesidades que aspiran o pretenden obtener justicia y /o seguridad).

Esta herramienta consiste en un proceso de transformación compuesto de tres fases:

— Fase inicial o, de entrada, en la que se produce el tratamiento inicial del hecho jurídico exteriorizado por su titular a través de la figura del acto jurídico en el marco de una relación jurídica.

— Fase central, motor de la transformación: se subsume el supuesto de hecho en la norma jurídica positiva y se generalizan, a través de esa norma positiva, los efectos que se hayan de producir.

— Fase final o de salida: la transformación operada da como resultado un producto de naturaleza plena y exclusivamente jurídica, el derecho subjetivo, que el individuo a quien se le reconozca podrá utilizar para la satisfacción de la necesidad origen del procedimiento.

Cada una de estas tres fases aparece tradicionalmente estructurada en diferentes figuras doctrinales clásicas, que son las siguientes:

— Hecho natural: cualquier hecho de la naturaleza ajeno a la participación humana

— Hecho jurídico: aquel hecho o acontecimiento dotado de efectos jurídicos.

— Acto jurídico (en sentido amplio): aquel hecho jurídico producido por la voluntad humana declarada.

— Relación jurídica: entendida en este trabajo bajo la peculiar perspectiva de efecto jurídico producido en otra / otras personas y /o en una cosa como consecuencia de la exteriorización del contenido del acto jurídico.

— Derecho subjetivo: conjunto de poderes o facultades jurídicas que el Derecho objetivo reconoce a una persona para la satisfacción (mediante el ejercicio o defensa de acciones o excepciones) de sus necesidades jurídicas.

— Clasificación posterior. Se alude a la serie de categorías sucesivas en que se descompone el derecho subjetivo: relaciones personales y reales; actos (en sentido estricto) y negocios jurídicos, contratos o convenios consensuales en el primer caso y derechos reales de uso o disfrute, de garantía u optativos en el segundo.

Sobre esta hipótesis de partida, sostengo la siguiente conclusión inicial: en base a múltiples ejemplos probatorios, hemos de concluir que la construcción técnica jurídica tradicional debe ser mantenida y mejorada en muchos de sus aspectos; en otros en cambio, esencialmente en lo que se refiere a sus contenidos o figuras, su evolución conceptual se encuentra agotada y resulta insuficiente para satisfacer determinadas necesidades jurídicas de reciente (y no tan reciente) aparición.

No es conveniente romper con la tradición, pero sí se hace necesario dotar de nuevo contenido a la construcción jurídica que tomamos como hipótesis, contenido esencial distinto del actualmente existente, de manera que sirva para atender necesidades jurídicas recientemente surgidas y percibidas en el comportamiento de la persona en la actualidad y que no encuentran el necesario acomodo para su satisfacción.

Con la intención de cubrir la carencia apreciada, la teoría que propongo pretende añadir, para el supuesto de los comportamientos jurídicos a los que no se

extiende la postura clásica, una estructura paralela en sus fases, pero diferente en sus contenidos a la anterior, y que resulta ser la siguiente:

— Necesidades jurídicas: aspiraciones del ser humano a alcanzar la justicia o la seguridad en los hechos jurídicos en los que la misma se materializa para ser percibida.

— Hecho jurídico: todo hecho o acontecimiento de la naturaleza donde exista participación humana directa o indirecta.

— Comportamiento jurídico: actividad o conducta continuada que es susceptible de ser apreciada por la sociedad para que el sujeto pueda aprovechar directamente los beneficios que se produzcan en la situación jurídica en la que quede engranada. O lo que es igual: intervención participativa en procesos de generación de riqueza.

— Situación jurídica etológica: proceso con un sujeto que participa de una actividad sobre una materia que produce resultados de los que se beneficia el individuo.

— Derechos etológicos: resultado de la actuación del Derecho a la hora de satisfacer la necesidad jurídica del individuo derivada de un comportamiento.

Analizaremos comparativamente la estructura tradicional relativa a los derechos subjetivos con la estructura etológica propuesta. Y después analizaremos las figuras etológicas que se proponen.

1. Estructura comparativa entre derechos subjetivos y derechos etológicos

La estructura propuesta corre casi en paralelo a la estructura tradicional, si bien el significado de sus contenidos es diferente.

Hay que efectuar un análisis global de las diferencias generales entre la estructura clásica del proceso de transformación jurídica que hemos visto y la que ahora se propone:

— Carácter lineal de la estructura clásica frente al carácter circular del proceso etológico

En la concepción clásica, la declaración de voluntad exteriorizada del individuo genera el nacimiento de un acto con vocación o aspiración a convertirse en plenamente jurídico tras intervenir la fuerza transformadora del Derecho. Es decir, la relación jurídica es creada a partir del acto jurídico (y este a partir del hecho jurídico); tiene esa relación jurídica por lo tanto un principio y tendrá también su final, que consistirá en el ejercicio, reiterado o no, del derecho subjetivo por parte del titular. Se trata de un procedimiento lineal y acumulativo en el sentido de que se repetirá el nacimiento, ejercicio y extinción del derecho subjetivo las veces que sea preciso sin llegar a ser único, aunque ninguna de sus sucesivas existencias pueda ser diferente.

El procedimiento será reiterativo, se repetirán las fases del proceso de manera más o menos abreviada, incluso de forma casi automática, tantas veces como sea necesario ejercitar el derecho, sin llegar a la consideración de que es uno y el mismo, aunque sus repeticiones no parezcan ofrecer diferencia alguna.

En cambio, en el ámbito etológico las situaciones jurídicas no nacen de la declaración de voluntad humana (no son fruto de la voluntad sino de la personalidad) sino que es la actividad del hombre la que se integra en la situación jurídica existente (la cual, a su vez queda integrada en otras diferentes) sin gozar en principio de más importancia la razón o causa de su integración en la situación del proceso.

De esta manera, dicha situación no tiene carácter lineal sino circular, más bien esférico, puesto que la misma existía antes del comportamiento contributivo del sujeto y continuará existiendo cuando este haya aprovechado los beneficios derivados de su comportamiento o actividad en ella. Este círculo *interopera* integrado con otros y en otros de manera digital, de ahí lo de esférico y no solo circular.

— En lo etológico, el proceso no comienza con los acontecimientos o hechos materiales u objetivos, sino que la teoría se remonta a un estadio anterior y se pregunta sobre la naturaleza de la necesidad a la que obedecen tales hechos o acontecimientos

En la doctrina clásica, el concepto de hecho o acontecimiento se propone como punto de partida de toda regulación posterior. Pero detrás de un hecho puede haber más. El hecho puede ser simplemente natural pero también puede obedecer a una razón primaria y anterior, puede ser fruto o manifestación de una necesidad, la cual, si va conectada a una aspiración de justicia o seguridad, tendrá carácter jurídico y será previa al acontecimiento o hecho fáctico a través del cual dicha necesidad sea percibida.

Consideramos que es necesario remontarse al análisis de las características de la necesidad experimentada, entre otras razones porque resulta imprescindible para poder evaluar el grado de satisfacción a dicha necesidad que ofrecen los resultados del proceso jurídico en cada caso.

— En la estructura etológica no podemos hablar de actos jurídicos sino de comportamientos adecuados

Todo acto jurídico, si reúne todos los requisitos para ser admitido como tal, tendrá por definición el carácter de ser adecuado para hacer surgir un derecho subjetivo, mientras que, si de comportamientos o actividades hablamos y no de declaraciones de voluntad, la idoneidad será además siempre un requisito añadido.

No todos los comportamientos del ser humano son constitutivos de consecuencias jurídicas, al menos no de manera directa, o, mejor dicho, de manera lo suficientemente directa para producir consecuencias jurídicas del tipo que estamos estudiando.

El comportamiento adecuado será aquel que encaja como pieza dentro del engranaje del entorno personal, social y ambiental en el que se encuentra. Si el

comportamiento contribuye al funcionamiento del engranaje del que participa, será un comportamiento adecuado; si lo dificulta u obstaculiza, entonces no lo será.

Otra cuestión distinta e importante será la consideración de cuándo un sistema funciona o no lo hace y qué es lo que se debe entender como sistema.

En lo etológico existen mecanismos de integración de los comportamientos en las situaciones jurídicas que tratan de adecuar las diferentes piezas del engranaje en su funcionamiento habitual.

— No existe exteriorización voluntaria, sino que los comportamientos son naturalmente externos, perceptibles con independencia de la voluntad activa o pasiva del individuo en su manifestación

Para que el acto jurídico produzca las consecuencias que le son propias, se precisa su exteriorización, ya que no es posible que sentimientos o voluntades puramente internas tengan consideración jurídica alguna si no se manifiestan hacia el exterior. En cambio, los hechos jurídicos etológicos no precisan concurrencia de voluntades concretas ni precisan actuación alguna de exteriorización para producir las consecuencias jurídicas a que se encuentran llamados.

La relación jurídica se da entre personas directamente (relaciones obligacionales) o entre ellas, pero por razón de una cosa (relaciones de naturaleza real). Esa relación jurídica existe desde que el acto jurídico se exterioriza y el Derecho cumple con su función transformadora. En estos casos, la voluntad de la persona se da a conocer, pero para hacer efectivo su contenido ha de ejercitarla, ponerla en práctica, activarla si es sujeto activo o responder frente a ella si lo es pasivo, pero en cualquier caso la relación ha de convertirse en acción.

El hecho jurídico etológico (el que se debe al comportamiento de las personas) no exige exteriorización alguna para producir sus efectos, es externo en sí mismo, y lo es hasta el punto de la imposibilidad de su interiorización o ignorancia jurídica. Y del mismo modo, no admite pasividad o latencia alguna en su existencia.

Los hechos jurídicos son perceptibles por definición, lo cual no significa ni que hayan de ser expresamente manifestados para ser tenidos en cuenta ni que sea posible que permanezcan ocultos, puesto que entonces no solo será negado su tratamiento jurídico sino su propia existencia, no en balde nacen de la propia actividad humana.

Además, estos hechos tienen su propio procedimiento de perceptibilidad, una forma de ser percibidos que podríamos aceptar sin mayor necesidad de prueba de existencia. Prueba o pruebas de existencia que, para alguno de los requisitos (de orden administrativo por otro lado) que dan derecho formal a percibir los beneficios que nacen de los mismos, sí que son necesarias.

— No existen relaciones sino situaciones etológicas

En el caso conductual o etológico no existe otro tipo de relación que la que consiste en pura actividad (que no acción); no hay posibilidad de mantener actitudes pasivas en

el comportamiento humano, no es posible abstraerse, cada cual, en su conducta, de las circunstancias del mundo exterior. En este sentido, los derechos conductuales o etológicos no nacen de una relación jurídica, sino que lo hacen desde la pura actividad que implica el comportamiento, son percibidos dentro de una situación jurídica.

No existe relación jurídica en lo etológico, pues la actividad humana es un hecho cuyas consecuencias jurídicas arrancan directamente del comportamiento como tal, desde que aparece la actividad en que se manifiesta (sin necesidad de voluntad, sin necesidad de exteriorización, sin necesidad de relación y sin necesidad de ejercicio o acción).

Los derechos subjetivos, que nacen de la relación jurídica que a su vez surge de la voluntad declarada del sujeto, pueden ser reales o personales, según exista o no un objeto, una cosa, interpuesta entre el sujeto y todos los demás. Si yo soy el dueño de una finca, de esa relación surge un derecho de propiedad que puede llegar a ser absoluto o que también puede quedar limitado en función de razones sociales, pero también de índole ambiental. Si yo llego a un acuerdo con otra u otras personas, establezco una relación puramente obligacional de la que nacen derechos y obligaciones entre las partes y que puede ofrecer diferentes variedades según se contrapongan o caminen juntas.

Esta última diferenciación entre derechos reales y personales no es aplicable al ámbito etológico, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque no hay relación jurídica como tal de la que puedan surgir uno u otro tipo de estos derechos.

En segundo lugar, porque establecer limitaciones etológicas a los derechos reales no encaja con la técnica jurídica hasta ahora empleada.

En tercer lugar, porque no se puede hablar de acuerdos negociales o contractuales cuando más que acuerdos existen materias sobre las que no es posible negociar entre voluntades.

Esta diferencia se entronca directamente con el carácter circular del proceso etológico frente al carácter clásico lineal, solo que, en este caso, reconocida la diferencia entre relación y situación, la primera queda asimilada a una perspectiva plana, mientras que la segunda es multidimensional o esférica.

— No hay derechos subjetivos sino etológicos

La relación jurídica clásica genera derechos y obligaciones para los sujetos activo y pasivo, para el generador del acto jurídico y para aquel a quien va dirigido; son los llamados derechos subjetivos, que como todo en ese vínculo sinalagmático que supone la relación jurídica habitual, cuenta con un dimensión activa y una dimensión pasiva, los llamados derechos y obligaciones, los cuales, según la doctrina clásica, tienen su correlativo derecho u obligación en el sujeto pasivo o activo al que se dirige la acción. Esa correlación es lo que denominamos prestación, la cual tiene su vuelta en la llamada contraprestación.[1]

Lógicamente, no existen en lo etológico derechos subjetivos activos y pasivos del tipo de los estudiados anteriormente. Al no consistir la conducta del sujeto en una relación jurídica concreta sino en una actividad general encuadrada dentro de un determinado sistema, la actividad conductual no puede considerarse en ningún caso sinalagmática, pero tampoco podemos caer en el error de considerarla unilateral. Las consecuencias jurídicas que genera la actividad de la persona y que va dirigida a todos los miembros de la sociedad y a cada uno de ellos, a cada uno de los objetos de la realidad y a todos ellos, sin que vaya dirigida a nadie o a nada en particular, se puede considerar que disfruta de un carácter global. Las características del comportamiento humano al que nos estamos refiriendo (permanencia, adecuación, reconocimiento, entre otros), unido a las características de la única tecnología que en este aspecto puede resultar útil, esto es, la tecnología digital avanzada, determinan que la concepción tradicional de las relaciones jurídicas (un haz de facultades y deberes que viaja puntual y expresamente del uno activo al otro pasivo a través de una línea recta que a lo más a lo que puede llegar es a ser única o múltiple) salte por los aires en cuanto a las necesidades etológicas actuales. Porque en lo etológico no hay comunicación o relación, existe la accesibilidad para cubrir cualquier pretensión al respecto, porque el cumplimiento se sustituye por el aprovechamiento y porque el papel activo o pasivo de los sujetos se confunde en un mismo plano. Las características de modo, tiempo, lugar y forma dejan de ser puntuales y lineales, para convertirse en globales, esféricas.

El aprovechamiento frente a la prestación

En la construcción científica savigniana existe una relación sinalagmática (activa-pasiva) que no se produce en lo etológico. En este segundo caso, el sujeto no realiza una prestación a favor de otro para obtener una contraprestación de ese otro, sino que se aprovecha, en la parte proporcional, directamente de aquello que, fruto de su actividad (y la de todos cuantos participan en la situación), le produce beneficio como parte del engranaje jurídico total.

Se trata de sacar provecho a los comportamientos en la conciencia de que ello solo será posible a través por supuesto de su sostenibilidad, pero también acudiendo a políticas de auténtico fomento y ampliación de la riqueza surgida de lo etológico. Somos conscientes, sin embargo, de que este término, el de *aprovechamiento*, (como el de *mercado*, o el de *transacciones o transferencias* o el de *garantías*) por muy *de ambiental o social* que queramos tildarlo, siempre creará cierto recelo en una parte de la ciudadanía. No es casual este efecto. Procede incluso de los diversos significados que al término atribuye el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el cual distingue con toda claridad los términos *aprovechar* de *aprovecharse*.

Aprovechar: 1. Hacer buen uso de una cosa, sacarle el máximo rendimiento, beneficio o utilidad. /// 2. Ser útil o buena una cosa a alguien. /// 3. Adelantar en el aprendizaje de una materia.

Aprovecharse: 1. Servirse de una persona o cosa para sacarle un beneficio, especialmente cuando se hace con astucia, engaño o abuso. /// 2. Abusar de una mujer.

Por lo tanto, no es lo mismo aprovechar los valores etológicos que aprovecharse de los mismos. Son dos las actitudes que la persona puede adoptar ante los bienes de la naturaleza. Según su comportamiento sea el propio de un *dueño-custodio* o el de un *explotador-destructor*, se podrá entender que *aprovecha* o se aprovecha. Cuando en este estudio empleamos el término aprovechamiento, evidentemente lo empleamos con intención de referirnos a la primera acepción y no a la segunda. Podríamos haber utilizado un sinónimo para referirnos a la misma situación, pero hemos decidido no emplearlo por dos razones. En primer lugar, porque es el más ajustado a la intención general que entendemos corresponde a esta figura jurídica y en segundo lugar porque cualquiera de los otros términos posibles a utilizar, tienen invariablemente un significado particular (conservar, custodiar, fomentar) propio de alguna de las múltiples figuras específicas en que el aprovechamiento etológico ambiental se materializa.

Por lo tanto, mantenemos el término aprovechamiento para referirnos a una aspiración humana cuya tipificación jurídica es necesario definir y regular normativamente, anticipando que ya existe reconocimiento legal de alguna de sus modalidades más importantes y también de algunas figuras afines que pueden ayudarnos a comprender mejor lo que entendemos desde un punto de vista jurídico por aprovechar. El aprovechamiento es una actitud de la conducta del ser humano, una actitud diferente a la de usar, abusar y destruir tradicionales de los derechos reales, una actitud que produce efectos de naturaleza jurídica, unos efectos que, produciendo utilidad en quien la ejercita, recaen directamente en aras de su beneficio y sostenibilidad sobre elementos, valores o recursos.

Queda fuera de lugar en lo etológico todo lo relativo a la teoría del título y el modo para entrar en el estudio de las técnicas de aprovechamiento jurídico (con cierto parecido a la técnica de los derechos reales), donde pueden resultar muy variadas (todas ellas respetuosas con los principios fundamentales, ya que de otro modo no serían jurídicas) las fórmulas de retribución o incluso de apropiación.

El reconocimiento frente a la creación

En lo etológico acabamos de ver que prima el aprovechamiento del beneficio producido en una situación. No ha lugar al examen de prestaciones recíprocas entre partes; por lo tanto, si existe un beneficio del que legítimamente cabe aprovecharse, es porque la situación etológica a la que obedece se halla ya creada y solo es preciso verificar su reconocimiento por parte de la técnica jurídica para que produzca efectos inmediatos.

Inmediatez de lo etológico frente a la intermediación jurídica tradicional

Efectivamente, la solución práctica que ofrece la ciencia del Derecho a través de su proceso transformador según el tratamiento clásico de la cuestión es la de convertir el acto jurídico en derecho subjetivo y resulta necesario por consiguiente que el haz de facultades en que consiste el derecho subjetivo sea activado para producir la satisfacción jurídica (que puede traducirse en un beneficio económico o no).En cambio, en una situación etológica jurídicamente reconocida, el acceso al beneficio económico generado es consustancial a la figura, una parte más del engranaje jurídico, de obtención inmediata y automática por parte del sujeto sin necesidad de ejercitar facultad alguna concreta para ello.

Frente a la dualidad activa-pasiva, la teoría etológica es subjetivamente neutra

Estos derechos etológicos resultan subjetivamente neutros. No son propios, ni son ajenos, ni estamos tratando de bienes colectivos o comunales, estamos hablando de valores patrimonialmente neutros a respetar. Los derechos-obligaciones de los que tratamos en los derechos propiamente subjetivos no pueden ser aplicados a cuestiones de este tipo, como tampoco la existencia de planos activos-pasivos. La neutralidad subjetiva que proponemos abarca ambos aspectos de la dualidad, fundiéndolos en una única neutralidad sin exclusión de ninguno de ellos en todo caso.

Lo instrumental frente a lo esencial en lo tecnológico

La necesidad de estudio jurídico relativo al tratamiento tecnológico que resulta imprescindible para el manejo de este tipo de figuras se puede considerar como incipiente, pero desde luego apunta claramente a la necesidad de cambios estructurales en la técnica jurídica actual. Tradicionalmente, y no solo en lo jurídico, la tecnología ha ofrecido casi siempre un valor instrumental al servicio de cuestiones sustantivas cuya existencia en ningún modo dependía de ella. Tanto por la frecuencia de percepciones de necesidades jurídicas de orden etológico que se producen en la actualidad, como por la complejidad de las situaciones en las que los comportamientos jurídicos se pueden ver envueltos interoperando, la consideración de la tecnología digital resulta esencial en la categoría jurídica de la que estamos tratando, hasta el punto de no poder ser apreciados muchos comportamientos si no lo es a través de funciones informáticas.[2]

De lo personalísimo a lo patrimonializable

En la actualidad, el efecto más negativo de una visión normativa exclusivamente protectora de los valores etológicos es que las regulaciones que de ello se derivan suelen ser restrictivas o limitadoras de los beneficios ordinarios y

positivos que para su propietario implica su propio comportamiento. En realidad, poco o nada se dice acerca de la naturaleza de este tipo de derechos, aunque los mismos aparecen enunciados en diferentes textos legales, conjugando la visión actual, esto es la perspectiva subjetiva activa del medio ambiente (por ejemplo, la protección de la salud y calidad de vida humana), sin perder de vista el objetivo tradicional de la utilización adecuada y conveniente de los recursos naturales.

Muchas de las necesidades jurídico-etológicas a las que nos referiremos en esta exposición, acaban siendo tratadas como derechos de contenido no patrimonial, al menos directamente patrimonial, lo cual no significa que se trate de derechos menores o insustanciales; todo lo contrario, suelen ser derechos que afectan a las condiciones más valiosas de la vida de las personas. En, cualquier caso, carecen de contenido patrimonial directo. Una persona tiene derecho a una calidad de aire determinada, a vivir en un ambiente de ruidos saludable, a no ser contaminado, tiene derecho incluso a defenderse cuando uno de esos derechos subjetivos resulta atacado, de modo que tal situación puede derivar incluso en la necesidad de indemnizaciones económicas que compensen al sujeto por el daño sufrido en sus derechos ambientales.[3]

Todo eso es cierto y es uno de los hitos en el avance de la sociedad de nuestros días, pero ninguno de esos derechos que se reconocen goza de un contenido patrimonial propio e independiente que permita al sujeto hacerlo circular en el tráfico y obtener con ello un beneficio económico derivado de su aprovechamiento. Estos derechos de reconocimiento normativo tan particular, además de carecer de valor patrimonial que permita su circulación en el tráfico, ya vimos que se muestran al exterior únicamente como derechos susceptibles de protección, como elementos de cuyo goce no se puede privar al sujeto que los disfruta, pero ninguna regulación activa se advierte en su constitución, transmisión o gravamen más allá del simple reconocimiento de su existencia. Son derechos subjetivos, pero solo desde la óptica protectora tradicional del Derecho público. Son tales porque la ley los reconoce como deberes de servicio público que el Estado debe prestar a sus ciudadanos y no como derechos autónomos de que los individuos puedan disponer.

Lo que aquí se propone es que el tratamiento jurídico de este tipo de comportamientos se patrimonialice, sea objeto de mercado y transacción, porque lo que en realidad se transmite es el valor económico que tiene el fomento de estos elementos.

Es frecuente en la práctica cotidiana que el propietario de un bien catalogado como de interés cultural o como espacio natural protegido caiga en la contradicción de ver cómo tales consideraciones, lejos de producir el lógico beneficio económico que deberían, aparecen como una carga o una responsabilidad exclusiva de la que, sin mayor razón, el resto de los individuos se beneficia. La actitud de cuidado y fomento del individuo ha de ser recompensada por la sociedad. Por lo tanto, aprovechar el entorno significa conservarlo, así como poner en circulación datos personales significa proteger la personalidad.

No existen en lo etológico derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen que queden impedidos para del tráfico jurídico. Pueden los comportamientos, a través de la técnica jurídica adecuada, patrimonializar las figuras referidas siempre con el máximo respeto a los principios fundamentales del Derecho en los que se apoyan dichas cuestiones personalísimas.

Terminología clásica frente a nuevos significados

El lenguaje sirve para describir conceptos, pero el lenguaje no es una simple herramienta que acude a satisfacer nuestra necesidad de comunicación. El lenguaje no es instrumental, tiene naturaleza sustantiva, de tal modo que no todo lenguaje sirve para explicar todo tipo de conceptos y del mismo modo que yo puedo explicar con palabras y hacerlo de manera artística si lo pretendo, el movimiento de una bailarina al danzar, nunca una de mis palabras podrá reproducir la sensación que se experimenta al contemplar el cuerpo en movimiento de la persona que baila. Efectivamente, sin el lenguaje se puede llegar a afirmar que no existe el concepto. Y en el mundo registral se puede afirmar que, hasta la llegada del lenguaje gráfico digital, no era posible explicar a través de números y letras un buen montón de ideas de índole espacial. El lenguaje digital abre un mundo de posibilidades conceptuales a las que el lenguaje analógico no es capaz de llegar. Se utilizan en lo etológico términos con significado novedoso; así, por ejemplo, la actitud del ser humano con el medio ambiente no es simplemente la de conservar, ni solamente la de respetar, el comportamiento que toda persona ha de mantener con el entorno que le rodea ha de ser sostenible y la sostenibilidad como preservación de elementos naturales para la generaciones futuras no es ni un derecho ni una obligación, es simplemente el principio que debe regular el tratamiento jurídico del comportamiento humano.

Los derechos de la personalidad no son susceptibles hoy en día solamente de disfrutar de características clásicas como la intimidad, como tampoco pueden ser objeto de una transmisión tradicional (por algo son indisponibles); en realidad, este tipo de derechos solo pueden ser englobados bajo el principio de su tratamiento formal o material. Nos encontramos, así, ante un concepto, el de circulación de datos personales. difícilmente encuadrable en la teoría tradicional.

2. FIGURAS JURÍDICO ETOLÓGICAS

Comportamiento jurídico

Las notas características del comportamiento o conducta jurídicos a que nos referimos son las siguientes:

Notas características de las conductas o comportamientos etológicos

—*Ha de tratarse de actuaciones y no de actos*. Los comportamientos a los que nos referimos no pueden perseguir la actuación individualizada; han de consistir en una actividad, es decir, en una reiteración periódica de actuaciones. Por eso, estas figuras no caben bajo el término actuación, entendido este como la realización de un acto o la declaración de voluntad aislados, sino que deben sujetarse a términos como actividad, tratamiento y conducta. Es decir, el carácter continuado de una actitud que produzca las consecuencias a las que nos referiremos resulta imprescindible.

—*Ha de tratarse de conductas adecuadas*. Esta conducta no ha de perseguir solamente un resultado concreto y determinado, sino que el comportamiento ha de ser adecuado, ha de engranarse de forma armónica dentro del mecanismo de una actividad general que ha de perseguir una finalidad inmaterial que resulte adecuada al ámbito de actuación al que va dirigida o donde se produce la actividad de todo individuo, el cual participará por ello en los beneficios económicos que se produzcan.

Si esta actitud o actividad individual es una rémora o dificulta el funcionamiento del engranaje en que consiste la situación etológica de la que participa, entonces no ha de ser tenida en cuenta y quedará fuera de la misma de modo natural y automático.

El comportamiento adecuado será aquel que encaja como una pieza dentro del engranaje del entorno personal, social y ambiental de la situación en la que se encuentra. Si el comportamiento contribuye al funcionamiento del engranaje del que participa, será un comportamiento adecuado; si lo dificulta u obstaculiza, entonces no lo será.

—Ha *de tratarse de conductas que pretendan satisfacer el carácter colectivo e individual del ser humano, tanto en su aspecto material como espiritual*. En realidad, este comportamiento de la persona no pretende satisfacer exclusivamente ni a sí misma ni a terceros individuales o colectivos, sino que cataliza, en un solo concepto interoperable, la contemplación de las dos categorías que se corresponden con las dos grandes dimensiones del ser humano: la espiritual y la material y, dentro de cada una de estas dimensiones, podrían apreciarse dos categorías: la espiritual, referida a uno mismo y el aspecto espiritual referido a los demás, a la sociedad. Y, por otro lado, el aspecto corporal o material referido a uno mismo, a la salud e higiene personal y el aspecto corporal referido al entorno material que nos rodea, es decir al medioambiente.

Estas actitudes no se derivan de la voluntad del hombre en sentido estricto, sino de su propia naturaleza, obedecen a su comportamiento natural, a su personalidad. Evidentemente, por llamarme Óscar Germán Vázquez Asenjo se producen consecuencias jurídicas de todo orden, consecuencias jurídicas que se deben más que a mi voluntad, a mi propia personalidad. Respiro aire contaminado, y desde luego no es esa mi voluntad, pero las consecuencias jurídicas que de ello se derivan se producen por el simple hecho de respirar. En ese caso, ni tan siquiera interviene la personalidad del hombre, se trata tan solo de dar cauce a

necesidades fisiológicas básicas, interviene el entorno natural, pero en cualquier caso y en sentido estricto no es necesaria la voluntad.

— *Actitudes exteriores por su propia naturaleza.* El comportamiento de las personas no exige exteriorización alguna para producir sus efectos, es externo en sí mismo, lo es hasta el punto de la imposibilidad de su interiorización o ignorancia.

Esto significa que los problemas de prueba a la hora de constatar que estos comportamientos existen no deben producirse (independientemente de las dificultades que surjan en cuanto a la posible medición de su cuantía o calidad). Deben resultar evidentes o no deben ser considerados apreciables a nuestros efectos.

La necesidad de que sea imprescindible un reconocimiento normativo para que estas actuaciones produzcan sus efectos, como más adelante examinaremos, nada tiene que ver con la apariencia de las actuaciones, que han de resultar evidentes.

Actitudes de carácter activo. Como consecuencia de lo expuesto en los puntos anteriores, la actividad a la que nos referimos no admite pasividad o latencia alguna en su existencia, que no es lo mismo que omisión o falta de acción positiva. Estos comportamientos son activos por definición, aunque consistan en un no hacer, ya que la actividad se traduce en positividad, en colaboración con la actividad general del colectivo, y no existirá esa actitud activa o positiva cuando la actuación resulte obstativa del proceso o contraria al beneficio pretendido.

En el caso conductual o etológico no hay posibilidad de mantener actitudes pasivas en el comportamiento humano, no es posible abstraerse, cada cual, en su conducta, de las circunstancias del mundo exterior. En este sentido, las consecuencias jurídicas no nacen de una relación querida y preestablecida con los demás, sino que lo hacen desde la pura acción que implica el comportamiento. Una de las más importantes diferencias entre los derechos subjetivos y los etológicos consiste en que los primeros se ejercitan a través de acciones/excepciones, mientras que los segundos son propios de una actividad continuada que por ello no tiene por qué repetirse (sin intervención manual repetitiva). En realidad, no es más que un aspecto particular de una diferencia mucho más genérica y que consiste en la consideración que cada naturaleza de derechos (subjetivos y etológicos) hace del aspecto temporal.

No existe relación con los demás en sentido clásico. Solo funciona como pieza dentro de un engranaje. No existe relación de persona a persona (o de persona con el colectivo) en lo etológico, la actividad humana es un hecho cuyas consecuencias arrancan directamente de una situación consumada, relativa a la conducta como tal, desde que aparece la actividad en que se manifiesta (sin necesidad de voluntad, sin necesidad de exteriorización, sin necesidad de relación y sin necesidad de ejercicio o acción).

Esta circunstancia determina que las consecuencias económicas, jurídicas y de la más variada índole queden extraídas del marco de la negociación, de la comprobación, evaluación o intervención tradicionales. Se trata de comporta-

mientos que se tratarán únicamente a través de procedimientos informáticos, los cuales excluyen todas estas posibilidades, al menos de manera repetitiva.

No existe criterio de reciprocidad alguno. El esquema clásico, que va más allá de lo jurídico, consistente en que las prestaciones que realiza un sujeto pueden ser llevadas a cabo por dos motivos —o bien por favorecer a otro sin pretender por ello el beneficio personal, lo que llamamos ánimo de liberalidad, o bien por tratar de obtener una contraprestación a cambio de la que ha realizado o consentido—, no es predicable a los comportamientos a los que nos estamos refiriendo.

No se trata, a pesar de que haya podido utilizar este recurso retórico con anterioridad, de que, a cambio de una actividad determinada, la sociedad o sus individuos me premien por los beneficios que les produce. En el supuesto que aquí interesa, no existe consideración individualizada de mis actuaciones, simplemente mi actividad, cuando encaja dentro de los límites que estamos tratando de perfilar, pasa a formar parte de un engranaje cuyo solo funcionamiento repercute en mi beneficio particular (o, en su caso, en el de la persona que haya llevado a cabo la actividad).

Este fenómeno de la conducta encierra valores subjetivamente neutros. Otro criterio básico para distinguir estos comportamientos es la neutralidad en su apropiación patrimonial por parte del sujeto que participa con su actitud en el sistema.

La participación en el engranaje (siempre adecuada al mismo) debe constituir en sí misma un beneficio patrimonial para el sujeto que la realiza. Se aprecia este supuesto con claridad, por ejemplo, en el caso de los consumos de energía. El ahorro energético como consecuencia de una adecuada utilización de la energía por parte de un consumidor debe repercutir no solo en la factura que ha de pagar, sino en la posibilidad de participar en mercados con el valor de lo ahorrado, en el beneficio para su salud y estabilidad emocional con la consecuente reducción de costes del sistema sanitario, y en otro sinfín de posibilidades.

Estos aspectos etológicos resultan subjetivamente neutros. No son propios ni son ajenos, ni estamos tratando de bienes colectivos o comunales, estamos hablando de valores patrimonialmente neutros a respetar.

En su tratamiento es precisa la intervención informática. Quizás una de las razones de más peso que explican el por qué hasta la fecha han pasado casi desapercibidos los comportamientos a los que nos estamos refiriendo radique en el hecho cierto de que son prácticamente imperceptibles.

Los calificamos de imperceptibles porque la cuantía o apreciación de valor económico en cada uno de ellos es muy difícil de cuantificar y, en todo caso, siempre dará un resultado insignificante si cada una de nuestras actividades *humanas* es tratada individualmente. Ahora bien, si nos fijamos, el número de actuaciones o comportamientos que cada ser humano desarrolla es cuantitativamente enorme y su reiteración lo es aún más. Si inaprensible resultaba el resultado económico

de una actividad individual, igualmente inasequible resulta la comprensión del resultado económico global de todas ellas.

Esto es así, si de tratamientos tradicionales hablamos. Tratamientos analógicos o mecánicos pero precisados de intervención manual repetitiva. La aparición de la tecnología informática provoca no solo la desaparición del posible error derivado de la intervención humana repetitiva, sino la posibilidad de realizar, con igual seguridad, el tratamiento masivo de datos y apreciaciones.

Si queremos delimitar el juego de estas actitudes o comportamientos, será preciso tener claro que solo podremos referirnos a tales cuando los mismos sean susceptibles de tratamiento informático.

Son patrimonializables. Este tipo de valores se puede patrimonializar, ser objeto de mercado y transacción, pero lo que en realidad se transmite es el valor económico que tiene el fomento de estos valores. Por eso, la patrimonialización como concepto al que nos referimos, no puede confundirse con la materialización, como cuestión que permite transformar estos valores en materiales susceptibles de cualquier tipo de transacción económica.

La patrimonialización consiste en la participación del individuo, a través de su actitud positiva de cuidado y respeto, dentro de mecanismos que automáticamente aprovechen dicha actitud y premien de manera implícita e inclusiva al individuo en sociedad.

Situación etológica

Situación etológica: escenario interactivo que en cada momento ocupa un comportamiento dentro de uno o varios procesos de creación de flujos económicos beneficiosos para el sujeto que se comporta y para la sociedad.

Características de las situaciones etológicas son las siguientes

La situación participa de los caracteres de la interoperabilidad

Creo evidente que la cuestión en lo etológico va más allá de ejercitar un derecho o cumplir una obligación. El comportamiento es susceptible de interoperar más allá de la simple declaración expresa de la autonomía de la voluntad. Esto significa que:

La posibilidad de interoperar los comportamientos se asemeja a "la posibilidad de combinación de los conjuntos de datos espaciales y de interacción de los servicios..." porque la conducta individual y aislada no tiene sentido, ha de formar parte de una situación jurídica compuesta por muchas otras circunstancias y comportamientos de la misma naturaleza.

La conducta del sujeto se desarrolla de manera segura y constante porque, si no, sería inadecuada y quedaría por si sola fuera de la situación; es decir, sin necesidad de intervención repetitiva, por lo tanto.

Y también es consustancial a lo etológico una de las cualidades propias de este tipo de relación jurídica especial al que nos referimos, esto es la interope-

rabilidad: que el resultado sea coherente y se aumente el valor añadido de los conjuntos y servicios de datos.

Mutabilidad e inmediatez

El funcionamiento de dicha situación resulta espontáneo y es objeto de modificaciones constantes derivadas del resultado de la interoperabilidad efectuada por los comportamientos de los individuos que van entrando y saliendo de su engranaje.

Resulta obvio que la situación etológica ha tenido que obedecer a un origen y, sin duda, en su día tendrá un final. Pero de cara a la regulación jurídica de los comportamientos que la constituyen, lo importante es su existencia y su funcionamiento en el momento en que sea preciso su reconocimiento, no su principio y tampoco su final.

Hasta tal punto es así que las modificaciones que se producen dentro de una situación jurídica, por otro lado, constantes en la práctica, se producen sin figura jurídica específica, a diferencia de lo que ocurre en la teoría de la relación jurídica y de los derechos subjetivos, donde las mutaciones se realizan a través de novaciones y subrogaciones individualizadas.

El carácter naturalmente mutable de las situaciones jurídicas resulta absolutamente necesario en lo etológico, ya que los derechos de esta naturaleza producen resultados beneficiosos para el individuo desde el momento de reconocimiento del derecho etológico derivado de un comportamiento ya existente, sin esperar a ejercicio o reclamación alguna. Lógicamente, esta característica es incompatible con cualquier tipo de posible dilación formal en la configuración constantemente mutable que pueda afectar a la situación jurídica.

Carente de regulación positiva sustantiva

La situación etológica tampoco precisa de regulación sustantiva, más allá de la concurrencia de ciertos requisitos formales de orden público o administrativo. En los sistemas tradicionales tampoco aparece regulada positivamente la relación jurídica o el derecho subjetivo como tales en ningún texto legal, pero sí las figuras concretas posteriores en que se desarrolla el proceso de transformación jurídica y se verifica de tal manera que se puede afirmar sin temor que respeta y confirma la estructura clásica o tradicional.

En cambio, no existe circunstancia parecida para las figuras de lo etológico, lo cual no debe hacernos llegar a pensar que su existencia dependa del reconocimiento expreso llevado a cabo por el Derecho positivo, puesto que su nacimiento va vinculado a la ponderación de los principios fundamentales aplicables a cada caso y no a la subsunción del supuesto de hecho en la norma. Y tampoco debe llevarnos a pensar que lo etológico es incompatible con el Derecho positivo, el

cual puede jugar un importante papel a la hora de crear seguridad jurídica en el funcionamiento de los diferentes engranajes. Es más, resulta tan importante la existencia de regulación normativa específica que, en cuestiones de requisitos y competencias a la hora de la participación en los beneficios por parte del interesado, esta solamente se producirá de la manera que le corresponde, es decir, de modo directo, con la concurrencia de una regulación de tipo administrativo que sirva para determinar cuantías y procesos al respecto.

Unida a resultados beneficiosos

La situación etológica, como el Derecho, solo existe si produce o es capaz de producir resultados económicamente beneficiosos para todos aquellos que a través de su comportamiento participan de ella.

Sin duda alguna, el aprovechamiento de los beneficios de la situación jurídica en la que participa el comportamiento y donde operan los derechos etológicos repercutirá en el sujeto correspondiente. Pero incluso cuando estos resultados sean económicamente negativos, incluso en estos casos, el interesado resultará beneficiado.[4]

Es el beneficio efectivo y no otra razón, el que determinará en cada momento, y cada momento puede ser diferente a otro, la posibilidad del reconocimiento de esa situación etológica para precisar la participación en sus resultados. Podría sostenerse, incluso, que en las situaciones etológicas adecuadas no existen pérdidas, ya que la pérdida económica determinaría, sin mayor formalidad, la desaparición natural de la situación etológica en sí.

Es consecuencia del carácter adecuado que debe revestir todo funcionamiento espontáneo de lo etológico. Cuando los comportamientos interactúan es porque se obtiene de su combinación una mejora respecto del estado en que se hallaban antes de interpelar y en consecuencia una mejora de la situación jurídica en la que operan. Si no existe mejora o beneficio, la interoperabilidad no se produce, y si los comportamientos no se combinan acaban por desaparecer sin mayor formalidad.

Automatismos y carácter informático

El automatismo ha de ser entendido no en términos de interoperabilidad (procesos informáticos que eviten los errores derivados de la intervención manual repetitiva), porque los errores (sobre todo los de orden informático) también se producen de manera automática. Al hablar de automatismo en lo etológico a lo que me refiero es a la existencia de recursos o mecanismos conceptuales (aunque materializados en códigos de programación) que intervengan necesariamente en el proceso de transformación jurídica y produzcan de manera inevitable e inmediata, sin trámite ni intermediación alguno, consecuencias que obliguen a mantener la adecuación del engranaje jurídico.

Derechos etológicos

Derecho etológico: el resultado que surge de un proceso de naturaleza jurídica con un sujeto que desarrolla una actividad sobre una materia que conlleve beneficios de los que ha de participar el mismo sujeto.

Son notas características del mismo las siguientes.

Los derechos etológicos son verdaderamente derechos

El derecho etológico persigue la satisfacción de una necesidad que se manifiesta en el hecho o acontecimiento en qué consiste un comportamiento. Dicha necesidad tiene que ser jurídica, es decir, esa misma necesidad ha de perseguir una satisfacción relacionada con la justicia y la seguridad. Lo que ocurre es que se trata de un concepto de justicia que podríamos calificar de moderno, por su carácter novedoso ambiental, tecnológico y, sobre todo, global. Por ejemplo, el debate sobre la naturaleza jurídica de la figura de la custodia del territorio como una de las modalidades de los derechos de aprovechamiento ambiental pone en cuestión la propia naturaleza jurídica de estas figuras. La dificultad de su encaje dentro de los derechos subjetivos tradicionales ha hecho pensar que nos hallamos ante una simple estrategia sin contenido jurídico propio. La prueba de la naturaleza jurídica etológica de la custodia ambiental queda demostrada por el fallido intento de algunas de las últimas legislaciones.

Ocurre, sin embargo, que resultando indudable el carácter jurídico de esta categoría ambiental, la dificultad de su encaje persiste y persistirá mientras no sea admitida la categoría de los derechos etológicos y esta sea considerada como tal.

Los derechos etológicos solo pueden ser contemplados y comprendidos desde la perspectiva del Derecho moderno

Los clásicos no tenían necesidad de acudir a esta categoría de derechos puesto que las necesidades jurídicas existentes, hasta bien entrado el siglo XX, se satisfacían con base en la construcción de derechos subjetivos y relaciones jurídicas.

Pero es que, además, la doctrina no podría haber acudido a construcciones conceptuales como la que proponemos ya que esta es solamente viable en unas condiciones de tiempo (sostenibilidad), modo (tecnología) y espacio (globalización) que solo se producen hoy en día.

Los derechos etológicos son parte de un engranaje jurídico (la situación jurídica)

Los derechos etológicos no pueden tener consideración práctica independiente, funcionarán y realizarán su verdadera labor como partes engranantes y engranadas dentro de una maquinaria procedimental global de transformación jurídica. Se alejan de la correspondencia sinalagmática que existe entre derechos

subjetivos para alcanzar su auténtico significado en la situación jurídica, dentro de la cual interoperan y a la cual, a su vez, hacen interoperar.

Tanto los derechos subjetivos como los etológicos cumplen su función dentro de la fase de salida del proceso de transformación jurídica, pero a diferencia de los derechos subjetivos, que actúan independientemente de la relación jurídica, la cual sirve prácticamente de soporte de comunicación entre ellos, los caracteres y la propia consideración de los derechos etológicos está muy influenciada por la situación jurídica en la que se encuentran inmersos y de la cual participan.

Como su nombre indica, se apoyan en conductas o comportamientos del sujeto a quien corresponden.

La conducta no es solo la manifestación del derecho etológico, ni tampoco su causa, ni la forma de ejercicio del derecho o la de obtención de beneficio. No es solo eso, sino que es mucho más; se trata de lo que impregna todo en la *máquina del Derecho*, es el adjetivo que se aplica a cualquier sustantivo que sea utilizado a estos efectos (por razones de redundancia, quizás la palabra comportamiento sea la única a la que no sea posible aplicar este adjetivo).

El comportamiento subyacente no se ve alterado por el ejercicio del derecho.

Efectivamente, el comportamiento ambiental será el mismo antes y después de que el derecho etológico sea reconocido a favor de una persona; no será preciso realizar mayor prestación o verificar acto alguno para reconocer un derecho etológico existente.

Siguiendo nuestro ejemplo, consideramos la inclusión de una finca en un Banco de Conservación de la Naturaleza como una de las posibles formas de ejercicio del derecho etológico de conservación ambiental. A través de esta figura se persigue que el comportamiento ambiental subyacente al ejercicio del derecho se perpetúe en el tiempo, tenga vocación de permanencia. Permanente en el sentido de que los valores ambientales a crear, restaurar o conservar en la misma, una vez logrados, no se pierdan. Sin embargo, el término permanente no ha de ser asimilado al término invariable porque todo, tanto en el mundo del hombre en sociedad, como en el mundo de la naturaleza, está sujeto a constante evolución y por tanto necesariamente a constante revisión y evaluación (incluso a través de fases sucesivas o proyectos de bancos de conservación enlazados entre sí).

Peculiar forma de participar en los beneficios surgidos en la situación etológica

El derecho subjetivo no provoca la satisfacción jurídica inmediata al individuo. Este precisará ejercitarlo para satisfacer su necesidad o para defender su satisfacción. Por el contrario, el derecho etológico ha de permitir al sujeto que

lo ostenta aprovechar, participar directamente en la parte proporcional que le corresponda de los beneficios generales que genere su propio comportamiento dentro de la situación de la que forma parte. Esta circunstancia trae consigo dos consecuencias:

La primera consiste en tener en cuenta que la satisfacción jurídica solo puede ser directa, es decir, sin necesidad de ejercicio de derecho subjetivo alguno, cuando el beneficio no consista en dar, hacer o percibir algo, sino en la percepción o inmediata ganancia del valor económico de ese algo.

Y la segunda es que, si bien el carácter etológico de un derecho implica un medio de satisfacción inmediato para el sujeto, sin embargo, la percepción de estos beneficios para él no es optativa; desde el momento en el que sean reconocidos a su favor, se entenderá que el beneficio ha sido recogido, aunque el mismo sujeto pretenda no haberlo hecho.[5]

Los derechos etológicos, entre lo público y lo privado

Siendo el comportamiento jurídico naturalmente objeto de regulación por parte del Derecho privado, lo cierto es que el Derecho público actúa de modo peculiar en lo etológico, de tal modo que ningún derecho etológico, en cualquiera de sus múltiples variedades, puede depender, en su existencia o reconocimiento, de ninguna norma de Derecho público que así lo pretenda.

Y, sin embargo, esto no impide que normas de Derecho administrativo, necesarias para dar forma y tiempo al ejercicio de los derechos etológicos, lleguen a condicionarlos de tal modo que resulte prácticamente imposible el aprovechamiento etológico para quien no las cumpla.

Tal es la peculiaridad de estos derechos en sus relaciones con lo público, que resulta perfectamente posible su utilización por parte de entidades públicas como forma de ejercicio de su propio *imperium*.

Los derechos etológicos gozan de una naturaleza mixta

No existe derecho etológico con un acreedor o alguien a quien corresponda ejercitar o defender su derecho de modo activo, ni tampoco alguien que tenga el deber o la obligación de cumplirlo, o sea, alguien que actúe de modo pasivo. En realidad, los derechos etológicos suponen un ejercicio que al mismo tiempo constituye un derecho y una obligación para todos cuantos participan en los mismos.

También la condición del sujeto a quien corresponde el derecho etológico es mixta:

Como consecuencia de la característica expuesta en el punto anterior, la condición del sujeto a quien corresponde este derecho es al mismo tiempo activa y

pasiva, es al tiempo deudor y acreedor. Pero es que, además, cuando la correspondencia se halla intermediada por un objeto (en una situación paralela a la que la doctrina tradicional resuelve mediante la técnica de los derechos reales), la condición del sujeto que cumple deberes y ejercita *derechos* tiene un carácter que, si bien no es exactamente mixto, al menos es verdaderamente peculiar.

La conservación es un derecho que el propietario o promotor (sujeto activo) impone sobre determinados elementos ambientales vinculados a su finca y es la sociedad (sujeto pasivo) quien debe respetarlo. Pero la especialidad de este derecho, como etológico que es, consiste en que no hablamos del sujeto pasivo general difuso propio de los derechos reales tradicionales, sino de un sujeto que, en este caso, tiene la forma determinada de sociedad civil y de carácter general, global o universal.

Los etológicos son derechos individualmente modulables

Esta circunstancia se manifiesta de diferentes maneras según cuál sea la modalidad de derecho etológico de la que estemos tratando. Como ejemplo, apreciaremos que la modulación en el derecho de conservación de la naturaleza es la siguiente:

Cada vez que se reconoce un derecho de conservación ambiental, este ha de quedar configurado en sus términos exactos mediante un plan o proyecto de gestión que ha de proponer el promotor del Banco de Conservación al organismo público correspondiente para ser aceptado, acometido y cumplido.

Y, así, la determinación de las actuaciones de creación, restauración, recuperación, mantenimiento y conservación variarán hasta individualizarse para cada Banco de Conservación de la Naturaleza que se constituya, como individualizada debe ser también la determinación del número y valor de los *créditos ambientales*, las fases en las que se consideran cumplidos los objetivos que permiten su emisión efectiva y las condiciones de capacidad económica del promotor o la cuantía del depósito.

Solo es posible el adecuado desenvolvimiento de los derechos etológicos a través de tecnología digital:

Resulta tan cuantioso el volumen de derechos etológicos que pueden llegar a ser reconocidos, tan frecuente la interoperabilidad entre los diferentes flujos de comportamientos, la reiteración de aprovechamientos o la utilización de situaciones que escapan de la capacidad humana que, sin tecnología informática digital, resulta imposible llevar a cabo el necesario control de los mismos.

Ha de tenerse en cuenta que se trata de que la tecnología evite el error que se pueda derivar de la intervención manual repetitiva en un proceso, y nunca de que aparezca como creador directo dentro del mismo. Las posibilidades de efectuar el tratamiento adecuado, para obtener la satisfacción pretendida, solo puede llevarse a cabo a través de una tecnología sofisticada de la que ya hemos tratado con anterioridad.

Los derechos etológicos consisten en el aprovechamiento económico de la sostenibilidad de un determinado recurso o cualidad de un objeto o materia sustantivos y no en la explotación directa de los mismos

En realidad, el aprovechamiento no es del objeto sobre el que recae el comportamiento, sino de su valor.[6]

El modelo tradicional del derecho real recayente directamente sobre una finca no es aplicable a la figura de conservación del territorio que venimos tomando como ejemplo (ni al resto de figuras jurídicas del comportamiento), ya que la finca no resulta directamente afectada por el ejercicio de este derecho etológico, sino indirectamente beneficiada del mismo.

Al tiempo de constituirse un Banco de Conservación de la Naturaleza se prevé la emisión de una serie de *créditos ambientales* a cambio de la consecución de unos valores ambientales que antes no existían. Es cierto que esos valores ambientales necesitan vinculación al territorio para ser comprendidos, pero no se trata de simples derechos sobre la cosa, sino de auténticos elementos inmobiliarios que gozan de una individualidad e independencia indudables.

El derecho etológico se extingue por la desaparición del comportamiento, cualquiera que sea su causa

Hemos examinado que, en lo etológico, no es esencial el origen de la situación o las necesidades a las que obedece el comportamiento de que se trate; lo importante es la apreciación de su existencia cuando el interesado se encuentre en el aprovechamiento de su derecho. Hasta tal punto es así que, en el ejemplo del derecho de conservación ambiental ejercitado sobre Bancos de Conservación de la Naturaleza que estamos tomando, la simple desaparición del valor ambiental existente determinará la imposibilidad de desarrollar comportamiento adecuado alguno.

El derecho etológico tiene una clasificación posterior muy diferente a la que tiene el derecho subjetivo

La principal distinción entre los derechos etológicos es la que los distingue entre derechos etológicos ambientales y derechos etológicos de carácter personal, según se refieran al comportamiento del hombre en la naturaleza o del hombre en sociedad.

IV. CONCLUSIONES

I.—La necesidad jurídica es la base de lo jurídico.

II.—La percepción estructurada en datos es un elemento esencial del hecho jurídico de carácter etológico.

III.—El hecho natural no existe en lo etológico.

IV.—El tratamiento jurídico de lo etológico es necesario para salvar las carencias de la estructura tradicional.

V.—No existen contradicciones o solapes entre ambas teorías. Son complementarias. La teoría clásica se ocupa de la transformación jurídica de las declaraciones de voluntad, mientras que la teoría etológica se encarga de la transformación jurídica de los comportamientos.

VI.—En el acto jurídico, la voluntad que lo genera ha de ser exteriorizada a través de su declaración, mientras que el comportamiento etológico es necesariamente externo y solo susceptible de reconocimiento.

VII.—El acto jurídico nace se renueva al ejercitarse y obedece a causas de extinción, mientras que el comportamiento jurídico es persistente, no interesa su nacimiento, ejercicio o desaparición. Lo importante es que pueda ser apreciada su existencia cuando sea necesario.

VIII.—El objeto de transformación jurídica es diferente en los supuestos a los que se refiere la teoría clásica que en aquellos a los que se refiere la teoría etológica.

IX.—Apoyo de lo etológico en los principios generales.

X.—La relación jurídica es lineal, mientras que la situación etológica es esférica, dimensión diferente.

XI.—La satisfacción jurídica en la estructura clásica se obtiene de modo indirecto, mientras que en lo etológico se obtiene automáticamente de hecho.

XII.—El papel que desempeña la tecnología en lo etológico es diferente a la función que esta ejerce en la estructura clásica.

XIII.—Tras llegar al concepto de derecho subjetivo, la estructura clásica sigue una clasificación diferente a la que adopta la teoría etológica tras llegar a la formulación del derecho etológico.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., Instituciones de Derecho Civil. Derecho de cosas, editorial Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964.

— Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, editorial Bosch, 2004.

— El negocio jurídico, editorial Bosch, Barcelona, 1995.

ALEXY, R., El concepto y validez del derecho. Editorial Karl Albert, 1992.

ALLI TURRILLAS, J-C., Administración y Legislación Ambiental. Adaptado al EEES, Dikynson, 2016.

ALONSO GARCÍA, Mª. C., La protección de la dimensión subjetiva del medio ambiente. Thomson Reuteurs Aranzadi, 2015.

ÁLVAREZ SUÁREZ. U., El negocio jurídico en Derecho Romano, Madrid. Revista de Derecho privado, 1954, XL.

ARANA GARCÍA, E, y TORRES LÓPEZ, Mª A., Derecho Ambiental. Adaptado EEES. Tecnos. 2ª Edición, 2015.

ARRIETA SEVILLA, L. J. y SÁNCHEZ JORDÁN, Mª E., Estudio sobre la representación gráfica de las fincas registrales, Thomson Reuteurs Aranzadi, 2018.

AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, I., El papel de la autonomía privada en el ámbito de los Derechos Reales. Editorial Tirant lo Blanch, 2021.

AZPITARTE GARCÍA, Mª. V. Nietzsche y los animales. Más allá de la cultura y la Justicia. Tirant lo Blanch, 2021.

BELL, D. El fin de las ideologías. Sobre el agotamiento de las ideas políticas en los años cincuenta, Alianza editorial, 2015. Traducción de Ángel Rivero Rodríguez.

BENEYTO, J., "Perspectiva social del Derecho (Entre la filosofía y la sociología)", de la obra colectiva Derecho y Filosofía. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau. Universidad de Valencia. Secretariado de Publicaciones. Tomo I, Valencia, 1977.

BONNECASE, J., "Elementos del Derecho Civil. Nociones preliminares, personas, familia, bienes". Traducción de José M. Cajica. Editado por Instituto Pacífico. 2017.

BRIGHI, R., PALMIRANI, M. y SÁNCHEZ JORDÁN, E., Informatica giuridica e informatica forense al servicio della societá della conoscenza. Aracne, 2018.

CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho civil español común y foral. Tomo III. Derecho y obligaciones. La obligación y el contrato en general. 10ª Edición. Editorial Reus, Madrid, 1967.

CASTRO Y BRAVO, F. de, Derecho civil de España. Parte General. Instituto de Estudios políticos, 1949.

— El negocio jurídico. Instituto Nacional de Estudios jurídicos. Madrid, 1967.

CLEGG, J. W., Good Science. Psychological Inquiry as Everyday Moral Practice. Cambridge University Press, 2022.

CLEMENTE DE DIEGO, F. Instituciones de Derecho Civil Editorial Ariel. Madrid 1959.

COHEN-SEAT, G., y FOUGEYROLLAS, P., L`action sur l´homme: cinema et télevision. Editorial Danoel, París, 1961.

CORTINA, M., y SERRA, M. A., Coordinadores de la obra ¿Humanos o posthumanos?, Singularidad tecnológica y mejoramiento humano. Fragmenta Editorial, S.L., 2015.

COSTA, J., Teoría del Hecho Jurídico individual y social, Madrid, 1914.

COTTA, S., ¿Qué es el Derecho? Editorial Rialp, 2005.

CURUGULLO, F., Doctor. Departamento de Geografía, Trinity College Dublín, University of Dublin, Ireland. https://www-academia-edu.translate.goog/35171073/Exposing_smart_cities_and_eco_cities_Frankenstein_urbanism_and_the_sustainability_challenges_of_the_experimental_city?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es&_x_tr_pto=sc

DE PABLO CONTRERAS, P. et al., Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado Derecho de la Persona. 4ª edición. Editorial Colex, Madrid, 2011.

— Curso de Derecho Civil (III), Derechos reales, editorial Colex, Madrid, 2004.

DEBREU, G., Teoría del valor. Un análisis axiomático del equilibrio económico. Bosch, 1973.

DELGADO RAMOS, J., La protección registral del medio ambiente. Fundación Registral, 2007.

DIEGO, F. C, de Instituciones de Derecho Civil, Madrid, 1959.

— Derecho civil español común y foral. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1927.
DIEZ-PICAZO, L., Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado. Editorial Cívitas, 1979.
DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de derecho civil. Volumen II. Editorial Tecnos, 2012.
DRESNER, S., The Principles of Sustainability. Editorial Ear Tucson from Routledge. 1969
DUGUIT, L., Las transformaciones del derecho público y privado. Editorial Comares, 2007.
DYZENHAUS, D., The long arc of legality, ed. Cambridge University Press, 2022.
EHRENBERG V., Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, introducción y traducción de Antonio Pau, Cuadernos de Derecho Registral. Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2003.
ENNECCERUS L., Derecho Civil, Parte General I., Imprenta Clarasó, 1934.
FABRA GARCÉS L. A., Valoración de los bienes inmuebles e impacto económico en el Ministerio de Economía y Hacienda, 2005.
FANDOS PONS P., Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica, ed. Tirant lo Blanch, 2016.
FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano, Ed. Dykinson, 2016.
FERNÁNDEZ ORTE, J., La tributación medioambiental. Teoría y práctica. Ed. Thomson Aranzadi, 2006.
FIGAREDA I CAIROL, P. Entidades de conservación. Aspectos prácticos y doctrinales. Ed. Cívitas, 2000.
FIKENTSCHER, W., "La concepción de la historia y el sistema en Savigny", en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 8-19, 1978-1979 (Ejemplar dedicado a Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX), texto del artículo -67576-01-10-20210829-pdf.
GAMBRA CIUDAD, R., "El silencio de Dios", Págs. 120 y ss., cap. VIII. Editorial Ciudadela Libros. 2007.
GARCÍA GARCÍA, J. M., Derecho inmobiliario registral o hipotecario, Tomo III, editorial Cívitas, 1ª edición, 2002.
GALLEGO GARCÍA, E. A., Fundamentos para una teoría del derecho. Segunda edición, editorial Dykinson, 2006.
GOLDSMITH, E. et al., Manifiesto para la supervivencia, Alianza editorial, 1972.
GÓMEZ GALLIDO, F. J., La calificación registral. Tomo I. Thomson Cívitas, 2008.
GÓMEZ PERALS, M., "Las bases gráficas registrales y la inmatriculación", en la monografía Asociada a la citada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, nº 25, La información territorial en el Registro de la Propiedad: la incidencia de la Directiva Inspire y las bases gráficas registrales, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
GONZÁLEZ VICEN, F., "La filosofía del derecho como concepto histórico", Anuario de Filosofía del Derecho, 1969.
GULLÓN BALLESTEROS, A., El contrato en general. La relación obligatoria. Editorial Tecnos, 2012.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, E., La implosión reguladora en la ciencia del Derecho: el caso de Las Comunidades globales y el ecosistema humano (tesis doctoral). Editorial Servicio Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2019.

HAURIOU, A., Derecho Constitucional e instituciones políticas. Editorial Ariel, 1966.

HAYEK, F. A. von, "Derecho, Legislación y Libertad". Unión Editorial. 978-84-7209-627-1. 1979.

IGLESIAS SANTOS, J. Derecho romano. Editorial Ariel, 2007.

IHERING, R. von, La lucha por el derecho. Librería de Victoriano Suárez, 1921.

JACCARD, M., The citizen's guide to climate success. Editorial Cambridge University Press, 2020.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S., El Derecho ambiental y sus principios rectores. Dykinson, 1991.

KALINOWSKI, G., "Querelle de la science normative. Une contribution à la théorie de la science", en Anales de la Cátedra Francisco Suárez nº7, 1967.

KELSEN, H., Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica. Editorial Trotta, 2011.

KIPP, T., Derecho Civil. Parte General I. Imprenta Clarasó, 1934.

LA TORRE, M., La lucha contra el derecho subjetivo, Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho. Dykinson, 2008.

LACRUZ BERDEJO, J.L., Estudios de derecho privado común y foral. Tomo I. Editorial de Centro de Estudios registrales, 1992.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., Elementos de Derecho civil 2. Derecho de obligaciones. Editorial Dykinson, 2011.

LARENZ, K., Derecho Civil, parte general, traducción española, Edersa, Madrid, 1978.

LECAROS SÁNCHEZ, J.M., "Los objetos del derecho". Editado en Apuntes de Derecho civil, disponible en: https://xdoc.mx/preview/los-objetos-del-derecho-609f499f2134e

LERSCH, P., El hombre en la actualidad, Gredos, 2007.

LÓPEZ CALERA, N. Mª, "Notas de antropología jurídica y política", en Derecho y Filosofía. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau. Universidad de Valencia. Secretario de Publicaciones, 1977.

LOSANO, M. G., Los grandes sistemas jurídicos. Editorial Debate, 1982.

LOZANO CUTANDA, B., Administración y Legislación Ambiental. Adaptado EEES. Editorial Dykinson, 2016.

MARQUITA, K. H., Understanding environmental pollution. Editorial Cambridge University Press, 2010.

MARCUSE, H., El hombre unidimensional, traducción de Antonio Elorza. Editorial Austral, 2016. Original Herbert Marcuse, One Dimensional Man, Beacon: Boston, 1964.

MADSEN, B., N. CARROLL Y MOORE BRANDS. State of biodiversity markets report: offset and compensation programs worldwide. www.ecosytemmarketplace.com

MEMON, A. Y SKELTON. "The practice of environmental compensation under the Resource Management Act 1991: a comparison with international experience", Resource Management Law Association of New Zealand. www.rmla.org.nz.

MORA RUIZ, M., La gestión ambiental compartida: función pública y mercado, Lex Nova, 2007.

MONEREO PÉREZ, J. L., Las transformaciones del derecho público y privado. Cambridge University Press, 2010.

NAVAS NAVARRO, S. El Derecho real de aprovechamiento parcial. Cuadernos de Derecho Registral. 2007.

ORTEGA Y GASSET, La rebelión de las masas, cap IV, pág. 48 ss. Philipp Lersch, Pág 46 y ss. Cap IV, Philipp Lersch, El hombre en la actualidad, Gredos, 2007.

ORTIZ SÁNCHEZ, M. y PÉREZ PINO, V., Diccionario jurídico básico. Editorial Tecnos, 2010.

PUIG BRUTAU, J., Compendio de Derecho Civil. Volumen I. Editorial Bosch, 1987.

QUESADA SANCHEZ, A. J. (2001), "El Legislador y los particulares a la hora de crear nuevos Derechos Reales: reflexiones inducidas por una Ley", Noticias Jurídicas,

RIGAUD, L., El Derecho Real. Historia y Teorías. Su origen institucional. Editorial Reus, Madrid, 1928.

ROCA JUAN, J., "Sobre el deber legal de respeto a la persona (derecho civil y medio ambiente)". Anuario de Derecho Civil, 1986.

RODRIGUEZ DE ALMEIDA, Mª G., "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", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. N.º 693, enero-febrero 2006.

ROUSSEAU, El contrato social. Libro IV capítulo VII.

RUIZ SALGADO, A., ARIAS GONZÁLEZ, F., NAVARRO GÓMEZ, A., "Propuestas de futuro para el tercer sector ambiental", Cuaderno de Campo nº 16, diciembre 2016.

RUNDCRANTZ, K. y SKÄRBÄCK, "Environmental compensation in planning: a review of five different countries with major emphasis on the german system". European Environment, 2003, 13. Fecha de última consulta 29.08.22.

SALMERÓN MANZANO, E. Mª, Efectos jurídicos de la identificación gráfica registral. Editorial, La Ley Wolters Kluwer, 2016.

SÁNCHEZ GUISANDEZ, M., "Medidas compensatorias en el marco de la Directiva Hábitats". Jornadas sobre medidas compensatorias de proyectos de infraestructuras viarias que afectan a la Red Natura 2000. Gijón 18 y 19 de noviembre de 2010. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/230218381_Environmental_compensation_in_planning_A_review_of_five_different_countries_with_major_emphasis_on_the_German_system

SÁNCHEZ JORDÁN, Mª E., "La reingenierización del Registro de la Propiedad", en la obra colectiva Informatica giuridica e informatica forense al servicio della societá della conoscenza. Scritti in onore di Cesare Maioli, Aracne, 2018.

— "La Directiva Inspire y los sistemas registrales europeos", en la monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, nº 25, La información territorial en el Registro de la Propiedad: la incidencia de la Directiva Inspire y las bases gráficas registrales, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

El impacto de las nuevas tecnologías en la publicidad registral (dir. SÁNCHEZ JORDÁN, Mª. E.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

SÁNCHEZ JORDÁN, Mª E. y GARCÍA GARCÍA, J. A., "El deslinde registral de fincas inscritas", en Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales. Ed. Aranzadi, 2018.

SANZ RUBIALES, I., El mercado de derechos a contaminar. Régimen jurídico público. Editorial Lex Nova, 2007.
SAVIGNY, F. K. von, Sistema del derecho romano actual. F. Góndora y cía., editores, 1878.
— Metodología jurídica. Ediciones Valletta, 2015.
SCHMITT, C., Legalidad y Legitimidad. Ediciones Comares, 2006.
SERRANO MORENO, J.L. Principios de derecho ambiental y ecología jurídica. Editorial Trotta, 2007.
SIMMONS, B. A., Mobilizing for human rights. International Law in domestic Politics. Cambridge University Press, 2009.
STEINER, M., y WIEGEL, U., El libro de la basura: una guía básica para la gestión de los residuos. Editado por Education and culture, 2008.
STOLTON, S., REDFORD, K. y DUDLEY, N. Áreas bajo protección privada: mirando al futuro, Gland, Suiza, UICN, 2014.
VALLACE GOODMAN, S., Citizenship in Hard Times. Cambrige University Press, 2022.
VALLET DE GOYTISOL
O, J., Sociedad de masas y derecho, Taurus ediciones, 1968.
VARGAS QUIROZ, C., "Mercado ambiental y creación de empleo". Seminario 2, 3, 4 de marzo 1994. San Lorenzo del Escorial. Fundación Friedrich Ebert, 1994.
VÁZQUEZ ASENJO, O.G., Ponencia "El mercado de transacciones ecológicas Mertra", Noveno Congreso Nacional de Medio Ambiente CONAMA. Madrid 1-5 diciembre, 2008.
— Coordinación entre el catastro y el Registro de la Propiedad. Tirant lo Blanch, 2013.
— Aproximación a los principios básicos hipotecarios. Editorial Bosch, 2010.
— La información territorial asociada a las bases gráficas. Tirant lo Blanch, 2009.
VEGA de la, C., Teoría, aplicación y eficacia de las normas del código civil. Madrid ,1976.
VIGURI PEREA, A., Globalización y defensa del medio ambiente en el derecho privado: aplicación del principio de quien contamina paga, y el régimen de la responsabilidad civil objetiva: derecho español, europeo, norteamericano y japonés. Centro de Estudios Registrales, 2009
VILCHES TRASSIERRA, A. J., Aproximación a la sociedad de la información: firma, comercio y banca electrónica, Centro de Estudios Registrales, 2002.
WITTGENSTEIN, L., Tractatus lógico-Philosaphicus. Alianza editorial, 2019.
WOLFF, M., Derecho civil. Parte General I. Imprenta Clarasó, 1934.
YANGUAS MONTERO, G., El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente. Editorial Thomson, Civitas, 2006.
ZULETA PUCEIRO, E., "Savigny y la teoría de la ciencia jurídica", en Anuario de Filosofía del Derecho nº 19 1976-1977, págs. 57-82, disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1985426 (f.u.c. 29.8.2022).
ZURITA ESPINOSA, L., La gestión del conocimiento territorial. Ediciones Ra-ma, 2011.

NOTAS

[1] DIEZ PICAZO, L y GULLÓN, A (1981) *Sistema de Derecho civil*. Edición décima Vol.2 Editorial Technos. Página 128. "El objeto de la obligación es lo debido por el deudor y lo que el acreedor está facultado para reclamar. El deudor, lo que debe en realidad, es una conducta o comportamiento, al que normalmente denominamos prestación".

[2] DIAZ PICAZO, L. (1979) *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos)*. Cuadernos Cívitas. Editorial Cívitas. Página 90. "Si se admite (y yo creo que hay que admitirlo) el condicionamiento del ordenamiento jurídico por los niveles de conocimientos científicos y los niveles de técnicas creativas, la conclusión a la que parece que hay que llegar en seguida es que los avances, las transformaciones que en este terreno se producen (avances técnicos) tienen que producir un inevitable influjo en el ordenamiento jurídico (cambio jurídico). Hay de este modo una correlación avance técnico-cambio jurídico siempre que se trate de un avance técnico con proyección social. Este influjo puede consistir en la aparición de una nueva legislación o la reacción del Derecho al reto de la nueva tecnología acudiendo necesariamente a sus vías de aplicación e interpretación. Es muy posible que esa reacción primera consista en tratar de ajustar o englobar el conjunto de los nuevos hechos que el nuevo nivel técnico determina en los moldes antiguos, preconizando de este modo el mantenimiento de la misma situación anteriormente establecida, por medio de lo que puede ser una forzada interpretación extensiva de los textos".

[3] DUGUIT, L. (2007) *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*. Editorial Comares. El desarrollo de esta teoría se realiza específicamente en el punto 3 del capítulo II de esta obra.

[4] VÁZQUEZ ASENJO, O.G. (2008). Ponencia *"El Mercado de Transacciones Ecológicas "Mertra"* en el 9º Congreso Nacional de Medio Ambiente. Cumbre del Desarrollo sostenible.www.conama9.org.

"Estos resultados económicos tienen dos puntos de vista:

a) resultado económico del consumidor, es decir el ahorro que respecto al sistema tarifario vigente se va a beneficiar el cliente ahorrador, o, por el contrario, la carga económica que va a soportar el cliente menos ahorrador. Siempre bajo la comparativa del sistema tarifario vigente.

b) resultado económico de Teidagua, habida cuenta que la implantación del sistema Mertra no puede suponer una lesión a sus ingresos, en tanto en cuanto, ha de regir el principio de equilibrio financiero donde los costes del servicio público ha de cubrirse con los ingresos".

[5] VÁZQUEZ ASENJO, O.G. (2008) Ponencia *"El mercado de transacciones ecológicas Mertra"* al 9º Congreso Nacional de Medio Ambiente CONAMA. Madrid 1-5 diciembre.www.conama9.org

"El derecho de explotación comercial colectiva que denominamos "Mertra" se ha de constituir bajo las condiciones siguientes. El titular presente o futuro de la finca a cuyo favor se establezca el derecho de aprovechamiento comercial del agua de uso doméstico asume en contrato la obligación de pagar periódicamente a la empresa suministradora la cantidad de euros mensuales que para cada caso se acuerde, lo cual le dará derecho a consumir determinado número de "unidades de consumo de agua" también previamente acordadas y entendida cada unidad de consumo como el número concreto m3 de agua suministrado a la finca según resulte del contador debidamente instalado a tal efecto. Si al finalizar el plazo periódico de pago se hubiese consumido una cantidad superior a las unidades de consumo pactadas, el titular de la finca que tenga a su favor el derecho de aprovechamiento colectivo comercial inscrito en el Registro de la Propiedad tendrá la obligación de satisfacer a la empresa suministradora determinada cantidad

de euros por cada unidad de consumo en que se hubiese excedido, hasta un tope predeterminado, más allá del cual, se aplicará el régimen tarifario ordinario existente fuera del régimen de aprovechamiento que se pacte. Sí, por el contrario, al finalizar dicho plazo periódico de pago, el titular del derecho inscrito hubiese consumido una cantidad inferior a las unidades de consumo pactadas, en tal caso tendrá derecho a percibir de la compañía suministradora una cantidad de euros determinada (siempre inferior a la que habría de percibir por los excesos) por cada unidad no consumida, hasta un tope, más allá del cual, se aplicará el régimen ordinario existente fuera del sistema de aprovechamiento que se pacte. El pago y cobro de las unidades de consumo excedentes o ahorradas se podrá efectuar dentro del año siguiente a la finalización del periodo de pago. Durante este plazo, el titular de la finca sobre la que se constituya el derecho de aprovechamiento comercial del agua de uso doméstico podrá intercambiar al precio que libremente pacte con los titulares de otras fincas de las mismas condiciones, las unidades de consumo excedentarias o ahorradas que resulten del contador correspondiente. Resulta evidente que si el ahorrador ha de percibir de la compañía suministradora una cantidad de dinero sensiblemente inferior a la que esa misma compañía ha de recibir a su vez de quien se excedió en el consumo, este tenderá a vender las unidades no consumidas a aquel que ha acumulado unidades excedentarias. El ahorrador obtendrá mejor precio y el excedentario pagará más barato.

[6] VÁZQUEZ ASENJO, O.G. (2008) Ponencia *"El mercado de transacciones ecológicas Mertra"* al 9º Congreso Nacional de Medio Ambiente CONAMA. Madrid 1-5 diciembre.www.conama9.org "Es de hacer notar que las transacciones que se producen en el mercado "Mertra", son transacciones de valor. No es que el usuario que vende el "agua ahorrada" o el que compra para cubrir sus excedentes de consumo, este transmitiendo o adquiriendo litros materiales de líquido, sino que realmente en el mercado "Mertra" se está transaccionando con el valor que tendrá el pago o cobro de la cantidad de consumo ahorrada o excedentaria frente a la compañía suministradora en el momento final de la liquidación. Los ahorros y excesos de consumo quedan inscritos en el Registro de la Propiedad como hemos visto. Como son tantos y tan frecuentes los que se producen en el tiempo, es necesario establecer una herramienta informática que permita consultar el estado del mercado, los ahorros y excedentes existentes y permita del mismo modo llegar a operar para llevar a cabo de manera sencilla y segura las transacciones correspondientes".

Trabajo recibido el 16 de febrero de 2023 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La custodia de los animales de compañía en la Ley 17/2021

The custody of pets in Law 17/2021

por
JOEL HARRY CLAVIJO SUNTURA
Profesor contratado
Universidad Isabel I de Castilla, Burgos

RESUMEN: El presente trabajo tiene como finalidad analizar la determinación de la custodia de los animales de compañía, en función de los cambios implementados por el legislador en la Ley 17/2021, que se encuentran en vigencia desde el año 2022. En la nueva regulación, la norma sustantiva considera a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad. En ese marco, se estudia el convenio regulador, la autoridad judicial y la custodia de los animales de compañía, la custodia compartida y su inviabilidad por malos tratos a animales, la custodia de los hijos y la custodia de los animales de compañía en función del interés del menor, la determinación de la custodia en familias sin hijos, la causa de inclusión de los animales de compañía en la estructura familiar y la custodia. Entre las principales conclusiones, se establece que la custodia de los animales de compañía puede ser unilateral, o bien compartida. En ese contexto, los excónyuges tienen la posibilidad de consensuar la modalidad de custodia mediante el convenio regulador, de no ocurrir ello, será la autoridad judicial quién determine el régimen de custodia. No obstante, el legislador condiciona la aplicación de la custodia compartida en supuestos de amenazas o malos tratos a los animales de compañía, más no ocurre lo mismo con la custodia unilateral. Se encuentra pendiente de regulación la custodia de los animales de compañía en las parejas de hecho. En cuanto a la metodología de trabajo, se recurre a los métodos analítico, interpretativo y comparativo.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the judicial determination of the custody of pets according to the Law 17/202, in force since 2022, which considers animal as living beings endowed with sensitivity. Within this framework,

the regulatory agreement, the judicial authority and the custody of pets, the joint custody, and its unfeasibility due to mistreatment of animals, the custody of children and the custody of pets according to the interest of the minor, the determination of custody in families without children, the cause of inclusion of pets in the family structure and custody are studied. Among the main conclusions, it is established that the custody of pets can be sole or joint. In this regard the former spouses have the possibility of agreeing on the type of custody by means of a regulatory agreement, if this does not occur, the judge will determine the custody regime. However, the lawmaker conditions the application of joint custody in cases of threats or mistreatment of pets, but this is not the case with sole custody. Custody of pets in unmarried couples is pending regulation. As for the working methodology, the analytical, interpretative, and comparative methods are used.

PALABRAS CLAVE: Animales de compañía, custodia unilateral, custodia compartida, convenio regulador, determinación judicial, progenitores, hijos.

KEY WORDS: Children, joint custody, judicial determination, parents, pets, regulatory agreement, sole custody.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONVENIO REGULADOR.—III. LA AUTORIDAD JUDICIAL Y LA CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA.—IV. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y SU INVIABILIDAD POR MALOS TRATOS A ANIMALES.—V. LA CUSTODIA DE LOS HIJOS Y LA CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN FUNCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR. 1. La determinación de la custodia en familias sin hijos.—VI. LA CAUSA DE INCLUSIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN LA ESTRUCTURA FAMILIAR Y LA CUSTODIA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. JURISPRUDENCIA.— IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Los animales de compañía mientras la estructura familiar no se resquebraja comparten en el domicilio familiar espacio y tiempo con los hijos y cónyuges. No obstante, una vez que los cónyuges deciden terminar su relación formal en sede matrimonial, conlleva determinar a las partes no solo la custodia de los hijos, sino también decidir sobre el destino de las mascotas de compañía que forman parte de la familia desestructurada.

En ese sentido, resulta oportuno destacar que la presencia de los animales de compañía no es un tema nuevo en la estructura familiar, no son pocos los casos donde se considera a la mascota como un integrante más de la familia. Tanto es

así que inclusive ocupan una posición privilegiada en nuestra sociedad, toda vez que, viven cerca de sus cuidadores humanos, quienes se encargan de satisfacer sus necesidades de cuidado y sus deseos (DÍAZ VIDELA, 2017, 62).

La nueva configuración sobre la concepción de los animales como seres sintientes tiene repercusión no solo en la estructura familiar, sino también en la configuración de la familia multiespecie o interespecie, que se caracteriza por estar constituida por humanos y animales de compañía que se relacionan entre sí por un vínculo de afectividad que se forma de la convivencia en el mismo núcleo familiar (ESBORRAZ, 2023, 73).

De esta forma, se ha superado la concepción del derecho de los animales como un ejercicio de frivolidad (PELAYO, 1990, 543). Es más, la doctrina actual muestra su sorpresa, puesto que, términos como "sentience" o "sentient beings no se encuentren integrados en el lenguaje técnico animal cuando se hace referencia a los animales (GÍMENEZ-CANDELA, 2018, 30). Lo propio ocurre en el ámbito de la administración de justicia, los jueces han comenzado a adaptar su arcaico razonamiento jurídico sobre el animal como "cosa" en consonancia con la evolución conceptual del animal que le otorga una trascendencia jurídica (OLIVERA OLIVA, 2019). En esa línea, se debe destacar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 9) de Valladolid, de 27 de mayo de 2019, que considera al animal doméstico como un ser dotado con cierta sensibilidad.

En ese marco, el ordenamiento jurídico español, en concreto el Código Civil (CC) hasta el año 2021 consideraba a los animales como "cosas", regulación que ha sido derogada mediante la promulgación de la Ley 17/2021, en vigor desde el 5 de enero de 2022[1]. Al respecto, cabe puntualizar que se sigue la política de la Unión Europea previsto en el art. 13 del Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2010, documento que considera a los animales como seres sensibles, aunque en el caso español con cierto retraso a diferencia de otros Estados como Alemania cuya regulación dejó de considerar a los animales como "cosas" ya el año 1990[2].

Sobre el tema, resulta oportuno resaltar que los animales como bien se afirma, no pueden entrar en la categoría jurídica de sujetos de derecho, no obstante, se debe reconocer que constituyen una categoría especial distinta a la humana y la de los objetos y cosas (DE TORRES PEREA, 2020, 182).

Con la salvedad anterior, el art 333 bis del CC, como una de las principales novedades de la reforma en vigor desde el año 2022, considera a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad sobre los cuales se debe respetar su cualidad de ser sintiente[3]. De esta forma, el legislador ha logrado al menos parcialmente de forma temporal solucionar un conflicto que los tribunales de justicia tenían que resolver sin tener una regulación normativa actualizada (PEGUERO CARRERO, 2022, 6). Esto significa, como se podrá constatar en el desarrollo del

trabajo que todavía quedan vacíos legales por regular, relacionados a la custodia de los animales de compañía.

En esa línea, con relación a la finalidad del presente trabajo se analizará lo relacionado a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. De forma concreta, el art. 90 del CC, que comprende el contenido del convenio regulador con relación al destino de los animales de compañía, el art. 91 del CC, que aborda el destino de los animales de compañía en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, el art. 94 bis del CC, que prevé la asignación de la custodia unilateral o compartida del animal de compañía, el régimen de visitas y las cargas que genera esta obligación, el art. 103, 1.ª bis del CC, que establece que al determinar la custodia de los animales de compañía se debe preponderar el interés de los miembros de la familia, así como el bienestar animal, y el art. 92 del CC, que prevé la inaplicabilidad de la modalidad de custodia compartida en los supuestos de existencia de amenazas o malos tratos a los animales.

Esto significa, que en virtud de las modificaciones implementadas por el legislador el año 2021, en vigencia desde el año 2022, los excónyuges deben determinar la custodia de los animales de compañía, mediante un convenio regulador y en caso negativo será la autoridad judicial quien determine el destino de las mascotas.

Esta regulación, a todas luces novedosa en el ordenamiento jurídico español marca un antes y después sobre la concepción de los animales de compañía. No obstante, genera ciertas interrogantes con relación al bienestar de las mascotas de compañía, aspecto que será motivo de análisis en el presente trabajo.

La estructura del trabajo comienza con una breve introducción sobre el tema. Posteriormente, se estudia el convenio regulador y el destino de los animales de compañía. En sede judicial, se analiza la determinación judicial sobre el destino de los animales de compañía y la inaplicabilidad de la custodia compartida por malos tratos a animales de compañía. Luego, se estudia el interés del menor entre la custodia de los hijos y la custodia de los animales de compañía, así como la determinación de la custodia en familias sin hijos. Asimismo, se analiza la inclusión de los animales de compañía en la estructura familiar y la determinación de la custodia, para concluir con una serie de conclusiones sobre el tema investigado.

II. EL CONVENIO REGULADOR

De conformidad a lo previsto en el inciso b) bis del numeral 1 del art. 90 del CC de la Ley 17/2021, la custodia de los hijos deja de ser una figura jurídica exclusiva de los hijos, por cuanto, se establece de forma textual que el convenio regulador debe determinar:

El destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal.

En primer término, resulta sorprendente la equiparación de trato con relación a la custodia de los hijos y de las mascotas en el convenio regulador. No obstante, una vez que la norma sustantiva considera a los animales como seres vivos dotados de cierta sensibilidad, al legislador no le queda otra alternativa que adoptar una línea parecida a la que se ofrece para los hijos en común de los progenitores (CASAS DÍAZ y CAMPS I DIDELLET, 2019, 77).

Al respecto, el legislador recurre a la locución "el destino de los animales de compañía", con la finalidad de establecer de forma sutil una diferencia entre la custodia de los hijos de la custodia de animales. En esa línea, se debe puntualizar que la custodia de los hijos preferentemente concluye una vez que los hijos adquieren la mayoría de edad. En cambio, el destino de los animales de compañía en sentido amplio comprende no solo la determinación de su custodia, sino que pueden ser entregados a un centro de acogida de animales.

En determinados casos, inclusive son sacrificados por problemas de salud o problemas de comportamiento (DÍAZ VIDELA, 2017, 62). Lastimosamente, no solo ocurre ello, sino que también en ocasiones son abandonados a su suerte o en el mejor de los casos regalados a terceras personas. De esta forma, se infringe el deber moral que tienen los seres humanos de evitar el sufrimiento innecesario de los animales (PELAYO, 1990, 543).

No obstante, si bien no deja de ser cierto que el término "destino de los animales de compañía" conlleva una interpretación amplia que contempla casos de maltrato animal, en sentido estricto consideramos que su inclusión en la reforma normativa consiste en la determinación de su custodia, una vez que la familia se desestructura.

Se respalda esta afirmación, en virtud del reparto de los tiempos de convivencia que el legislador prevé. Esto significa, que los excónyuges en el convenio regulador deben consensuar si optarán por la custodia unilateral, o bien si alternarán la custodia de la mascota. De todas formas, consideramos que hubiera sido conveniente que el legislador en lugar de recurrir al término general "reparto de tiempo", regule de forma expresa ambas modalidades de custodia.

Asimismo, llama la atención que el legislador haga referencia al cuidado de los animales de compañía si fuera necesario. Desde nuestro punto de vista, se interpreta el cuidado que requieren las mascotas de la siguiente forma:

— Primero. En sentido amplio, todos los animales de compañía requieren un cuidado, por cuanto, a pesar de su consideración como seres vivos dotados de cierta sensibilidad requieren acompañamiento y suministro de alimentos, entre otros. A diferencia de los hijos que, si bien en un principio requieren apoyo, paulatinamente

se independizan hasta adquirir la capacidad plena de obrar. En virtud de ello, consideramos que, si bien se generan situaciones parecidas en cuanto a la configuración de la modalidad de custodia, la condición de un ser humano es diferente.

— Segundo. En sentido restringido, debido a factores naturales como la edad de la mascota, o por una enfermedad contraída, o por un accidente, es probable que requiera cuidados especiales además de los cuidados generales que se les debe otorgar por su condición.

En la misma línea, el cuidado de los animales de compañía genera la determinación de cargas asociadas que el legislador regula de forma expresa, se clasifican según su naturaleza de la siguiente forma:

— Primero. Las cargas deben ser asimiladas a una especie de pensiones alimenticias en favor de los animales de compañía, monto que debe ser prorrateado entre los excónyuges. Es una obligación que no se extingue por el transcurso del tiempo, por lo que, debe ser honrada hasta tanto la mascota permanezca con vida.

— Segundo. Las cargas deben ser asimiladas como una contribución adicional que se genera como consecuencia de una enfermedad del animal de compañía. En este caso, igualmente, cada parte debe asumir de forma proporcional los gastos de enfermedad que contempla el seguro médico y medicamentos, entre otros. Esta obligación se extiende hasta tanto el animal de compañía se rehabilite, a menos que de forma voluntaria las partes decidan mantener un seguro privado de atención médica.

En el ámbito jurisprudencial, la SAP de Navarra, de 9 de octubre de 2013, dispone que los cónyuges abonen a partes iguales lo relacionado a la alimentación y los gastos del veterinario. En la misma línea, se pronuncia la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 7) de Vilanova y la Geltrú, de 06 de noviembre de 2019, concretamente dispone que las partes tienen la obligación de asumir a partes iguales los gastos de naturaleza obligatoria, así como los gastos del veterinario. Es decir, su contenido comprende tanto los gastos ordinarios como los gastos extraordinarios que conlleva el cuidado y la crianza de la mascota, que deben ser asumidos por ambos excónyuges de forma prorrateada. Por su parte, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 9) de Valladolid, de 27 de mayo de 2019 resuelve que los gastos considerados como no ordinarios que se refieren a la atención médica, vacunas y otros gastos extraordinarios, deben ser sufragados, a mitades entre los excónyuges. En cambio, la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Leganés (núm. 2), de 17 de marzo de 2020, únicamente, señala que las partes deberán abonar por partes iguales los gastos sanitarios, veterinarios, vacunas y demás gastos extraordinarios.

Esto significa, que en el proceso de determinación de la custodia de las mascotas de compañía hay unos ejes vertebrales coincidentes con la custodia de los hijos; tales como la asignación de la modalidad de custodia, el régimen de visitas, el pago de pensión de alimentos, o bien la asunción de gastos extraordinario (DÍAZ VIDELA, 2017, 77). Al respecto, cabe puntualizar que los gastos no solo

son extraordinarios, sino también ordinarios. Con esta salvedad, se debe destacar que el vínculo afectivo que se forma con los animales justifica la extensión analógica de estas instituciones jurídicas que son típicas de las relaciones con los menores de edad (ESBORRAZ, 2023, 75).

Por su parte, en la redacción de este inciso que contempla el contenido del convenio regulador, llama la atención que el legislador haga mención al interés general de los miembros de familia, motivo por el cual, cabe preguntarse si se prioriza el interés de los progenitores en detrimento del interés de los hijos, o bien si se debe compaginar el interés general de todos los integrantes de la familia desestructurada.

Desde nuestro punto de vista, consensuar el interés de todos los integrantes de la familia resulta una tarea complicada, por cuanto, hay que recordar que los hijos pueden expresar sus deseos, más no tienen un poder decisión sobre el contenido del convenio regulador con relación a la determinación de la custodia de los animales de compañía. A pesar de ello, consideramos que debe preponderar el interés superior del menor, regulado no solo en el derecho sustantivo, sino también en los arts. 3, 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, documento que además ha sido ratificado no solo por el ordenamiento jurídico español, sino por la mayoría de los Estados a nivel internacional. No obstante, surge la siguiente interrogante ¿Cuál es el mecanismo para hacer prevalecer en este caso el interés del menor? Al tratarse del convenio regulador, será la autoridad judicial de conformidad con lo establecido en el art. 91 del CC, quién verifique si se han tomado en cuenta los deseos de los hijos.

De igual forma, el legislador también prevé que se debe tomar en cuenta el bienestar de los animales. En esa línea, en el convenio regulador en caso de que exista consenso, la determinación del bienestar de los animales se deja a criterio de los excónyuges y de los hijos. Al respecto, en el numeral 2 del art. 90 del CC, se prevé que si los acuerdos de los cónyuges: "…fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado…". Esto significa, que las partes tienen la posibilidad de enmendar el supuesto perjuicio ocasionado en contra del animal.

Sin embargo, el mismo numeral 2 del art. 90 del CC, concretamente en el cuarto párrafo se prevé:

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el letrado de la Administración de Justicia o notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial… para el bienestar de los animales de compañía, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

Es decir, que en caso de que las partes no enmienden lo observado inicialmente, se rechaza el documento. No obstante, los excónyuges tienen una tercera oportunidad para precautelar el bienestar de los animales de compañía en el

contenido del convenio regulador, una vez que ello ocurra, pueden acudir ante la autoridad judicial para la aprobación del documento.

En el supuesto de que las partes hagan caso omiso y no precautelen el bienestar de las mascotas de compañía, o bien exista desacuerdo entre los cónyuges será la autoridad judicial quien determine en función de su bienestar, si se asigna la custodia unilateral o compartida de las mascotas de compañía.

Al respecto, siempre que se haya construido un vínculo afectivo entre los hijos y la mascota resulta aconsejable en función del interés de ambos que la modalidad de custodia a adoptarse coincida, especialmente, porque son los principales afectados por la desestructuración de la familia. En ese sentido, resulta oportuno recordar que son los excónyuges quienes deciden la separación y/o divorcio de la familia, en algunos casos en contra de la voluntad de los hijos. Al respecto, la SAP de Segovia de 24 de marzo de 2015, aunque sigue la normativa anterior a la reforma recomienda a las partes consensuar sobre los animales de compañía, por cuanto, les une un vínculo afectivo profundo, o bien se resalta el vínculo afectivo del animal de compañía con una de las partes, como se afirma en la SAP de Barcelona de 19 de febrero de 2021.

Por último, el numeral 3 del art. 90 del CC prevé que:

Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Asimismo, podrá modificarse el convenio o solicitarse modificación de las medidas sobre los animales de compañía si se hubieran alterado gravemente sus circunstancias.

Las medidas que hubieran sido convenidas ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.

Esto significa, que el contenido del convenio regulador no es definitivo, al respecto, conviene preguntarse ¿Cuáles son las circunstancias que pueden influir para que lo determinado en favor del bienestar de los animales de compañía con la relación a la modalidad de custodia se modifique?

Desde nuestro punto de vista, hay circunstancias directas e indirectas relacionadas al bienestar del animal:

Por una parte, las circunstancias directas tienen relación con el estado de la mascota, es probable que debido a la edad de la mascota adquiera una enfermedad degenerativa que requiera un cuidado especial. En ese sentido, se debe valorar si ambos excónyuges se encuentran en la posibilidad de brindar al animal de compañía el cuidado que la enfermedad requiera, no nos referimos al aspecto económico, sino a la disponibilidad de tiempo y ocupación de los excónyuges. En esa línea, se presentan dos opciones:

— Primero. Modificar la custodia compartida por la custodia unilateral del animal de compañía en favor del excónyuge que tenga mejor disponibilidad de tiempo.

— Segundo. Modificar la custodia unilateral asignada a uno de los excónyuges por un régimen de visitas.

En ambos casos, no es determinante que solo un excónyuge tenga una fuente de trabajo y el otro se encuentre desempleado, sino que se debe valorar también la ocupación de los excónyuges. En ese sentido, si uno de los excónyuges tiene formación médica o relacionada al ámbito sanitario es probable que su formación y conocimientos contribuyan a brindarle a la mascota —en la medida de lo posible— la calidad de vida que su enfermedad permita.

Por otra parte, las circunstancias indirectas tienen relación con los hijos, o bien con los excónyuges:

Primero. Si los hijos adquieren la mayoría de edad es probable que se independicen, o cambien de residencia por motivos de estudio. En ese sentido, conviene valorar si se ratifica la modalidad de custodia adoptada en favor de los excónyuges, por ejemplo, si se optó por la custodia unilateral de los hijos y la custodia unilateral de la mascota en favor del mismo excónyuge, al quedar sin efecto la custodia unilateral de los hijos, el excónyuge no custodio se encuentra facultado para solicitar la asignación de la custodia unilateral, o bien la asignación de la custodia compartida.

Segundo. Si uno de los excónyuges cambia de residencia, por ejemplo, por motivos de orden laboral, conviene valorar si se ratifica o se modifica la modalidad de custodia adoptada, es probable que debido a la distancia con el lugar de residencia del otro excónyuge resulte improbable ejercer la custodia compartida del animal de compañía, por lo que, en este caso la alternativa radica en modificar la custodia compartida por la custodia unilateral con un régimen de visitas a favor del excónyuge no custodio, o bien si inicialmente tenía asignada la custodia unilateral de la mascota, se modificará la custodia, por un régimen de visitas. En estos supuestos la frecuencia del régimen de visitas dependerá de la distancia entre los lugares de residencia de los excónyuges.

III. LA AUTORIDAD JUDICIAL Y LA CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA

Una vez que los excónyuges concluyen de forma satisfactoria o insatisfactoria la configuración del convenio regulador, de acuerdo con lo previsto en las reformas al Código Civil el año 2021, que se encuentran en vigencia desde el año 2022, el primer párrafo del art. 91 del CC, prevé que:

En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, el destino de los animales de compañía, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Esto significa que, en los procesos de nulidad, separación o divorcio, la autoridad judicial será quien ratifique el contenido del convenio regulador, o bien determine en caso de desacuerdo entre los cónyuges la modalidad de custodia a adoptarse con relación a los animales de compañía. Es decir, que el juez —aunque en este caso concreto la norma no lo establece de forma textual— se encuentra facultado para determinar la custodia exclusiva o la custodia compartida de los animales de compañía.

No obstante, el nuevo art. 94 bis del CC establece que:

La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales.

De esta forma, el legislador, aunque no de forma expresa prevé que el juez puede determinar la custodia unilateral, o bien la custodia compartida de la mascota. Igualmente, establece que el excónyuge no custodio, si se opta por la custodia unilateral tiene derecho a la asignación de un régimen de visitas. Sin embargo, se tiene la impresión de que el legislador no se encuentra convencido sobre la aplicación de la custodia compartida, puesto que, señala que se determinará la forma en la que el cónyuge que no se ha beneficiado con la custodia tenga relación con la mascota. De una interpretación textual de esta regulación, se entiende que solo procede la aplicación de la custodia unilateral. No obstante, consideramos que debe primar una interpretación amplia en virtud de la primera parte de este artículo que establece que el juez atribuirá la custodia a uno o ambos cónyuges.

En el ámbito judicial, ya antes de la reforma existen fallos que determinan la aplicación de la custodia compartida, entre otras, la SAP de Barcelona de 10 de julio de 2014, la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (núm. 9), de 14 de marzo de 2018, la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Valladolid (núm. 2), de 7 de octubre de 2020, adoptan esta modalidad de custodia, en virtud de que, los animales domésticos son seres vivos, aunque sin apartarse

del todo de la concepción del animal como cosa prevista en la regulación hasta el año 2021. Motivo por el cual, se debe reconocer que prepondera la concepción del animal como cosa, entre otras, la SAP de Madrid de 28 de febrero de 2019.

De igual forma, se regula la determinación de las cargas asociadas que genera el cuidado de la mascota, que son asimilables a una especie de pensión alimenticia. No obstante, se observa el hecho de que se incluya el término "asociadas", puesto que, se tiene la impresión de que el legislador tiene como finalidad regular los gastos adicionales, que pueden ser interpretados como los gastos médicos, aspecto que desnaturaliza la esencia de las pensiones alimenticias, toda vez que, los animales de compañía al igual que los hijos necesitan ser alimentados, obligación que deben asumir los excónyuges.

En esa línea, se establece la asignación de la custodia de los animales de compañía, no significa que los gastos que conlleva su crianza sean asumidos únicamente por el progenitor no custodio, por lo que, la opción recomendable en estos casos es distribuir los gastos entre ambos excónyuges, de esta forma, no se utilizará a la mascota como instrumento para obtener un beneficio económico adicional.

La última parte de este artículo vincula la custodia de las mascotas con la titularidad dominical y el registro de identificación de animales, desde nuestro punto de vista, una vez que su consideración como seres vivos ha adquirido otra dimensión, motiva a entender que todavía nos encontramos en un periodo de mutación normativa sobre la regulación de la custodia de los animales, puesto que, al hacer referencia a la titularidad dominical o al registro de identificación animal, se tiene la impresión de que no se termina de desvincular la consideración de las mascotas como cosas, a menos que la intención del legislador sea la de equiparar la función del registro de identificación animal con el registro civil. De todas formas, resulta *sui generis* esta comparación, por cuanto, en el caso de la custodia de los hijos no es necesario hacer partícipe al registro civil en lo que respecta la asignación de la custodia.

En el mismo sentido, con relación a las modalidades de custodia de los animales de compañía, en el art. 103, 1.ª bis del CC, el legislador establece lo siguiente:

> Determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

Es decir, que si bien no se regula de forma expresa la custodia exclusiva y la custodia compartida, se asume que se puede optar por una de ambas modalidades, por cuanto, se prevé que los animales de compañía pueden ser confiados a uno o a ambos cónyuges, e igualmente, se asume que la autoridad judicial se encuentra facultada para establecer un régimen de visitas, Sin embargo, de la regulación establecida con relación al régimen de visitas de una interpretación

literal se entiende que solo comprende a la custodia unilateral, puesto que, se prevé que la autoridad judicial determinará la forma en que el cónyuge no custodio tenga contacto con la mascota.

En ese sentido se pronuncia la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, de 27 de mayo de 2019, que establece un régimen de visitas para el cónyuge no custodio en función del bienestar de la mascota de compañía. En cuanto al interés de los miembros de la familia, resulta oportuno resaltar que se prepondera el interés del animal de compañía en detrimento del interés de los excónyuges.

Al respecto, llama la atención que la reforma normativa no incluya a las parejas de hecho en la regulación que comprende la determinación judicial de la custodia de los animales de compañía. En ese sentido, bien se afirma que el sistema normativo de los animales de compañía en lo relacionado a las parejas de hecho se encuentra obsoleto, toda vez que, no existe una regulación específica sobre la custodia de las mascotas (OLIVERA OLIVA, 2021, 195).

Por este motivo, su acción procesal se limita al contenido del convenio regulador, motivo por el cual, surge la siguiente interrogante ¿Qué ocurre en el supuesto de que no logren consensuar sobre la modalidad de custodia? De una u otra forma, le corresponde a la autoridad judicial resolver la falta de consenso. Así pues, las alternativas de solución son las siguientes:

— Primero. La pareja de hecho puede recurrir a la autoridad judicial, con la finalidad de ejercer su derecho propietario sobre la mascota, aspecto que significa un retroceso en la nueva visión que se tiene sobre los animales en la norma sustantiva.

— Segundo. La pareja de hecho por analogía puede recurrir a la aplicación del art. 91 del CC, que establece que, en los procesos de nulidad, separación o divorcio, se debe determinar el destino de los animales de compañía. Sobre el tema, consideramos que, al tratarse la unión de hecho como una figura jurídica equiparable al matrimonio, lo más factible es que se recurra a la regulación prevista para quienes han contraído nupcias, con el objetivo de destrabar el limbo jurídico que existe en la actualidad.

No obstante, en uno y otro caso, lo más aconsejable es que el legislador incluya en la regulación normativa la figura jurídica de la unión de hecho en los procesos de determinación judicial sobre la custodia de los animales de compañía, caso contrario se corre el riesgo de que se emitan resoluciones judiciales discrecionales amparadas en la laguna jurídica que existe sobre esta figura jurídica.

Por su parte, conviene resaltar los mecanismos que tiene la autoridad judicial para determinar la custodia de los animales de compañía. En esa línea, en supuestos de confrontación entre las partes, además de la argumentación jurídica de los excónyuges para beneficiarse con la asignación de la custodia de la mascota, el juez debe constatar de forma presencial la relación del animal con los litigantes (LÓPEZ TUR, 2021, 81).

Es decir, que la autoridad judicial mediante reconocimiento judicial podrá comprobar *in situ* el estado del animal, así como sus reacciones cuando se encuentra en compañía de cada uno de los integrantes de la familia. Por ejemplo, si reacciona con temor o no se alegra por la presencia de uno de los cónyuges, lo más factible es que no se beneficie con ninguna de las modalidades de custodia, sino que se le asigne un régimen de visitas. Es decir, el comportamiento animal resulta gravitante para que el juez determine su bienestar y su destino en casos de controversia. No obstante, en caso de duda, resulta aconsejable recurrir a un especialista en psicología de los animales, o bien a un veterinario, con la finalidad de obtener un criterio técnico objetivo especializado.

En contra de ello (LÓPEZ TUR, 2021, 81), sostiene que el objetivo del reconocimiento judicial consiste en observar el comportamiento del animal con los propietarios no para valorar con quien debe quedarse el animal, sino para valorar la vinculación con el animal.

No compartimos esta postura, puesto que, si el reconocimiento judicial únicamente tiene como finalidad la comprobación del vínculo afectivo que existe entre el animal y los cónyuges, entonces surge la siguiente interrogante ¿A quién le correspondería determinar el régimen de custodia aplicable?

Sobre el tema, la jurisprudencia menor mediante la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Murcia de 21 de junio de 2019, sobre el reconocimiento judicial efectuado, sostiene que no consta que el animal tenga afecto alguno hacía el cónyuge, por cuanto, durante la actividad de reconocimiento ha estado nervioso y temeroso cuando intentaba acariciarlo, en virtud de ello, decide conceder la propiedad del animal de compañía a la cónyuge.

Al respecto, conviene puntualizar que la resolución judicial es anterior a la reforma normativa del año 2021. No obstante, como antecedente conviene hacer referencia a la SAP de Barcelona de 10 de julio de 2014, que si bien fundamenta su fallo en función de la consideración legal de los animales como bienes muebles ya en ese entonces resalta que los animales son seres vivos.

No obstante, queda evidente que el reconocimiento judicial no solo persigue comprobar si el animal tiene afecto hacía el cónyuge, sino que en base a ello resuelve concederle la propiedad a la cónyuge, aspecto que luego de la reforma normativa se asimila a la asignación de la custodia unilateral de la mascota.

En esa línea, no queremos desmerecer que el bienestar de los animales de compañía en casos de controversia no se limita a la argumentación procesal de las partes, sino que requiere comprobar de forma directa los lazos emocionales que existen entre el perro y sus propietarios como bien sostiene la SAP de Málaga, de 24 de noviembre de 2016.

En ese sentido, la actitud de los cónyuges es un elemento de convicción para que la autoridad judicial determine la modalidad de custodia. Motivo por el cual, quien en los hechos haya ejercido una actitud responsable con relación al cuidado

de la mascota se convierte en potencial candidato para beneficiarse con la asignación de la custodia exclusiva. En ese sentido, se pronuncia la SAP de Madrid de 20 de abril de 2018, que dispone la custodia unilateral del animal de compañía.

No obstante, de conformidad a lo decidido en la SAP de Málaga de 24 de noviembre de 2016, en la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 7 de octubre de 2021, así como, en la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Valladolid de 27 de mayo de 2019, si se demuestra que ambos cónyuges han actuado como corresponsables y co-cuidadores del animal de compañía, se considera factible la aplicación del régimen de custodia compartido.

Asimismo, conviene preguntarse si el reconocimiento judicial realizado por el juez es suficiente para adoptar una decisión con relación a la asignación de la custodia de los animales de compañía. Sin desmerecer la postura del juez al igual que acontece con la custodia de los hijos, resulta conveniente que se requiera un informe al equipo técnico judicial, por lo que, este cuerpo adscrito a los juzgados debe ser integrado también por un especialista en psicología de animales, o bien por un veterinario siempre que el caso lo requiera.

Otro aspecto que la autoridad judicial debe tomar en cuenta al momento de determinar la modalidad de custodia aplicable es el domicilio futuro de los excónyuges, puesto que, es probable que la comunidad de propietarios del edificio donde se empadronen y establezcan su residencia los excónyuges prohíba criar animales de compañía, motivo por el cual, no solo se debe valorar la predisposición de las partes, sino también los medios para hacer efectivo el régimen de custodia (CASAS DÍAZ y CAMPS I DIDELLET, 2019, 81).

Al respecto, conviene puntualizar que si bien es importante que los excónyuges cuenten con un domicilio que la mascota pueda también considerar como su hogar, no debería convertirse en una limitación para optar por su custodia. En ese sentido, la custodia compartida flexible se convierte en una opción, porque si bien no es una opción ideal que las mascotas no tengan acceso al domicilio del excónyuge afectado, se puede fijar un punto de encuentro neutral para que se pueda hacer efectivo el contacto entre el excónyuge y la mascota. En el peor de los escenarios para el progenitor que tiene prohibido tener a una mascota en su domicilio, se puede recurrir a un régimen ampliado de visitas. No obstante, consideramos que son medidas provisionales hasta tanto el excónyuge afectado cambie de domicilio salvo que sea propietario de la vivienda.

A modo de ejemplo, conviene resaltar la resolución de la SAP de Barcelona de 19 de febrero de 2021, que dispone la adopción del régimen compartido de custodia de fines de semana alternos hasta tanto la parte demandante acredite que tiene una vivienda en condiciones para albergar al animal de compañía.

Por su parte, otro aspecto que llama la atención en este artículo es la implementación de medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno de los cónyuges con relación a los animales de compañía. Se tiene la

impresión de que el legislador tiene cierta desconfianza sobre el ejercicio de la custodia de los animales de compañía, motivo por el cual, decide implementar la aplicación de medidas cautelares, No obstante, cabe preguntarse si no es más factible prohibir que el excónyuge sospechoso se beneficie con la asignación de la custodia compartida, o bien con la asignación de un régimen de visitas.

Desde nuestro punto de vista, somos partidarios de esta postura, por cuanto, durante el desarrollo del proceso la autoridad judicial en base a los antecedentes de la familia, ha tenido el tiempo necesario para comprobar la conducta anterior de los excónyuges. Esto significa, que si el juez detecta un riesgo que pueda afectar al bienestar de la mascota lo más conveniente es restringir el contacto entre la mascota y el excónyuge.

A pesar de lo anterior, consideramos que su regulación es más propia del derecho adjetivo que del derecho sustantivo. No obstante, la adopción de medidas cautelares tiene como finalidad evitar el posible secuestro de la mascota o bien que se atente contra su integridad. Al respecto, resulta oportuno hacer referencia a la SAP de Málaga de 14 de mayo de 2018, puesto que, durante la sustanciación del proceso el recurrido se llevó al animal de compañía.

En cuanto al tipo de medidas cautelares, estas pueden ser personales y reales. Esto significa, que una tercera persona puede garantizar la conducta del excónyuge, o bien el propio excónyuge puede garantizar con un bien que mantendrá una conducta apropiada. En uno y otro caso, pensamos que la aplicación de medidas cautelares desnaturaliza la finalidad de la custodia de los animales de compañía. La finalidad intrínseca de las medidas cautelares se encuentra ligada al ámbito de las obligaciones contractuales, más no con el derecho de familia.

IV. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y SU INVIABILIDAD POR MALOS TRATOS A ANIMALES

Otro de los cambios que adopta el legislador con relación a la custodia de los animales de compañía comprende la regulación sobre los requisitos para determinar la custodia compartida. En esa línea, analizaremos el numeral 7 del art. 92 del CC, que establece de forma textual lo siguiente:

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.

Sin duda, resulta novedoso que la norma sustantiva incluya la existencia de amenazas o malos tratos a animales para determinar la factibilidad del régimen compartido. No obstante, consideramos que en función de las modalidades de custodia de los hijos que regula el ordenamiento jurídico se genera cierta suspicacia, puesto que, se vincula los malos tratos a animales únicamente con relación a la custodia compartida y no así con relación a la custodia unilateral.

En virtud de ello, nos preguntamos si al castigar al maltratador con la inaplicabilidad de la custodia compartida procede de forma automática la aplicación de la custodia unilateral. Desde nuestro punto de vista, la sanción en caso de comprobarse que existe maltrato animal debe concebirse en función de ambas modalidades de custodia. Por ello, consideramos que el legislador debe hacer extensiva de forma concreta la regulación sobre el maltrato animal también para la custodia unilateral. Al respecto, no sin razón se afirma que, en el mundo del derecho la protección de los animales no evita que la regulación ciertos derechos en el ordenamiento jurídico resulte incómoda (PELAYO, 1990, 555).

Por su parte, se debe destacar que el numeral 7 del art. 92 del CC, que es objeto de análisis regula no solo la existencia de maltrato animal, sino también la amenaza de causarlos. Esto significa, que se castiga no solo la violencia física ejercida en contra de las mascotas, sino también la violencia psicológica en contra de terceros, que en este son: uno de los cónyuges y/o los hijos menores de edad. La violencia psicológica se considera una especie de maltrato animal indirecto que conlleva un acto de omisión de cuidado o de atención a las necesidades del animal, que pone en riesgo su integridad o su vida (GARCÍA SOLÉ, 2010).

En cuanto a la forma de probar los supuestos de violencia, será necesario recurrir a la opinión de un especialista que valore las reacciones del animal, o bien a un veterinario para que compruebe la existencia de violencia física en contra de la mascota. De igual forma, el juez se encuentra facultado para recurrir a declaraciones testificales, con la finalidad de contar con más elementos de prueba que puedan corroborar la existencia de maltrato animal, tal como se evidencia en la SAP de Oviedo de 21 de junio de 2017, que recurre a la declaración de una testigo para comprobar que el can era golpeado por su propietaria.

Igualmente, el legislador hace referencia a la finalidad de la amenaza o el maltrato animal consumado, que consiste en controlar o victimizar a cualquiera de las personas que forman parte de la estructura familiar. En ese sentido, nos preguntamos si el legislador hace referencia al cónyuge y los hijos, o bien solamente al cónyuge. De una interpretación amplia, entendemos que comprende a todos los actores. No obstante, hubiera sido conveniente que se haga referencia de forma concreta a la figura de los cónyuges y los hijos.

Sobre el tema, resulta oportuno realizar una apreciación puntual con relación al maltrato animal consumado y a la amenaza o tentativa de causar daño a la

mascota. En un supuesto de maltrato comprobado se descarta para el maltratador la asignación de la custodia compartida, que nosotros consideramos debería ser extensiva a la custodia unilateral.

En el caso de una amenaza o tentativa no consumada consideramos que, si bien la finalidad radica en el ejercicio de un chantaje emocional, de todas formas, el legislador castiga la intención con la inaplicabilidad del régimen compartida. En virtud de ello, se concluye que el legislador con relación al maltrato animal y la determinación de la custodia no distingue entre acto consumado y mera tentativa, sino que se enfoca en prohibir la aplicación de la custodia compartida.

La finalidad del chantaje emocional en forma de amenaza consiste en presionar al otro cónyuge a aceptar la aplicación de la custodia compartida sobre los hijos menores de edad. Sin embargo, bien puede servir también para que el otro cónyuge desista de solicitar la aplicación de la custodia unilateral en su favor. Desde nuestro punto de vista, tiene más sentido que el progenitor que recurre a la amenaza pretenda beneficiarse con la custodia unilateral y no así de la custodia compartida, salvo que, por circunstancias concretas como la profesión u ocupación no tenga suficiente disponibilidad de tiempo para asumir la custodia y el cuidado de la mascota.

Asimismo, la amenaza también puede ser ejercida de forma directa en contra de los hijos cuando tienen suficiente juicio, o bien con mayor relevancia cuando tienen 12 años, por cuanto, a partir de esta edad tienen el derecho a ser oídos de forma directa por los administradores de justicia[4]. Esto significa, que el progenitor infractor recurrirá a este medio, con la finalidad de presionar a los hijos para que expresen su predisposición para convivir con él mediante la aplicación de la custodia unilateral, o bien mediante la asignación de la custodia compartida.

En cuanto al derecho adjetivo surge una interrogante con relación al procedimiento iniciado en contra de uno de los excónyuges por maltrato animal. En ese sentido, en virtud del principio de inocencia, hasta tanto no exista una sentencia no se puede presumir la culpa del supuesto maltratador. No obstante, resulta improbable que la autoridad judicial disponga la suspensión del proceso sobre la determinación de la custodia de los animales de compañía hasta que concluya el proceso incoado por maltrato animal, por lo que, se recomienda adoptar medidas provisionales sujetas a cambio en caso de que se compruebe la culpabilidad o inocencia del demandado.

Al respecto, en caso de que las medidas provisionales coincidan con la sentencia sobre el caso de maltrato animal, las partes no resultarán afectadas, toda vez que, se confirmarán las medidas adoptadas. En cambio, si las resoluciones judiciales no coinciden, una de las partes resultará perjudicada, por ejemplo, si como medida provisional se dispone que el supuesto cónyuge maltratador de animales no se beneficie con la custodia de los hijos y luego se resuelve su sobreseimiento en la causa por maltrato animal, se asume que ha sido injustamente prohibido de beneficiarse con la custodia del animal de compañía durante el margen de tiempo

de espera hasta la resolución definitiva. Sin duda, el riesgo de que la medida provisional y la medida definitiva no coincidan se encuentra latente. Sin embargo, se recomienda que el legislador condicione la inaplicabilidad de la custodia compartida por maltrato animal a la existencia de una sentencia condenatoria, hasta tanto ello no ocurra, la autoridad judicial tiene un margen de discrecionalidad para determinar la modalidad custodia de los animales de compañía.

V. LA CUSTODIA DE LOS HIJOS Y LA CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN FUNCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR

Desde la regulación de la custodia de los animales de compañía, la custodia de los hijos ha perdido su exclusividad. Sin embargo, resulta oportuno puntualizar que las medidas que se adoptan sobre los animales de compañía tienden a ser vitalicias, debido a que su esperanza de vida a diferencia de los hijos es significativamente menos longeva (CASAS DÍAZ y CAMPS I DIDELLET, 2019, 80).

Así pues, queda reflejado que nos encontramos en dos contextos que son parecidos, pero no iguales. No obstante, debemos puntualizar que el interés del menor se debe tomar en cuenta no solo en función de la custodia de los hijos, sino también en función de la custodia de los animales de compañía. En apariencia, la solución óptima se concreta si ambas modalidades de custodia coinciden.

En ese marco, se afirma que las autoridades judiciales en el caso de las familias desestructuradas que tienen una mascota se decantan por la misma modalidad de custodia tanto para los hijos como para las mascotas. Sin embargo, se resalta que a pesar de que se crea un vínculo entre los excónyuges con la mascota, prevalece el interés del menor, en función del beneficio que la mascota le concede (ALCÁZAR JIMÉNEZ, 2018).

No obstante, el interés del menor es variable, en función de las características de cada una de las siguientes alternativas que a continuación presentamos:

-Primero. La custodia compartida de los hijos y la custodia compartida de los animales de compañía. Esta alternativa es la que menos resquebraja la estructura familiar disuelta, por cuanto, los excónyuges alternan la convivencia con sus hijos y con los animales de compañía. En cuanto al interés del menor, los hijos alternan la convivencia no solo con los progenitores, sino también con sus animales de compañía. Por lo que, el tiempo de convivencia de los hijos con los animales de compañía representa aproximadamente un 50%.

-Segundo. La custodia unilateral de los hijos y la custodia compartida de los animales de compañía. Esta modalidad asigna la custodia exclusiva de los hijos a uno de los progenitores. En cambio, se alterna la convivencia con los animales de

compañía. En función del tiempo de convivencia de los hijos con sus mascotas, al igual que en el primer caso representa aproximadamente un 50%.

-Tercero. La custodia compartida de los hijos y la custodia unilateral de los animales de compañía. En este caso, si bien se alterna la convivencia con los hijos, no ocurre lo mismo con la custodia de los animales de compañía, porque solo uno de ellos asume la custodia exclusiva de los animales de compañía. En cuanto al tiempo de convivencia de los hijos con las mascotas de compañía, al igual que en los dos anteriores casos representa aproximadamente un 50%.

-Cuarto. La custodia unilateral de los hijos y la custodia unilateral de los animales de compañía. Esta alternativa siempre y cuando sea el mismo progenitor quien se beneficie tanto con la custodia de los hijos como con la custodia de los animales es la que representa un mayor beneficio para los hijos en función de tiempo. Por cuanto, representa más del 50%, toda vez que, el progenitor que tenga asignado un régimen de comunicación con sus hijos y con sus mascotas se limitará a tener un contacto exclusivo durante los fines de semana y en ocasiones extensivo a determinados días laborales. Al respecto, la SAP de Toledo, de 22 de septiembre de 2021, determina la coincidencia de la custodia de los animales de compañía y de la custodia exclusiva/unilateral de los hijos.

Lo paradójico de esta alternativa se presenta en el supuesto de que la custodia exclusiva de los hijos se asigne a uno de los progenitores y la custodia de los animales de compañía al otro progenitor. En este caso, los hijos son los más perjudicados con esta asignación, por cuanto, la convivencia con sus mascotas se restringirá a un periodo de visitas durante los fines de semana tal como resuelve la SAP de León de 25 de noviembre de 2011, o bien entre los días laborales en función de sus actividades y su tiempo libre.

El común denominador de cada una de las alternativas propuestas se encuentra en la determinación del interés del menor en función del tiempo de convivencia con los animales de compañía. Sobre el tema, consideramos que resulta imprescindible el contacto físico con los animales, porque a diferencia de la custodia de los hijos, el contacto con los animales no puede ser reemplazado ni complementado mediante la utilización de recursos virtuales. Por lo que, el bienestar de los animales de compañía en función del interés del menor se valora por el contacto presencial con los hijos de la familia desestructurada.

Sobre el tema, se afirma de forma correcta que el bienestar de los animales de compañía no relega a un segundo plano el interés de los hijos, puesto que, las medidas que se adoptan con relación a las mascotas de compañía se encuentran compaginadas con la situación que resulta más favorable para los hijos, toda vez que, tienen una vinculación especial (PEGUERO CARRERO, 2022, 16).

Por su parte, conviene resaltar que la custodia de los animales de compañía al igual que la custodia de los hijos debe ser ejercida por uno de los excónyuges si es

un régimen unilateral, o bien por ambos si es un régimen compartido. La custodia de los animales de compañía no implica que los hijos asuman esta responsabilidad en función del interés del menor. Esto significa, que los excónyuges no pueden delegar el ejercicio de la custodia de las mascotas a los hijos, salvo determinados actos usuales correspondientes a su ejercicio como la alimentación, por cuanto, la custodia es concedida a título personal y la responsabilidad por los actos causados por los animales de compañía debe ser asumida por los excónyuges.

1. La determinación de la custodia en familias sin hijos

En el supuesto de los excónyuges que no tienen hijos la custodia de los animales adquiere mayor relevancia. En ese sentido, se presentan las siguientes alternativas de solución:

Primero. Se allana la determinación de la custodia de los animales de compañía, porque no se tiene que consensuar sobre la asignación de la custodia de los hijos. Es así, que las partes sin tener que recurrir a la determinación judicial logran consensuar la modalidad de custodia en el convenio regulador.

Segundo. Se complica la determinación de la custodia de los animales de compañía debido a la falta de consenso. Toda vez que, las partes a su turno quieren beneficiarse con la custodia unilateral, o bien uno de los excónyuges con la custodia unilateral y el otro con la custodia compartida.

No obstante, en ambos supuestos la custodia de los animales de compañía merece un análisis especial, puesto que, se asume que reemplazan la figura de los hijos en una estructura familiar que decide por voluntad propia no tener hijos, o bien lo que es más dramático debido a otros motivos como la infertilidad de uno de los excónyuges.

En ese marco, se puede afirmar que el interés del menor es absorbido por el interés de la mascota. Sin embargo, los excónyuges deben asumir que la mascota no es un instrumento, por lo que, debe preponderar el bienestar del animal de compañía. En esa línea, la conducta de los cónyuges con la mascota durante la convivencia es un parámetro para determinar su bienestar con relación a la determinación de la modalidad apropiada de custodia.

VI. LA CAUSA DE INCLUSIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN LA ESTRUCTURA FAMILIAR Y LA CUSTODIA

Los hijos forman parte de la estructura familiar por decisión de ambos progenitores, en su gran mayoría debido a una planificación familiar, motivo por el cual, ambos son titulares y ejercen la patria potestad de forma conjunta durante la convivencia común. En cambio, la inclusión de los animales de compañía en la

estructura familiar ocurre por diferentes motivos, entre otros, porque los cónyuges los quieren tener como compañía, por el apego, cariño o simpatía de los cónyuges hacía un determinado animal, porque su inclusión les reporta beneficios, o bien por haber sido un obsequio para los hijos (SÁEZ OLMOS, CARAVACA LLAMAS y CANO, 2022, 5). Al respecto, aunque se afirma que los cónyuges no se encuentran autorizados sin la autorización del otro, a realizar cruzamientos con la finalidad de enajenar a sus crías (ESBORRAZ, 2023, 78), desde nuestro punto de vista, la inclusión de los animales de compañía en la estructura familiar con fines de lucro, desnaturaliza la esencia de la figura jurídica de la custodia.

En esa línea, si el menor ha recibido como obsequio una mascota, se asume que el régimen de custodia de los hijos debe coincidir con la modalidad de custodia de la mascota. Esto significa, que se prepondera el interés del menor en función de la causa que motivo la inclusión de la mascota en la familia y no así en quién fue el causante. Por lo que, con la finalidad de sobreponer el interés de los progenitores al interés del menor, en supuestos en los cuales exista confrontación de intereses entre las partes, no se considera como argumento válido que hayan sido ambos o uno solo de los cónyuges los responsables del obsequio, para direccionar la asignación de la custodia de los animales de compañía en favor de uno de los excónyuges.

Por su parte, cuando se cría un animal de compañía en el hogar familiar por voluntad de ambos cónyuges o por el apego o simpatía a una determinada mascota por parte de uno de los cónyuges, la disyuntiva radica en determinar si debe prevalecer el interés de los cónyuges o el interés del menor. En este caso, consideramos que se debe tomar en cuenta la relación de los hijos con la mascota como criterio prioritario al momento de determinar el régimen de custodia, puesto que, la mascota forma parte de la estructura familiar no como un objeto de pertenencia de los cónyuges, sino como un integrante de la familia con características especiales que requiere supervisión y acompañamiento. Sin embargo, en el caso de que al menor le sea indiferente la existencia del animal de compañía en su entorno familiar, se debe priorizar el bienestar de la mascota en función de la relación con los excónyuges, consecuentemente, en base a ello se determinará si es factible su custodia unilateral, o bien la custodia compartida.

Sobre el tema, hay que puntualizar que tanto los hijos como los animales de compañía se encuentran de forma involuntaria ante la desestructuración de la familia, sin embargo, son los más afectados, puesto que, repentinamente tienen que afrontar la separación de sus seres queridos. Además, se suma el hecho de que no tienen capacidad ni autonomía plena para decidir su modalidad de custodia, aunque, conviene puntualizar que, si bien el menor tiene derecho a ser oído de forma directa a partir de los 12 años o siempre que tenga suficiente juicio, su opinión no resulta vinculante para el juez. Por todo ello, con la finalidad de paliar o no agravar el sufrimiento de los hijos menores de edad, al determinar la modalidad de custodia de los animales de

compañía, se debe priorizar el beneficio de los hijos, que representa compaginar su modalidad de custodia con la custodia de los animales de compañía.

En el ámbito jurisprudencial, SAP de Málaga de 14 de mayo de 2018, afirma que no es relevante si el can fue comprado o donado a favor de una de las partes, sino que prepondera el vínculo afectivo entre el animal de compañía y las partes.

En cuanto al ejercicio de la custodia de los animales de compañía, en función de sus características se recomienda que el sistema adoptado no sea rígido, por cuanto, a diferencia de la custodia de los hijos, es una modalidad de custodia atípica, toda vez que, requiere cierto tipo de cuidados que contemplan desde el acompañamiento hasta la alimentación.

No obstante, esto no significa que se restrinja su consideración como un miembro más de la familia, inclusive se afirma que los animales de compañía se ubican en un ámbito familiar en el territorio de la parentalidad (CASAS DÍAZ y CAMPS I DIDELLET, 2019, 59). Al respecto, conviene puntualizar que las funciones de parentalidad no son asumidas solo por los cónyuges, sino también por los hijos quienes no en pocos casos asumen un rol protector hacia las mascotas que forman parte de su estructura familiar.

En el ámbito jurisprudencial, se observa la implementación de un sistema flexible de visitas en la resolución de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 9) de Valladolid, de 27 de mayo de 2019, que determina la custodia compartida del animal de compañía con un periodo de alternancia de seis meses a cada uno de los excónyuges, con la posibilidad de que cada uno pueda disfrutar la compañía de la mascota al menos un fin de semana cada mes siempre y cuando comunique su intención al menos con una semana de antelación. En la misma línea, se pronuncia la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Leganés (núm. 2), de 17 de marzo de 2020, que resuelve la aplicación del régimen compartido por periodos de tres meses.

VII: CONCLUSIONES

I. La norma sustantiva incluye como principal novedad normativa en los cambios implementados el año 2021, la consideración de los animales como seres vivos dotados de sensibilidad, regulación vigente desde el año 2022. Aspecto que conlleva la regulación de la custodia de los animales de compañía en casos de desestructuración familiar.

II. De las modificaciones incluidas por el legislador en el Código Civil al contenido del convenio regulador, aunque no se regula de forma expresa, se deduce que los excónyuges en primer término se encuentran facultados para optar por la custodia exclusiva/unilateral, o bien por la custodia compartida de los animales de compañía.

III. En el supuesto de que los excónyuges no logren consensuar sobre la modalidad de custodia de los animales de compañía, se recurre a la autoridad judicial, con la finalidad de que asigne la custodia a uno de los cónyuges de forma unilateral, o bien a ambos de forma alternada. En el proceso de determinación judicial, el juez se encuentra facultado para realizar las actuaciones procesales que considere necesario para precautelar el bienestar de los animales de compañía.

IV. La norma sustantiva no incluye de forma expresa a las parejas de hecho en la determinación judicial de la custodia de los animales de compañía. Por lo que, las personas registradas como parejas de hecho, únicamente pueden remitirse al convenio regulador para consensuar sobre la modalidad de custodia de sus mascotas.

V. El legislador prohíbe la aplicación de la custodia compartida de los animales de compañía en los supuestos en los cuales se compruebe que ha sido objeto de amenazas o maltrato. Sin embargo, se observa que únicamente se sancione la inaplicabilidad del régimen compartido y no así de la custodia unilateral, motivo por el cual, se tiene la impresión de que la custodia unilateral tiene una cierta prerrogativa al momento de determinar su aplicación.

VI. En función del interés del menor, se recomienda que coincidan la custodia de los hijos y la custodia de los animales de compañía. No obstante, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, es probable que la custodia de los hijos y la custodia de los animales de compañía no coincidan. Por lo que, el tiempo de convivencia de los hijos con la mascota se convierte en el principal parámetro para valorar su beneficio, puesto que, el contacto presencial resulta irremplazable.

VII. La causa o motivo que originó la inclusión de los animales de compañía en la estructura familiar es un factor para tomar en cuenta al momento de determinar su custodia en función del resultado de la causa. Por lo que, se debe priorizar el interés del menor no solo como destinatario de la inclusión de la mascota en la familia, sino por la relación que construye con ellos durante el tiempo de convivencia.

VIII. La determinación de la custodia de los animales de compañía, a diferencia de la custodia de los hijos contempla medidas vitalicias debido a que la esperanza de vida de los animales de compañía no se asemeja a la vida de los seres humanos. No obstante, esto no significa que de acuerdo con las circunstancias no se pueda modificar el régimen de custodia de las mascotas.

IX. En virtud del análisis realizado, se evidencia que la situación jurídica de los animales de compañía ha adquirido otra dimensión no solo en cuanto a su consideración como seres vivos dotados de cierta sensibilidad, sino con relación a la determinación de su custodia. No obstante, al ser un tema relativamente nuevo en el ámbito civil español, consideramos que existe un margen de mejora en la regulación sustantiva y adjetiva.

X. La determinación de la custodia de los animales de compañía al igual que la custodia de los hijos conlleva la determinación de cargas que son una especie de pensiones alimenticias, se dividen en cargas ordinarias que comprende la alimentación de la mascota y cargas extraordinarias que representan los gastos médicos y las vacunas.

XI. La determinación de la custodia de los animales de compañía se encuentra en una fase intermedia de mutación, por cuanto, comprende únicamente a la figura jurídica del matrimonio, no así a las uniones de hecho. Motivo por el cual, hasta tanto la normativa no regule de forma expresa la custodia de los animales de compañía de las parejas de hecho será aplicable por analogía la regulación actual que comprende a quienes han contraído matrimonio.

VIII. JURISPRUDENCIA

- SAP de León de 25 de noviembre de 2011.
- SAP de Navarra de 9 de octubre de 2013.
- SAP de Barcelona de 10 de julio de 2014.
- SAP de Segovia de 24 de marzo de 2015.
- SAP de Málaga de 24 de noviembre de 2016.
- SAP de Oviedo de 21 de junio de 2017.
- SAP de Madrid de 20 de abril de 2018.
- SAP de Málaga de 14 de mayo de 2018.
- SAP de Madrid de 28 de febrero de 2019.
- SAP de Barcelona de 22 de enero de 2021.
- SAP de Barcelona de 19 de febrero de 2021.
- SAP de Toledo de 22 de septiembre de 2021.
- Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (núm. 9), de 14 de marzo de 2018.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 9) de Valladolid, de 27 de mayo de 2019.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 4) de Murcia, de 21 de junio de 2019.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 7) de Vilanova y la Geltrú, de 06 de noviembre de 2019.
- Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Valladolid (núm. 2), de 7 de octubre de 2020.
- Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Leganés (núm. 2), de 17 de marzo de 2020.

- Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Madrid (núm. 11), de 7 de octubre de 2021.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÁZAR JIMÉNEZ, M. N., *La custodia compartida en el supuesto de modificación de medidas definitivas en un procedimiento de divorcio.* Edit. Universidad de Jaén, 2018.

CASAS DÍAZ, L., y CAMPS I DIDELLET, X., "Las crisis matrimoniales y los animales de compañía: una aproximación práctica desde el ejercicio de la abogacía", *Revista dA Derecho Animal (Forum of animal Law Studies)*, vol. 10, núm. 1, 2019, pp. 76–83.

DE TORRES PEREA, J. M., El nuevo estatuto jurídico de los animales en el derecho civil: De su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles, REUS, 2020.

DÍAZ VIDELA, M., "¿Qué es una mascota? Objetos y miembros de la familia". *Revista Ajayu de Psicología,* vol. 15, núm. 1, 2017, pp. 53–69.

ESBORRAZ, D. F., "El nuevo régimen jurídico de los animales en las codificaciones civiles de Europa y América", *Revista de Derecho Privado,* núm. 44, 2023, pp. 51–90.

GARCÍA SOLÉ, M., "El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección", *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho,* núm. 8, 2010, pp. 36–43.

GÍMENEZ-CANDELA, M., "The de – objectificaction of animals in the Spanish civil code", *Revista dA Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 9, núm. 3, 2018, pp. 28–47.

LÓPEZ TUR, T., "La guarda y custodia de los animales de compañía". *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad,* núm. 18-19, 2021, pp. 73–94.

OLIVERA OLIVA, M., "La tenencia compartida de un animal doméstico como ser sintiente. Comentario a la sentencia de fecha 27 de mayo de 2019 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Valladolid". Magistrado-juez: D. Luis C. Tejedor Muñoz, *Revista dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* vol. 10, núm. 4, 2019.

OLIVERA OLIVA, M., "Crisis de pareja de hecho y animales de compañía. Sentencias en Cataluña, anteriores a la propuesta de reforma del Código Civil de 20 de abril de 2021", *Revista dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* vol. 12, núm. 2, 2021, pp. 190–198.

OLIVERA OLIVA, M., *Los animales de compañía en las crisis de pareja,* Universidad Autónoma de Barcelona, 2022.

PEGUERO CARRERO, B., "Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021 de 15 de diciembre de 202", *Revista Diario La Ley*, núm. 10177, 2022.

PELAYO CONZALEZ-TORRE, A., "Sobre los derechos de los animales", *Revista anuario de filosofía del derecho",* núm. 7, 1990, pp. 543–556.

SÁEZ OLMOS, J., CARAVACA LLAMAS, C. y CANO, J., "La custodia de las mascotas: nuevo escenario en la mediación familiar", *Revista mediaciones sociales*, vol. 21, 2022, pp. 1-10.

NOTAS

[1] Véase la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Recuperado de: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-20727 Igualmente, la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales en el numeral 2 del art. 1 sobre el objeto y ámbito de aplicación prevé que: "Se entiende por derechos de los animales su derecho al buen trato, respeto y protección, inherentes y derivados de su naturaleza de seres sintientes…". Recuperado de: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-BOE-A-2023-7936 Sobre el tema, llama la atención que el ordenamiento jurídico español con anterioridad en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal tipificó en el art. 337 el maltrato animal a los animales domésticos. Recuperado de: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-BOE-A-2003-21538

[2] El Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 90a Tiere establece lo siguiente: "Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist". En esa línea, el año 2002 se eleva a rango constitucional la protección de los animales. Así pues, la Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. art 20ª prevé que: "Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung".

[3] Al respecto, conviene hacer referencia de forma textual a los dos primeros numerales del art. 333 bis del CC, que establece lo siguiente:

"1. Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección.

2. El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes".

[4] Sobre el tema, conviene complementar que el art. 770. 1. 4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que: "…Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad…". Por su parte, el numeral 6 del art. 92 del CC, prevé que el juez debe oír a los menores que tengan suficiente juicio.

Trabajo recibido el 13 de junio de 2023 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2023

DICTÁMENES Y NOTAS

Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador

Several personal aspects in the partition carried out by the testator himself

por
PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
UNED

RESUMEN: La partición realizada por el testador es una institución no demasiado estudiada por la doctrina, y sin embargo plantea problemas interesantes en el derecho sucesorio; en este trabajo vamos a analizar los aspectos personales más destacados en esta figura, como los especiales derechos que se atribuyen al testador si utiliza esta facultad, la necesidad de respetarla por parte de los interesados en la sucesión hereditaria y la posibilidad de los herederos de modificarla si no se ajusta a sus intereses, si puede realizarla cualquier causante o solo el fallecido con testamento, sus diferencias con la institución de heredero en cosa cierta o el legado de cosa propia del testador, y cómo solucionar las posibles discrepancias que se puedan plantear entre la institución de herederos y la partición realizada.

ABSTRACT: The partition carried out by the testator is an institution not much studied by the doctrine, but that raises interesting problems in succession law. In this paper we are going to analyze the most outstanding personal aspects in this figure, such as the special rights that are attributed to the testator if he uses this faculty, the need to respect it by those interested in the hereditary succession, and the possibility of the heirs to modify it if they are not interested in its results, if it can be carried out by any deceased or only the deceased with a will, its differences with the institution of heir in a certain thing or the legacy of the testator's own thing,

and how to solve possible discrepancies that may arise between the institution of heirs and the partition made.

PALABRAS CLAVE: herencia, partición hereditaria, partición por el testador, institución de herederos,

KEYWORDS: inheritance, hereditary partition, partition by the testator, institution of heirs,

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. REGULACIÓN BÁSICA: EL ART 1056 DEL CÓDIGO CIVIL Y ALGUNAS REGLAS ESPECIALES. 1. CARACTERÍSTICA BÁSICA: NECESIDAD DE RESPETARLA. 2. POSIBILIDAD DE LOS COHEREDEROS DE MODIFICARLA. 3. DERECHOS ESPECIALES DEL TESTADOR.—III. QUIÉN PUEDE REALIZAR ESTA PARTICIÓN.—IV. BIENES QUE PUEDEN VERSE AFECTADOS.—V. NECESIDAD DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO COMO CARACTERÍSTICA ESPECÍFICA: DISCREPANCIAS INSTITUCIÓN-PARTICIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La partición realizada por el testador es una institución no demasiado estudiada por la doctrina, y sin embargo plantea problemas interesantes en el derecho sucesorio, pues nos obliga a reflexionar sobre el concepto mismo de partición, el de heredero como sucesor a título universal, y, si se realiza en acto *inter vivos*, la posibilidad de ordenar la sucesión *mortis causa* al margen del testamento, y su cercanía en determinados supuestos al pacto sucesorio[1].

Como sabemos, la distribución entre los herederos de los bienes y derechos existentes en la masa hereditaria se denomina partición de la herencia[2]. Dicha partición puede ser realizada por el mismo testador, por un contador-partidor, o por los propios herederos.

Cuando es realizada por el testador es él mismo quien realiza la distribución concreta de sus bienes y derechos entre las personas a las que llama como herederas, asignando a cada una de ellas uno o varios bienes determinados de los que se van a encontrar en su herencia[3].

Este sistema tiene la ventaja de que permite al testador atender de la mejor manera a las necesidades de sus familiares, cuyas circunstancias conoce, evitando además conflictos y enfrentamientos posteriores entre los llamados[4].

No obstante, prácticamente siempre habrá que utilizar mecanismos posteriores de ajuste, y ello por varias razones, que suelen tener que ver con el transcurso

de un tiempo más o menos largo entre la realización de la partición por el testador y su fallecimiento y la apertura de su sucesión.

Por ejemplo, es muy posible que cuando se abra la sucesión se observe que la partición del testador no comprende la totalidad de los bienes hereditarios, porque el causante haya adquirido con posterioridad a la misma otros bienes que lógicamente no están adjudicados, o porque haya dejado fuera desde el principio algunos bienes, voluntariamente o por error. En aplicación del art. 1079 CC y del principio de conservación de la partición[5] no necesariamente procede entonces anular la partición inicial y realizar una nueva relativa a todos los bienes, sino solo el reparto de los bienes que continúan en situación de comunidad hereditaria, es decir una partición complementaria respetando la inicial [6].

Suele pasar por tanto que la partición del testador se revele como parcial en su momento, pues puede variar el conjunto de los bienes (por enajenación o adquisición), o su carácter (gananciales o no), o el pasivo existente.

También puede suceder que la partición del testador se refiera a bienes que en el momento de apertura de la sucesión ya no están en el caudal hereditario, pues el causante conserva hasta su fallecimiento su facultad de disposición y puede haber enajenado bienes que había adjudicado inicialmente en su partición y que ahora faltan. Tampoco esto debe traducirse necesariamente en la ineficacia de la partición, dado que su voluntad es esencialmente revocable, pero sí hará necesarias operaciones de complemento de la partición inicial[7].

Es posible que después de hacer la partición el testador haya sido declarado en concurso de acreedores, o que el concurso se dicte una vez fallecido pero antes de haber sido aceptada su herencia pura y simplemente; en tales casos la herencia debe mantenerse indivisa mientras dure el procedimiento[8], y hay que coordinar esta suspensión de la partición con la partición realizada por el testador, que sí se ha hecho, pero que no debería ser efectiva.

Podría darse que en el momento del fallecimiento del causante exista un *nasciturus* con posibles derechos sobre la herencia, *nasciturus* que no ha sido recogido en la partición del testador; en este caso, como en el anterior, hay que coordinar la suspensión de la partición que establece para estos casos el art 966 CC, que supone que la partición no debe hacerse todavía, con la partición realizada por el testador, que sí se ha hecho, pero que tampoco debería ser efectiva hasta que el *nasciturus* nazca o definitivamente falte, para asegurar el respeto de sus derechos.

Y similar problema se plantea si la viuda comunica que va a utilizar las posibilidades de la reproducción asistida, en cuyo caso podría nacer un hijo del testador hasta 21 meses después de su fallecimiento, por el juego de los plazos de la fecundación *post mortem*. O si existe pendiente un proceso de reclamación o impugnación de la filiación relativo al testador, o un proceso de adopción, que

puede traducirse en la adición de un nuevo legitimario no recogido en la partición.

También puede suceder que uno de los llamados, y en cuyo favor hay bienes adjudicados en la partición del testador, falte en el momento de apertura de la sucesión; habrá ocasiones en que el derecho de representación pueda actuar, pero habrá otras en las que no, acreciendo su parte a los demás llamados con él si es posible[9], y si no lo es deberá abrirse la sucesión intestada para esa parte.

Igualmente puede pasar que el testador solo realice en su partición la adjudicación concreta de cada bien, sin hacer referencia a todas las operaciones previas necesarias, como el inventario y avalúo de los bienes; el que no aparezcan estos pasos previos no implica que no estemos ante una verdadera partición, pero tales pasos deberán realizarse para comprobar que la partición respeta la normativa, en especial las legítimas, y para todo ello es necesaria la elaboración del inventario, el avalúo de los bienes, y la fijación del haber partible (ex art. 818 CC)[10].

En todo caso, supuesto distinto de la partición propiamente dicha realizada por el testador es el de existencia de las llamadas "normas particionales", que son ruegos o recomendaciones del testador para que se adjudiquen determinados bienes a determinados coherederos en su momento, pero sin que esto suponga adjudicación actual de los mismos, de manera que sigue haciendo falta dicha asignación o partición posterior.

La diferencia es muy importante: las simples recomendaciones o instrucciones (cuya existencia en actos *inter vivos* no está expresamente prevista, por cierto) vinculan[11] a quien debe después realizar la partición, es decir a los coherederos o al contador-partidor, de manera que deberán tenerlas en cuenta y adjudicar, si es posible, al heredero de que se trate el bien establecido por el testador, mientras que la verdadera partición hecha por el testador determina que, una vez fallecido, se producirá la adquisición directa por cada heredero de los bienes adjudicados, y debe ser respetada siempre que no se perjudiquen las legítimas. Por tanto, en el primer caso hace falta la realización de la partición por quien corresponda, en el segundo caso no, porque ya está hecha.

No existe una regla especifica acerca de cómo decidir ante qué figura estamos, simples instrucciones o verdadera partición del testador, de manera que serán las circunstancias concretas quienes determinen la solución en cada caso, en función de la voluntad expresada por el testador, que es el criterio esencial[12], pero en general nuestros Tribunales atienden al hecho de que exista o no verdadera y definitiva adjudicación del bien por el testador[13].

Y existiendo verdadera adjudicación del testador debemos distinguir dos supuestos[14]: la adjudicación "en pago de su haber", con lo que el heredero queda totalmente pagado de sus derechos en la herencia con la adjudicación que se le hace, o la adjudicación "para pago de su haber", de manera que tal adjudicación

deberá completarse en su caso en su momento con otros bienes de la herencia hasta alcanzar la cuota instituida. Esta diferenciación es muy importante para solucionar las posibles diferencias de valor que puedan existir entre las cuotas atribuidas y las adjudicaciones realizadas, como luego veremos.

Por lo demás, en vida del testador su partición no produce ningún efecto, no tiene virtualidad traslativa alguna, de manera que conserva la libre disposición de sus bienes y es revocable.

Producida la muerte del testador, si la partición que realizó no es completa surgirá una comunidad hereditaria sobre el resto de los bienes no adjudicados hasta su adjudicación definitiva. Pero si el testador realiza de forma completa la partición y distribuye todos sus bienes no pone fin a una comunidad hereditaria, sino que impide que ésta surja a su fallecimiento, pues desde el mismo momento de la apertura de la sucesión los bienes están ya asignados y nunca llegan a ser comunes de los coherederos[15].

Y ello porque la partición produce el efecto de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, ex art 1068 CC, sin perjuicio de que haya que realizar las operaciones complementarias necesarias, dado que los bienes se reciben como liquidación de la cuota de institución, y sin perjuicio también de las acciones de impugnación que pudieran proceder si perjudica a las legítimas o no es acorde con la voluntad real del testador; faculta así por tanto a cada heredero para ejercitar las acciones reivindicatorias correspondientes[16].

Esto hace que en este tipo de partición no tenga tanta relevancia como en las demás[17] la cuestión de su naturaleza jurídica[18], en cuanto que desde el principio los bienes están atribuidos y por ello no surge la comunidad hereditaria.

En cualquier otro tipo de partición esta cuestión sí tiene sin embargo una enorme transcendencia, y no solo para decidir la eficacia y subsistencia de los actos de enajenación o gravamen realizados por uno solo de los coherederos durante la situación de indivisión (con el consiguiente problema de su subsistencia una vez realizada la partición si el bien no es adjudicado al coheredero que realizó el acto de que se trate, y de la protección de los terceros adquirentes), problema que en esta partición no se plantea por no existir situación de indivisión, sino también para fijar cuál debe ser la capacidad exigida para practicar la división (distinta según que el acto suponga o no una transmisión de derechos), la aplicabilidad del saneamiento (que solo existe en actos de transmisión), o el tipo de poder exigible para que un tercero represente a uno de los coherederos en este acto.

En todo caso, la naturaleza jurídica de la partición del testador propiamente dicha se puede sintetizar en los siguientes caracteres, que iremos desgranando más adelante:

- Es un negocio jurídico *mortis causa*, y unilateral

• No pierde su carácter *mortis causa* por el hecho de que los herederos presuntos del testador intervengan en ella, o porque se la asocie con otras operaciones independientes (otra cosa es la existencia de donaciones en vida sujetas a término inicial)

• Como todo acto *mortis causa* es esencialmente revocable por su autor

• El testador no se despoja por ella de la propiedad y libre disposición de sus bienes

• Constituye una unidad con el testamento que le sirve de base, pero una unidad compleja en la que se pueden diferenciar los dos aspectos de institución y partición, lo que hace posible la existencia de discordancias entre ambos

• Puede hacerse en testamento o en acto *inter vivos*, pero en este caso ha de fundarse en un testamento, anterior o posterior

• No hace herederos a los beneficiarios de la misma (si va acompañada de entrega de la posesión de los bienes estos beneficiarios serán considerados como poseedores de buena fe)

Por último, debemos destacar la existencia de los llamados "protocolos familiares", muy útiles en cuanto tratan de evitar la paralización de la actividad de la empresa familiar hasta que los sucesores del causante asuman sus funciones, o incluso la desaparición de la misma si se divide y atribuye por partes a una pluralidad de sucesores, pero que podrían plantear problemas dada la prohibición de los pactos sucesorios[19].

En este sentido, en principio nos parece claro que las disposiciones testamentarias individuales deben ser consideradas válidas aunque no respeten los pactos del protocolo familiar, para evitar la prohibición de sucesión contractual, sin perjuicio de que puedan haberse establecido otro tipo de sanciones para los "incumplidores"[20], pero la cuestión puede ser debatida[21].

II. REGULACIÓN BÁSICA: EL ART 1056.1 DEL CÓDIGO CIVIL Y ALGUNAS REGLAS ESPECIALES

1. Característica básica: necesidad de respetarla.

El precepto básico en materia de partición del testador es el art 1056.1 CC:

"Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos".

Así, la característica más específica de esta partición es la necesidad de respetarla, al implicar un acto de última voluntad que refleja la voluntad soberana del testador.

Por ello, los herederos deberán conformarse con los bienes que les hayan sido adjudicados, con tal de que no resulten afectadas las legítimas[22], y quedan vinculados por dicha partición, de manera que la escritura de manifestación de herencia (de aceptación y partición) contradictoria con la partición testamentaria es ineficaz[23].

No es posible por tanto pactar una segunda partición entre los coherederos, puesto que la partición del testador es prioritaria, ni es posible tampoco solicitar una partición judicial, puesto que la partición ya está hecha, sin perjuicio de que se puedan ejercitar las acciones correspondientes en defensa de la legítima si se considera que ha sido conculcada.

Por otra parte, la partición realizada por el propio testador tiene como único límite la legítima de sus herederos forzosos, de manera que, respetada ésta, no se aplicarán las reglas sobre rescisión por lesión o saneamiento por evicción o vicios ocultos, a menos que así lo haya establecido él mismo de manera expresa o tácita.

Y podría incluso el testador prohibir en su testamento la intervención judicial en la partición[24], aunque tal prohibición solo afectará al proceso llamado de "división judicial de la herencia", pero no a los juicios declarativos que cualquier heredero puede iniciar para defender sus derechos, y que siempre serán posibles[25].

2. Posibilidad de los coherederos de modificarla.

La necesidad de respetar, no ya la institución de herederos, sino la partición realizada por el propio testador, hace que debamos plantearnos si pueden los coherederos pactar una distribución de los bienes y derechos distinta.

Establece el art. 1058 CC: "*Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente*".

La partición efectuada por los coherederos tiene naturaleza convencional o contractual[26], pues está basada en el consentimiento unánime de todos ellos, con todo lo que esto supone en materia de elementos esenciales para su existencia y validez, elementos accidentales, y causas de ineficacia.

Y plantea cuestiones de variado tipo, como la capacidad exigida a los coherederos para realizarla y la incidencia de la presencia de menores o personas con necesidad de apoyo, la exigencia de unanimidad entre los coherederos y los posibles abusos de alguno de ellos, la necesidad de consentimiento de personas que no son herederos, o sus requisitos formales.

En este momento sin embargo solo nos vamos a concentrar en la sujeción de los coherederos a la voluntad del testador, y a su posibilidad de modificar la partición realizada por este.

De acuerdo con el tenor literal del art 1058 CC la partición realizada por el testador es prioritaria. Por ello, existiendo una partición realizada por el testador, los herederos no pueden prescindir de ella y acordar otra partición distinta, sino que deben aceptarla[27].

Sin embargo, como el art 1058 CC también dice que los coherederos podrán distribuir la herencia "como tengan por conveniente", son bastantes las resoluciones judiciales[28] que han entendido que todos los herederos, por unanimidad, podrán prescindir de las disposiciones del causante, e incluso de lo dispuesto en normas legales imperativas como las legítimas, en cuanto que no va a haber personas interesadas que puedan atacar sus acuerdos por existir unanimidad de los interesados (doctrina de los actos propios).

Tales resoluciones, no obstante, suelen hacer referencia a que estos acuerdos presentan naturaleza novatoria, y, al exceder de lo dispuesto por el causante, son más actos de disposición que de partición propiamente dicha[29].

Por ello, son muchos los autores[30] que destacan que los coherederos no pueden en una partición convencional posterior prescindir de lo dispuesto en la partición del testador, por un lado porque la partición convencional supone la existencia de una comunidad hereditaria previa que precisamente se excluye en los casos de partición hecha por el testador, y por otro lado porque esto supondría desconocer la eficacia vinculante de la voluntad del causante respecto de sus sucesores.

Sí pueden en cambio, por unanimidad, y con los requisitos de capacidad exigidos para celebrar un contrato[31], celebrar un acuerdo dispositivo distinto y posterior en el que intercambien bienes y derechos entre ellos, consiguiendo así una adjudicación definitiva de los bienes distinta a la prevista por el testador.

Las posibilidades de estos acuerdos son muy amplias, pues la exigencia de unanimidad hace que nadie pueda luego impugnarlos, siempre dentro de los límites del art 1255 CC y de la necesidad de capacidad suficiente y consentimiento prestado sin vicios. Por tanto, podrán incluir bienes o derechos privativos de algún coheredero, cesiones de bienes a terceros, adjudicaciones en pago, renuncia de derechos, y en general transacciones de tipo muy diverso[32].

Otra cosa es la trascendencia fiscal que este tipo de acuerdos pueda tener. Y la tiene, puesto que, para la Hacienda Pública, si los coherederos pactan una distribución de bienes distinta de la establecida en las disposiciones testamentarias existirán dos hechos imponibles distintos, el de la adquisición hereditaria, por un lado, y el de donación o transmisión entre los coherederos, por otro.

Así se ha entendido en varias Consultas vinculantes[33] de la Dirección General de Tributos (Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y precios públicos), en las que se obliga a tributar por un segundo hecho imponible por cambios acordados por los coherederos respecto de las disposiciones testamentarias[34]; la única posible excepción prevista es la de que uno de los bienes de la herencia no admita cómoda división o desmerezca mucho si esta se realiza, en cuyo caso se puede acordar la adjudicación a un heredero y la compensación en metálico al resto de ellos sin que esto suponga una nueva transmisión patrimonial onerosa que deba tributar por separado, por traer causa de lo dispuesto en el art 1062 CC, siempre que se repete la cuota de participación de cada uno en el condominio.

Con un criterio distinto, la posibilidad de que los coherederos prescindan de las disposiciones particionales del causante, a menos que este lo haya prohibido, está expresamente recogida en el art. 464.6, 1 y 2, de la Ley 10/2008, de 10 de julio (Libro de Sucesiones del Código Civil de Cataluña)[35], destacando la Exposición de Motivos de la Ley que esta regla permite que los herederos se adjudiquen los bienes de la forma que consideren más satisfactoria, sin tener que vender o permutar entre ellos posteriormente, con costes adicionales, para alcanzar el mismo resultado.

Y no faltan autores que defienden esta posibilidad también en derecho común. Es el caso por ejemplo de Espejo Lerdo de Tejada[36], para quien, siendo la partición efectuada por el testador un mecanismo dirigido a evitar desacuerdos y litigios entre los coherederos, parece sensato entender que cuando estos llegan a convenir apartarse de lo dispuesto por el testador la finalidad preventiva se ha logrado, y resulta inútil y dilatorio impedir que los herederos lleguen a un acuerdo que de todos modos podrán concretar más tarde con mayores costes fiscales y de todo tipo… por tanto, cuando se produce el acuerdo entre los coherederos no debe considerarse como inamovible ni siquiera la partición hecha por el causante… y no se puede considerar en general y siempre y sin matices que cuando se apartan de lo dispuesto por el testador hay siempre un negocio diferente de la pura y simple partición, un negocio *inter vivos* por el que se debe tributar, esto dependerá de cada caso en concreto, de hecho el acuerdo al que lleguen podría ser incluso más respetuoso con la voluntad del testador que la propia partición realizada por él, porque pueden existir imponderables que el testador no ha podido tener en cuenta.

3. Derechos especiales del testador.

El carácter prevalente de la voluntad del testador hace que disponga de una situación especial, en caso de que quiera realizar la partición por sí mismo, que se traduce en la no aplicación de algunos límites que sí existen cuando la partición es realizada por otras personas[37], y que ahora vamos a esbozar:

A. No sujeción a la obligación de entregar la legítima en bienes de la herencia (supuestos de pago en metálico)

La legítima en principio debe ser pagada con bienes de la herencia (ex art 806 CC). No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 841 y ss. CC, el testador podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios, si bien cualquiera de los hijos o descendientes obligados a realizar este pago podrá exigir que la cuota hereditaria de sus hermanos sea satisfecha en bienes de la herencia[38].

Esta partición requerirá aprobación del Secretario judicial o Notario, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, y no afectará a los legados de cosa específica ni a las disposiciones particionales del testador en cosa determinada.

Exige el CC en estos preceptos que se trate de una sucesión en favor de descendientes, pero en cambio no exige que la decisión del testador obedezca a ninguna causa determinada, a diferencia de lo dispuesto en el art 1056.2 CC, que también contiene una regla especial sobre pago en metálico de la legítima pero con el fin de mantener indivisa una empresa o explotación económica[39].

B. No sujeción a la obligación de guardar la posible igualdad en los lotes consagrada en el art 1061 CC

De acuerdo con el art. 1061 CC en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

Este principio supone que cada cuota debería incluir la misma proporción de bienes de cada clase, siempre en la medida de lo razonable, pues como la condición de los bienes de la herencia puede ser muy distinta, y las cuotas de los herederos desiguales, no siempre este principio de igualdad cualitativa puede cumplirse estrictamente; por eso el precepto utiliza la expresión de "posible igualdad", y los Tribunales hablan de "homogeneidad" en los lotes, de "equidad", de manera que los coherederos queden sujetos a las mismas incertidumbres, sin que se imponga en aras de la igualdad la división material de las cosas, que puede ser antieconómica, ni la creación de comunidades ordinarias de bienes adjudicando a cada partícipe una cuota indivisa de cada bien[40].

En todo caso, doctrina[41] y jurisprudencia están de acuerdo en que dicha regla no es aplicable a la partición hecha por el testador ex arts. 1056.1 y 1075 CC, a la vista de que debe pasarse por su partición siempre que no perjudique las legítimas.

Por ello el testador tiene absoluta libertad para la formación de los lotes, y los herederos deberán conformarse con los bienes que les adjudique, aunque no respondan a un criterio igualitario, e incluso si fueran legitimarios, siempre que sus legítimas se vean respetadas desde un punto de vista cuantitativo.

C. No sujeción a la obligación de prestar saneamiento en los términos del art 1070.1 CC

Conforme a lo dispuesto en los arts. 1069 y 1070 CC, la obligación de los coherederos de prestarse recíprocamente evicción y saneamiento de los bienes adjudicados no existirá cuando el mismo testador haya hecho la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma que no lo ha querido así, y salva siempre la legítima[42].

Por tanto, si el testador realiza la partición y adjudica a un coheredero algún bien en pago de su cuota, y luego dicho bien desaparece por el éxito de la evicción de un tercero, o se descubren en el mismo vicios o defectos ocultos que disminuyen su valor, el heredero perjudicado tendrá que soportar el perjuicio que suponen la evicción o el vicio oculto de dicho bien, sin que los demás coherederos tengan que indemnizarle[43], salvo que se de alguna de estas tres circunstancias:

— Ser legitimario y que su legítima quede perjudicada, en cuyo caso habrá que proceder al cálculo de la legítima atendiendo al valor real de los bienes computables, para determinar cuál es el perjuicio sufrido por el legitimario afectado, y los demás herederos tendrán que compensarle

— Haber establecido el testador expresamente que sí debe prestarse el saneamiento

— No haberlo establecido de manera expresa pero que se deduzca su voluntad en este sentido.

La interpretación de este último apartado del precepto es la que puede plantear más problema, pues como consecuencia de la evicción o del vicio oculto de algún bien adjudicado pueden surgir discrepancias entre la institución y la partición realizada, discrepancias que quizá inicialmente no existían, y habrá que preguntarse si el testador ha querido que subsista la garantía que supone el saneamiento, o no.

D. No sujeción a la regla de rescisión por lesión salvo en los términos del art 1075 CC

Dispone el art. 1075 CC que la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión[44] sino en el caso de que perjudique la legítima de

los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador[45].

La lesión puede presentarse cuando tales bienes adjudicados han sido sobrevalorados por el testador[46], de manera que, aunque teóricamente cubren el valor de la cuota que le corresponde, en realidad no es así, y se prueba la existencia de lesión en más de la cuarta parte (art. 1074 CC).

El art 1075 CC plantea los mismos problemas de interpretación que los arts. 1056 y 1070.1 CC, y como en ellos, la opinión más extendida[47] es la de que la partición hecha por el testador podrá ser impugnada:

— Cuando perjudique la legítima de cualquier manera.

Si el legitimario solo ha recibido su legítima y se observa un error en la valoración del bien adjudicado que se traduce en la no recepción de su cuota procederá la acción de suplemento sin necesidad de que la lesión alcance la cuarta parte del valor del bien, pero, si hubiera recibido más que su legítima, aunque luego se descubra la sobrevaloración de algún bien deberá pasar por la partición del testador siempre que no afecte a su legítima.

— Cuando del testamento resulte, de manera expresa o tácita, que el testador quería que la partición hecha por él pudiera rescindirse por causa de lesión. Por tanto, si el testador que ha hecho la partición quería que sus herederos le sucedieran en la proporción establecida, la lesión en más de la cuarta parte debe generar acción de rescisión, pero, si lo que quería es que sus herederos recibieran los bienes concretos que les ha adjudicado, la rescisión por lesión no procede si su partición no perjudica las legítimas, y los herederos deberán pasar por ella.

El criterio subjetivo del testador en la valoración de sus bienes debe ceder ante un criterio más objetivo en lo que se refiere a la adjudicación de las legítimas, pero fuera de ello debe prevalecer su libre decisión[48], a no ser que se pruebe su evidente arbitrariedad, o la falta de concordancia interna de la voluntad del testador en lo que se refiere a su institución y la partición que realiza.

En definitiva, de todos estos preceptos, junto con el contenido en el art 1056 CC, se deduce claramente la obligación de respetar la voluntad del testador reflejada en su partición; una vez fallecido, la partición realizada por él tiene fuerza de ley entre los herederos, siempre que se hayan respetado las legítimas.

De hecho, y a diferencia de lo que ocurre en la partición realizada por los coherederos, si la partición ha sido realizada por el testador no es necesaria la aprobación judicial posterior, aunque intervengan herederos menores de edad o con necesidad de apoyo, pues esto supondría un límite a las facultades de aquél, y el único límite recogido en la ley es la protección de las legítimas[49].

Por ello, podemos afirmar de nuevo como característica esencial de la partición realizada por el testador la necesidad de respetarla[50], de manera que el único

límite existente para el testador si decide realizarla es la legítima de sus herederos forzosos, límite que opera en dos direcciones:

— Tiene que respetar las cuotas legitimarias fijadas por la ley (límite cuantitativo)[51]

— Tiene que respetar la imposibilidad de gravar la legítima estricta ex art 813 CC (límite cualitativo)

El carácter imperativo de la partición del testador tiene también un posible límite en los supuestos de discrepancias entre las cuotas atribuidas en la institución de heredero y los lotes adjudicados en la partición que no se corresponden con dichas cuotas, como luego veremos.

III. QUIÉN PUEDE REALIZAR ESTA PARTICIÓN

Debemos plantearnos quién puede realizar este tipo de partición, si puede hacerlo cualquier causante o solo el que haya otorgado testamento válido y eficaz[52].

Y para la doctrina mayoritaria[53] la partición solo puede realizarla el testador, es decir, un causante fallecido bajo testamento, de acuerdo con el tenor literal de los arts. 1056.1, 1058 y 1070 CC, que refieren siempre la partición al "testador"[54].

Esta es también la opción de las legislaciones especiales o autonómicas que no permiten la sucesión pactada, pues las que la permiten lógicamente no pueden exigir que la partición de sus bienes la realice únicamente un causante fallecido bajo testamento[55].

Está claro por tanto que en el ámbito de derecho común siempre ha de existir un testamento para la validez de esta partición del testador, al que la misma ha de referirse y que debe apoyarla, aunque luego dicha partición aparezca o no en el mismo documento.

Este testamento podrá ser anterior, coetáneo, o incluso posterior al acto de partición[56] (siempre que si es posterior haga referencia a ella y no discrepe de la misma esencialmente), y de cualquier tipo: abierto, cerrado, ológrafo, o especial.

Lo único imprescindible es que sea válido y eficaz, pues, dado que la partición es un acto de distribución, y por tanto accesoria respecto del acto de institución, que necesariamente ha de hacerse en el testamento, la nulidad del acto dispositivo debe arrastrar la del acto distributivo.

No faltan algunas voces discordantes, que sostienen que no es necesaria la existencia de un testamento para la validez de la partición efectuada por un causante, por considerar que quien dispone de los bienes lo que ha de ser es titular de los mismos[57], o que quien no ha testado es como si hubiera hecho un testamento "presunto" optando por el orden sucesorio de la sucesión intestada[58], o que si

los herederos han intervenido en la partición y la consienten no hay peligro para ellos ni para el causante[59], pero en realidad la existencia de cualquier mínima desviación de la partición con respecto a las cuotas resultantes de dicha sucesión intestada puede suponer que existe una disposición o institución del causante y que esta se ha se ha hecho sin respetar las reglas formales de los testamentos, lo cual debe llevar a su nulidad. De ahí que sea más seguro exigir la presencia de un testamento.

Por lo demás, es indiferente que el testador tenga herederos forzosos o se trate de herederos voluntarios; todo testador puede hacer la partición de sus bienes.

Es cierto que una persona puede disponer en vida de todos sus bienes en favor de las personas que eventualmente van a ser sus herederos a través de donaciones, pero en estos supuestos no habrá verdadera partición de la herencia, sino distribución en vida del caudal propio a través de donaciones normales y corrientes.

Además, ninguna de las donaciones *inter vivos* implica la cualidad de heredero del donatario (pues pueden realizarse a cualquier persona); es posible que puedan existir herederos nombrados en el testamento que no fueron donatarios en vida, y que si son legitimarios podrían reclamar en su caso la reducción de aquellas donaciones por inoficiosidad; y, aún en el caso de que los donatarios hayan sido nombrados también herederos, cuando llegue el momento y con independencia de la aceptación de la donación previa podrían aceptar la herencia o rechazarla, con los efectos que esto tiene con relación al resto de los bienes no distribuidos y a las deudas del causante[60].

En resumen, si hablamos de partición el testador puede realizarla en testamento o fuera de él, en este caso siempre apoyada en un testamento anterior o posterior.

De esta necesidad de testamento que le da sentido deducen bastantes autores que la capacidad necesaria para que el testador realice su partición es la capacidad para testar, y no la general para contratar[61], y asimismo su carácter personalísimo[62], que excluye su realización por representante o mandatario (salva siempre la posibilidad de nombrar a un contador partidor para realizarla, o lo previsto en el art 831 CC).

Por lo demás, si el testador tiene presuntos herederos forzosos la partición deberá hacer referencia a todos ellos, pues en otro caso será nula por preterición, salvo que el preterido haya premuerto (art. 814 CC), o la preterición se haya realizado de buena fe (art. 1080 CC), o sea parcial y subsistan en la herencia bienes suficientes para cubrir la cuota del preterido y no se conculquen las legítimas, o la colación de donaciones previas lo permita, siempre atendiendo a las circunstancias de cada caso. Por el contrario, la partición que incluya a alguien que no es heredero será nula[63] (art. 1081 CC).

IV. BIENES QUE PUEDEN VERSE AFECTADOS

La partición hecha por el testador debe referirse a sus bienes propios y determinados, y existentes en su patrimonio en el momento de la apertura de la sucesión. Así resulta del tenor de los arts. 667, 668 y 1056 CC (constantemente hablan de "sus" bienes).

También podrá comprender bienes que no estuvieran en su patrimonio en el momento de realizarla si en el momento del fallecimiento sí le pertenecen.

Pero no puede comprender bienes que no le pertenezcan en el momento del fallecimiento, aunque sí fueran suyos en el momento de realizar la partición[64]. De hecho, esta disposición en vida de un bien cuando antes lo había adjudicado en la partición a uno de los herederos puede significar un cambio de voluntad *mortis causa* del causante que hay que valorar, pudiendo incluso traducirse en la ineficacia de la partición.

En definitiva, la partición del testador solo puede comprender bienes relictos propiedad del testador (aunque también pueden incluirse bienes donados previamente, a efectos simplemente particionales, para la formación de los lotes).

La única posible excepción podría ser la de los bienes integrados en su sociedad conyugal[65], de los que podrá disponer en los términos del art. 1.380 del CC:

"La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento".

En principio el causante no podrá legar los bienes concretos de su sociedad ganancial, porque no son solo suyos, pero si lo hace el legado será eficaz ex art 1380 CC con una doble modalidad de cumplimiento, como legado de cosa específica si el bien es adjudicado al testador en la liquidación de su sociedad de gananciales, o como legado de cosa equivalente si no lo fuera.

Si el testador lega alguna cosa creyendo que es propia, y luego resulta que es ganancial, el legado podría quedar ineficaz a luz de los arts. 861 y 862 CC en función de si el testador sabía o no que la cosa era ajena al realizar el legado, aunque para la doctrina mayoritaria la solución deriva siempre de la aplicación del art 1380 CC, debiendo producirse los mismos efectos si el testador conocía el carácter ganancial del bien o si no lo conocía, ante la dificultad de considerar al bien ganancial como un "bien ajeno" al causante[66].

Incluso para algún autor[67] el legado de cosa ganancial debe ser configurado como una figura típica con sustantividad y régimen propio, dado que no se puede equiparar al legado de cosa ajena, ni siquiera en aquellos casos en que el bien no sea incluido en el lote adjudicado a la herencia del testador, y tampoco se puede

considerar como un legado de cosa en parte propia y en parte ajena (como si estuviéramos ante una comunidad romana).

Todo ello salvo que la liquidación de los gananciales ya se hubiera producido al otorgarse el testamento y el bien legado fuera claramente privativo del otro cónyuge y el testador lo supiera, en cuyo caso la aplicación de los arts. 861 y 862 CC es indudable.

Pero no nos referimos ahora al legado de un bien ganancial, sino al caso de institución como heredero y adjudicación en la partición, en pago de la cuota hereditaria previamente fijada, de un bien ganancial, situación relativamente frecuente, incluso a veces con la indicación testamentaria de quien no lo acepte verá reducida su participación en la herencia a lo que por legítima estricta le corresponda, con la coacción que esto supone.

En bastantes ocasiones los Tribunales[68] han considerado que debe producirse el mismo resultado por analogía con el art 1380 CC: recepción del bien por el heredero si es adjudicado en la liquidación de la sociedad de gananciales a la herencia del testador, o sustitución por su valor si no lo es, todo ello subordinado a la previa liquidación de la herencia del testador y al pago de las deudas hereditarias y las legítimas si las hubiere.

En esta línea, queremos poner de relieve que el precepto del Código habla de "disposición testamentaria de bienes gananciales", en general, por lo que podemos incluir entre ellas a las disposiciones particionales.

En contra de esta solución sin embargo se pronuncia Dominguez Luelmo[69], pues si los bienes gananciales de los que dispone el testador en su partición no son adjudicados a su lote, y se aplica el art 1380 CC, nos encontraríamos ante uno o varios legados por el valor que tenían dichos bienes y uno o varios bienes antes gananciales que han venido a "sustituir" a los anteriores, no incluidos en la partición y que pertenecen a todos los coherederos proindiviso; por ello considera aconsejable que el cónyuge testador prevea esta posibilidad en el testamento, ordenando que los bienes comunes que ha incluido en su partición, pero que no caigan en su haber en la liquidación de la sociedad de gananciales, sean sustituidos en su partición por los que vengan a reemplazarlos y no estén asignados de manera expresa a nadie. Y, aunque no se prevea esta sustitución de forma expresa, sostiene que puede defenderse su aplicación, pues no tiene sentido que el testador pueda disponer de bienes gananciales por vía de legado y no por vía de herencia y partición.

En todo caso, añade, aunque esta sustitución de bienes puede ser complicada si no está dispuesta expresamente, sobre todo si el adjudicatario en la partición es heredero forzoso, siempre será más ventajosa que la de considerar aplicable el art 1056 CC solo a los bienes privativos, con lo que si el testador está casado siempre surgirá una comunidad de bienes sobre la cuota de los bienes ganancia-

les que le sean adjudicados, no se va a evitar una situación de proindiviso, y su partición siempre será parcial.

En todo caso, en otras muchas ocasiones los Tribunales[70] han optado por declarar la nulidad de la partición por incluir bienes ajenos, y en concreto gananciales. Por ello, deberá procederse de manera separada primero a la liquidación de la sociedad de gananciales y luego a las operaciones particionales correspondientes, para estar seguros de que no se producen alteraciones sustanciales en la formación y valoración de los lotes que deben adjudicarse a cada coheredero; todo esto claro está a menos que conste la aceptación de todos los coherederos afectados[71].

Como pone de relieve Carballo Fidalgo[72], el Tribunal Supremo viene sancionando, con excepciones puntuales, la "incuestionable" nulidad de las adjudicaciones que incluyen bienes de la comunidad conyugal no liquidada; se desprecia así la aplicación de la solución que desde el año 1981 brinda el art. 1380, y que supedita la eficacia última de las disposiciones testamentarias sobre bienes gananciales (entre las que han de incluirse las adjudicaciones particionales) al resultado de la liquidación de la sociedad, en cuya práctica los herederos y el contador designado han de procurar la atribución de los bienes dispuestos en el lote del causante, para dar así cumplimiento a la voluntad que les vincula.

No obstante, considera Lacruz[73] que sí sería posible una partición única y conjunta de ambos cónyuges en la que se adjudiquen por los dos bienes comunes, con tal de que dicha partición responda a sendos testamentos independientes y se refleje en ellos simultáneamente, y con la matización de que cada testamento es esencialmente revocable por cada cónyuge por separado.

Y en el mismo sentido se pronuncian De la Cámara Álvarez[74] y también Martínez Espín[75] y en cierta forma Cases Bergón[76].

Por su parte, Gomá Salcedo[77] añade que estas ideas sobre actuación armónica de los cónyuges pueden sostenerse también aunque entre ellos no exista sociedad de gananciales, pues puede ser muy natural que planeen su sucesión considerando como una unidad el patrimonio de ambos y distribuyéndolo entre sus herederos de la forma que consideren conveniente, y casi casi haciendo caso omiso de la pertenencia de cada bien a uno u otro cónyuge.

Y lo mismo podríamos decir para la partición conjunta entre padre e hijo único para sus descendientes, o entre hermanos, sobrinos…

Hay algunas sentencias que admiten esta posibilidad[78], pero lo cierto es que no está prevista en derecho común.

Sí ha sido en cambio expresamente acogida en la legislación gallega[79].

Y su posibilidad se deduce en la aragonesa[80], en la catalana[81], en la navarra[82], en la vasca[83] y en la balear[84], derivada de la admisión en ellas del testamento mancomunado o el pacto sucesorio o ambos.

Por último, hay que destacar que no es necesario que la partición del testador comprenda absolutamente todos los bienes hereditarios, cabe una partición posterior adicional relativa a los bienes que falten, bien por error u olvido, bien por voluntad consciente, bien por haberse incorporado después de la partición al patrimonio del causante, sin que proceda necesariamente la nulidad de la partición inicial, en los términos del art 1079 CC que antes vimos.

Desde el otro punto de vista, la enajenación por el testador de algún bien incluido en su partición con posterioridad a la misma no necesariamente anula la partición, debiendo soportarla el adjudicatario si no se ve afectada su legítima; ahora bien, matiza De los Mozos[85], deberemos atender al caso concreto, pues no podemos admitir una limitación a la libertad de disposición del propietario, una vinculación *inter vivos*, por el hecho de haber incluido el bien en una partición esencialmente revocable, pero si se considera a la enajenación como revocatoria de la asignación, como podría pensarse en principio, tal enajenación va a traducirse en la práctica en la revocación del testamento mismo que instituía al llamado, al menos en esta cláusula, lo que tampoco puede admitirse sin cumplir las reglas generales sobre revocación de los testamentos.

En cuanto a las deudas del testador, los herederos deberán responder de las mismas con arreglo a las reglas generales y en función de cómo hayan aceptado la herencia. El testador puede asignar en su partición a uno o varios herederos concretos el pago de determinadas deudas, pero esta disposición solo tendrá efectos entre los coherederos, y no afectará a los acreedores sin el consentimiento de cada uno de ellos (ex art 1205 CC).

V. NECESIDAD DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO COMO CARACTERÍSTICA ESPECÍFICA: DISCREPANCIAS INSTITUCIÓN-PARTICIÓN

Para que pueda hablarse en sentido propio de partición hecha por el testador es necesario que también exista una institución de herederos realizada por él de la que resulten expresa o tácitamente las cuotas de cada uno[86].

Esto es lo que distingue a esta figura de otras posibilidades parecidas de las que dispone el testador, como la distribución de toda la herencia en legados ex art 891 CC, o a través de instituciones de heredero en cosa cierta ex art. 768 CC (y ello con independencia de que existan o no herederos forzosos, pues como sabemos los legitimarios no tienen que recibir necesariamente su porción de bienes en concepto de herederos).

En principio[87] debemos entender que los herederos instituidos en cosa cierta y determinada[88] serán considerados como legatarios de cosa cierta y determinada

propia del testador, por lo que les resultan aplicables las reglas de este tipo de legados[89]. Este es el criterio del derecho común, ex art 768 CC.

Existen algunos matices en la legislación catalana y navarra, que consideran al heredero de cosa determinada como legatario si concurre con algún heredero universal, pero en otro caso lo consideran como prelegatario del objeto concreto y heredero universal en el resto[90]. Por su parte la legislación aragonesa establece que si todos los herederos han sido instituidos en cosa cierta y determinada y aparecen nuevos bienes los mismos serán distribuidos entre tales herederos en proporción al valor de lo recibido por cada uno sin necesidad de abrir la sucesión legal o intestada[91].

En todo caso, si en ambos supuestos (distribución de toda la herencia a través de legados o instituciones en cosas ciertas) el caudal hereditario se ha adjudicado en su totalidad por el testador no será necesaria la apertura de la sucesión intestada ni el nombramiento de un heredero[92].

De no ser así, por haberse incrementado el patrimonio del causante con posterioridad al otorgamiento del testamento que los nombra, o porque alguno de los legatarios o herederos de cosa cierta falte (ha premuerto al causante si no es legitimario sin sustituto ni derecho de acrecer, o ha renunciado a su legado o institución), sí deberá abrirse la sucesión intestada respecto de los bienes sin adjudicar, existiendo entonces uno o varios herederos, y no dándose la situación de que todos los bienes estén distribuidos por vía de herencia o legado.

De todas maneras, y aunque tienen en común que cada llamado adquiere el bien adjudicado sin pasar por una previa situación de comunidad hereditaria, la diferencia principal existente entre que el testador distribuya todos los bienes por vía de legado o instituciones en cosa cierta, o bien realice institución de herederos y partición de bienes complementaria, situaciones que en la práctica podrían ser muy similares, se encuentra en la necesidad de aceptación y la responsabilidad por deudas del causante, pues los legatarios o herederos de cosa cierta solo responderán de las mismas hasta el valor de sus legados o instituciones, mientras que los herederos en sentido propio, aun con la partición realizada por el testador, pueden llegar a responder con todos sus bienes de dichas deudas en función del tipo de aceptación que realicen.

A esto debemos añadir el carácter extensivo del llamamiento como heredero, aun con la partición realizada, en el supuesto de que aparecieran bienes sin atribuir (en el caso de herederos de cosa cierta o de legatarios tales bienes irán al heredero abintestato, no a ellos), o la posibilidad de tomar directamente la posesión de la cosa.

Y también que en estos supuestos de distribución de todos los bienes de la herencia por vía de legado o de instituciones en todas las cosas ciertas, aunque no surge comunidad hereditaria propiamente dicha tras el fallecimiento del causan-

te, no puede hablarse en sentido propio de partición hecha por el testador, y por tanto no se podrán invocar las reglas especiales de ésta relativas al saneamiento recíproco entre los llamados o la rescisión por lesión.

No obstante, en algunas ocasiones no es fácil diferenciar ante qué situación estamos, debiéndose atender a la interpretación de la voluntad del testador para conseguirlo.

En todo caso, la partición del testador ha de acomodarse a las normas dispositivas contenidas en el testamento, sea éste anterior o posterior a ella; hay, pues, una dualidad institución testamentaria de herederos/partición, que distingue el supuesto del de distribución de toda la herencia en legados o instituciones en cosas ciertas como hemos visto, y que plantea el grave problema de cómo resolver las posibles discordancias entre ellas.

Y la existencia de discrepancias es muy posible: pensemos por ejemplo en una partición que el testador realiza con posterioridad al otorgamiento del testamento y en la que dispone de los bienes de manera distinta a la inicialmente prevista, bien adjudicándolos a personas que no han sido nombradas en el testamento, bien atribuyendo bienes distintos, o de manera diferente, a distintas personas, bien simplemente porque el valor de los bienes adjudicados no se corresponde con la institución inicial. Y las discrepancias podrían existir incluso aunque testamento y partición se hayan otorgado a la vez.

En todos estos supuestos hay que plantearse qué debe prevalecer, si la institución testamentaria de herederos o la partición, y si la partición contraria al testamento debe quedar ineficaz, o si por el contrario debe prevalecer, al menos si es posterior al testamento, por entenderse que refleja la voluntad última del causante.

A este respecto, hay autores como De la Cámara[93] que defienden que debe prevalecer siempre la institución testamentaria sobre la partición, y por tanto debe corregirse ésta si no se adapta a las cuotas fijadas en aquella, pues la partición es un acto de distribución, y por tanto accesoria respecto del acto de institución. Añade, no obstante, que el problema será determinar en cada caso concreto si existen verdaderas discrepancias o contradicciones entre el testamento y la partición (como ocurriría por ejemplo si en un testamento posterior se lega a un tercero uno de los bienes adjudicados en la partición a uno de los herederos), caso en que claramente debe prevalecer el testamento, o bien tales discrepancias pueden permitir que la partición permanezca, adaptada a la institución, caso en el que se pronuncia por el principio de "conservación" de la partición siempre que no resulten afectadas las legítimas, y no aparezca claramente que la voluntad del testador en cuanto al destino de sus bienes ha cambiado, pues como sabemos su voluntad es esencialmente revocable[94].

En sentido similar, para Albaladejo[95] es equivocado afirmar que la partición testamentaria debe prevalecer sobre la disposición testamentaria en caso de discrepancia, pues la partición forma parte del testamento; lo que procede es realizar una concienzuda interpretación del mismo, y caben dos opciones, que se concluya que lo que quiso el testador fue disponer en la forma en que parte, en cuyo caso no será impugnable la partición testamentaria, pero no por prevalecer sobre la institución, sino por coincidir con ella después de esa labor de interpretación, o que se concluya que la contradicción entre ambas es irreductible, en cuyo caso debe prevalecer la institución, por ser el sentido del art 1075 CC in fine.

Recordemos que para este autor lo que realmente dice el art. 1075 CC es que la partición efectuada por el difunto solo puede ser impugnada por perjudicar la legítima o por discrepar de la disposición testamentaria, y su segundo apartado ("*la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión sino en el caso de que… o aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*") no se refiere en realidad a que el testador permita impugnar su partición por lesión aunque no afecte a la legítima, sino a que resulte claro que hay una discrepancia entre institución y partición, en tanto que lesión siempre hay para algún cosucesor cuando no se parte de la forma en que se ha instituido; la lesión que autoriza la impugnación de la partición del testador en este precepto tiene que ser por tanto lesión de los derechos concedidos en el testamento, y la impugnación prosperará si se constata la existencia de una voluntad dispositiva distinta del testador.

También se ha puesto de relieve que si la partición no guarda las formalidades de los actos *mortis causa* su prevalencia sobre la institución testamentaria de herederos sería un notable golpe para todas las solemnidades necesarias para la validez de los testamentos, pues sin guardar tales formalidades se podrían distribuir los bienes en la forma que el causante quisiese a través de una partición en acto *inter vivos*[96] (la situación sería equiparable a la de legados o instituciones en cosas ciertas, pero ambas disposiciones solo pueden hacerse en testamento y con las solemnidades de este). Por ello, al menos cuando no se han guardado estas formalidades *mortis causa*, en caso de partición *inter vivos* debe siempre prevalecer la institución testamentaria en caso de discordancia[97].

Por otra parte, si la partición no atiende a la institución testamentaria hay que plantearse si no debería incluso ser anulada por implicar una modificación de la voluntad testamentaria que se ha hecho en un documento que no es un testamento (para la partición en acto *inter vivos*).

En este sentido se pronuncia Rodríguez Adrados[98]: hay que partir siempre de la distinción entre partición testamentaria y realizada en acto *inter vivos*, porque el problema se plantea de manera distinta, y así, en la partición testamentaria no se puede decir en sentido propio que exista discordancia entre la voluntad

dispositiva y la particional, pues ambas son testamentarias, y lo que procede es averiguar la voluntad real del testador a través de interpretación sistemática del testamento, ya que dicha voluntad no puede ser más que una, mientras que si la partición se ha hecho en acto *inter vivos*, y disposición y partición están en documentos diferentes, admitir sin más la prevalencia de la partición cuando no perjudica las legítimas, siguiendo al art 1056 CC, equivale en el fondo a admitir una nueva forma de testar, lo que es contrario al carácter esencialmente formal del testamento.

En todo caso, la generalidad de la doctrina entiende que en principio la partición hecha por el testador debe prevalecer sobre la institución testamentaria.

Para ello se atiende a lo dispuesto en el art. 1.075 del CC, de manera que la partición del testador no podrá ser impugnada por lesión, considerando como "lesión" la adjudicación en la partición de bienes con valor inferior al de la cuota dejada en la institución, siempre salvo que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador o resulten afectadas las legítimas.

Desde luego debe ser así si el propio testador indica en el testamento que en caso de discordancia entre institución y partición debe prevalecer ésta.

Y esto supone que, salvas las legítimas, el señalamiento por el testador de los bienes concretos que han de integrar una cuota abstracta deja sin significación la cuota misma, como si su régimen equivaliese al de la institución en cosa cierta, salvo que claramente sea otra su voluntad[99].

También se alega que las disposiciones particulares deben prevalecer sobre las generales, y que si la partición es posterior al testamento expresa la voluntad última del testador y por tanto debe imponerse[100], sobre todo si respeta las solemnidades testamentarias y se hizo de buena fe.

Las posiciones por tanto no son tan distantes, y todo dependerá de la interpretación que se realice de la voluntad del testador.

De manera que la partición no prevalecerá sobre la institución testamentaria si las diferencias son esenciales, pues en tal caso no está amparada por un testamento, y ya hemos visto que la existencia de un testamento que la apoye es esencial.

Tampoco prevalecerá la partición si se hizo por acto *inter vivos* posterior al testamento, pues no puede revocar este ya que no cumple las solemnidades necesarias para testar.

Pero por lo demás la partición testamentaria deberá prevalecer sobre la institución del testamento, por responder a la verdadera voluntad del testador sobre el destino concreto de sus bienes, siempre que no perjudique las legítimas de los herederos forzosos, y a menos que resulte claramente ser su voluntad que, de apreciarse discrepancias con la institución hereditaria, tales discrepancias sean motivo de rescisión y no deban respetarse.

Pone de relieve De la Cámara[101] que esto supone que los herederos han de pasar por la partición del testador, y asimismo por la valoración que éste haya hecho de sus bienes, en cuanto considera que los que adjudica a cada coheredero cubren el valor de su cuota testamentaria, y ello aunque una estimación objetiva de dichos bienes lleve a una solución distinta, con tres excepciones:

— Que su apreciación subjetiva del valor de los bienes comporte lesión para la legítima, en cuyo caso debe prevalecer una valoración objetiva del caudal hereditario

— Que el testamento autorice a los herederos a reclamar contra la partición si consideran que hay lesión

— Que pueda presumirse que el testador, de haber advertido que sus valoraciones subjetivas de los bienes podían determinar la existencia objetiva de una lesión, hubiera permitido la rescisión, por constar clara su voluntad de que cada coheredero perciba una cuota del patrimonio y que las valoraciones desviadas obedecen a un error.

También Díaz Soto[102] distingue entre los meros desajustes derivados de la valoración subjetiva que haya realizado el testador de sus bienes a la hora de distribuirlos y las verdaderas discrepancias que puedan suponer una modificación o incluso revocación de la voluntad testamentaria. En el primer caso deberá prevalecer la partición, a la vista del régimen establecido para la partición del testador en materia de saneamiento y rescisión por lesión, siempre sin perjuicio de las legítimas, o de que se demuestre que su verdadera voluntad fue otra, y teniendo en cuenta que si la partición no ha sido total podrán corregirse los posibles desajustes mediante la distribución de los bienes que no hayan sido adjudicados, mientras que en el caso de una verdadera discrepancia habrá que distinguir ente la partición extratestamentaria, que no podrá ser eficaz si no se adapta al testamento, y la partición testamentaria, en la que habrá de atenderse a la interpretación de la voluntad testamentaria, sobre todo si el testamento que contiene la partición es posterior y puede suponer una revocación del anterior.

En todo caso, un extraordinario desequilibrio entre institución testamentaria y atribución particional puede ser expresivo sin duda de algún vicio en la voluntad del testador, por ejemplo el error.

Y si las discordancias entre partición e institución testamentaria son esenciales (por ejemplo por partirse entre personas distintas de las instituidas), la partición será impugnable, no ya por causa de lesión, sino por no estar amparada en un testamento que la apoye y cuya existencia es esencial.

En definitiva, como en tantas ocasiones, la voluntad del testador será lo decisivo para resolver estas cuestiones.

En lo que se refiere a las legislaciones autonómicas, tanto en Cataluña[103] como en Aragón[104] y Navarra[105] se contempla de manera expresa esta problemáti-

ca y se resuelve de la misma manera, partiendo de la distinción entre dos supuestos, el de partición realizada en el mismo acto que la institución de herederos o la realizada en acto separado; en el primer caso prevalecerá la partición en caso de contradicciones con las cláusulas dispositivas, pero en el segundo prevalecerán las cláusulas dispositivas, a no ser que conste su revocación por el acto de partición si es posible en función de la forma que este adopte.

En la legislación gallega[106] en cambio solo se establece que prevalecerá la partición realizada en documento no testamentario en materia de valoración de los bienes, por lo que no se resuelve con carácter general esta discusión si el problema no es de valoración o la partición se realizó en testamento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M. *Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en el ADC, 1948 (T. I Fasc. 3), págs. 922 a 980.

Albiez Dohrmann, KJ, *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs ed, Barcelona, 1998

Albiez Dohrmann, KJ, *Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte*, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos* (Garrido Melero y Fugardo Estivill coords.), Bosch, Barcelona, 2015, Tomo II págs. 581 a 637.

Alventosa del Río, J. *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Barba, V. *Institución de heredero en cosa cierta. Interpretación del testamento, determinación de la cuota hereditaria y partición de la herencia*, en la RDC, enero-marzo 2019, págs. 5 a 27.

Bellod Fernández de Palencia, M. E. *La partición efectuada por el causante (régimen del Código Civil y aragonés, con breve referencia a otros derechos forales)*, Reus, Madrid, 2018.

Brancos i Núñez, E. *La sucesión contractual en el Código Civil español y en la legislación autonómica*, en VVAA *Instituciones de Derecho Privado Tomo V Sucesiones*, (Garrido de Palma dir. y Garrido Melero coord.), Vol. 3, págs. 537 a 645, Civitas-Thomson Reuters, 2018.

De la Cámara Álvarez, M. "Comentario al artículo 891", en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Tomo I, págs. 2172 a 2176.

De la Cámara Álvarez, M. "Comentario al artículo 1056", en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Tomo I, págs. 2474 a 2482.

De la Cámara Álvarez, M. "Comentario al artículo 1068", en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Tomo I, págs. 2507 a 2509.

De la Cámara Álvarez, M. "Comentario a los artículos 1069 a 1072", en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Tomo I, págs. 2509 a 2515.

De la Cámara Álvarez, M. "Comentario a los artículos 1073 a 1078", en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Tomo I, págs. 2515 a 2526.

Cano Martínez de Velasco, I. *La prohibición de los contratos sucesorios*, Bosch, Barcelona, 2004. https://2019-vlex-com.ezproxy.uned.es/#WW/vid/208007

Carballo Fidalgo, M. *Comentario al artículo 1056 CC*, en *Código Civil comentado*, Civitas, enero 2016. Accesible en https://insignis-aranzadidigital-es.bibliotecauned.idm.oclc.org/maf/app/document?srguid=i0ad6adc50000018559b1bc0df20ba6f5&marginal=BIB\2011\6122&docguid=I3180da502c4111e1972d010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=

Cases Bergón, E. *Los problemas prácticos habituales en las "operaciones particionales*", en VVAA *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana dirs. Monje Balmaseda coord.), Tomos I y II, Dykinson, Madrid, 2014, págs. 1283 a1300.

Clemente Meoro, M. *La partición por el testador*, en VVAA *Derecho de Sucesiones* (Capilla, López, Roca, Valpuesta, Montés coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 625 y ss.

Costas Rodal, L. *Rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte*, en la Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 7/2015, accesible en http://aranzadi.aranzadidigital.es.ezproxy.uned.es/maf/app/document?docguid=Ia889b8b0365b11e5a8d1010000000000&srguid=i0ad6adc50000017136e3ca49366f5f3e&src=withinResuts&spos=16&epos=16&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=

Delgado de Miguel, J.F. (coord.) *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo V "Sucesiones*"*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

Díez Picazo, L. y Gullón, L. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 2006.

Díez Soto, C. *La partición realizada por el propio testador en el Código Civil*, en *Estudios jurídicos en homenaje a V.L. Montés Penadés*, Blasco Gagó (coord.), Tirant lo Blanch, 2011, Tomo I, págs. 879 a 896.

Domínguez Luelmo, A. *La disposición testamentaria de bienes gananciales (régimen jurídico)*, en el ADC, 1990, págs. 793 a 849.

Durán Rivacoba, R. *La donación de bienes futuros*, en VVAA *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (Egusquiza Balmaseda y Pérez de Ontiveros Baquero dirs.), Aranzadi, Madrid, 2017, págs. 981 a 997.

Espejo Lerdo de Tejada, M. *Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador. Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999*, en el ADC, LIII-1, enero 2000, págs. 269-295.

Espejo Lerdo de Tejada, M, *La partición realizada por los propios coherederos y la voluntad del causante*, en *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI: cuestiones actuales y soluciones de futuro* (Aguilar Ruiz, Arjona Guajardo-Fajardo, y Cerdeira Bravo de Mansilla, coords.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, págs. 127 a 137.

Espejo Lerdo de Tejada, M.: *La sucesión contractual en el Código Civil*. Edit. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1999.

Espejo Lerdo de Tejada, M., *La partición convencional*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

Espejo Ruiz, M. *Cuestiones controvertidas sobre la adjudicación de bienes entre los coherederos*, Revista Aranzadi doctrinal 11/2018, accesible en http://aranzadi.

aranzadidigital.es.ezproxy.uned.es/maf/app/document?docguid=Ib826caa0eec811e8a184010000000000&srguid=i0ad6adc50000017136e3ca49366f5f3e&src=withinResuts&spos=7&epos=7&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=

Fajardo Fernández, J. *Partición conjunta de herencia del cónyuge premuerto y sociedad conyugal realizada por contador-partidor testamentario nombrado por el cónyuge viudo*, en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 109/2019, accesible en http://aranzadi.aranzadidigital.es.ezproxy.uned.es/maf/app/document?docguid=I19c684b0357f11e9b433010000000000&srguid=i0ad6adc50000017279d0ad78f3979b62&src=withinResuts&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#

Gallego Domínguez, I. *La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*, en VVAA *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana dirs. Monje Balmaseda coord.), Dykinson, Madrid, 2014, págs. 1223 a1251.

García Alemany, E. *La sucesión mortis causa en la empresa familiar*, en los Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. extraord, 2016, págs. 631-731.

García Medina. J. *Panorama de la sucesión contractual «mortis causa», en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales* núm. 13/2003, Aranzadi, accesible en https://insignis-aranzadidigital-es.bibliotecauned.idm.oclc.org/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a000001848c350df197fbbb36&marginal=BIB\2003\1293&docguid=I1e108980c74611db8f5d010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=#

Gomá Salcedo, JE. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Tomo III Vol 2: "Sucesiones hereditarias", Bosch, Barcelona, ediciones de 2007 y 2010.

González Enríquez, M. *Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto inter vivos*, en la RDP, 1954, núm. 447 (junio), págs. 494 a 538.

Guilarte Zapatero, V. *Algunas consideraciones sobre la partición adicional del art 1079 del Código Civil*, en el ADC 1966, págs. 55 a 79.

Lacruz Berdejo, JL. Y Sancho Rebullida, F, *Elementos de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1988.

Lasarte Álvarez, C. *Principios de Derecho Civil. Sucesiones*, Tomo VII, Marcial Pons, Madrid, 2022.

Lledó-Ferrer-Torres (dirs.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Dykinson, Madrid, 2014.

Manzano Fernández, MM. "*Donaciones matrimoniales de bienes futuros*", en *Autonomía e heteronomia no Direito de Familia e no Direito das Sucessoes* (Mota, H. y Guimaraes, R. Coords.), 2016, págs. 299 a 312.

Martín Lázaro, R. *La partición de la herencia hecha por actos "inter vivos"*, en la *RGLJ*, 1944, págs. 213 a 238.

Martínez Espín, P. *Comentario al art 1056*, en Comentarios al Código Civil (Bercovitz Rodríguez-Cano, R. dir), Aranzadi, Madrid, 2021, págs. 1341 y ss.

Martínez Velencoso, LM., *La partición de la herencia. Un estudio jurisprudencial*, en el ADC, tomo LXXII-IV, 2019, págs. 1247 a 1329.

Más Badía, Mº D. *La disposición mortis causa de bienes gananciales*, en VVAA *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana dirs. Monje Balmaseda coord.), Tomos I y II, Dykinson, Madrid, 2014, págs. 323 a 360.

Mesa Marrero, C. *Pactos con trascendencia sucesoria en la sociedad civil*, ADC núm. LXVII-III, 2014, págs. 895-929.

Millán Salas, F. *La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil*, en AC, nº 45/46, diciembre 2006.

Moretón Sanz, Mª F. *Autonomía de la voluntad testamentaria: la dispensa de colación como declaración unilateral y revocable en disposiciones testamentarias*, en la RCDI, nº 781 (septiembre, 2020), págs. 3113 a 3157.

De los Mozos, J.L. *La partición de herencia por el propio testador*, RDN, enero-marzo 1960, págs. 99 a 234.

Orduña Moreno, FJ. *La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador; arts. 1056 y 1070 núm. 1 del Código Civil (un nuevo enfoque de su problemática desde la perspectiva de nuestros antecedentes históricos)*, en el ADC, 1989, págs. 469 a 579.

Pous de la Flor, Mª P. *Partición de la herencia (teoría y práctica)*, en Colección de Derecho Civil, Juruá eds., Lisboa, 2016.

Pous de la Flor, Mª P. *La acción de división de la herencia y el procedimiento previo de la liquidación del régimen económico de gananciales. Nulidad, rescisión y modificación de la partición*, en VVAA *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana dirs. Monje Balmaseda coord.), Dykinson, Madrid, 2014, págs. 1253 a 1282.

Pous de la Flor, Mª P. y Moretón Sanz, MF, *Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial*, en la RCDI, nº 743, 2014, págs. 1418 y ss.

Riera Álvarez, JA. *Partición de la herencia*, en *Instituciones de Derecho Privado Tomo V Sucesiones,* (Garrido de Palma dir. y Garrido Melero coord.), Vol. 5º págs. 561 a 822. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2019.

Rivas Martínez, J.J. *Derecho de Sucesiones, común y foral*, Vol. II, Dykinson, Madrid, 1987.

Rivas Martínez, J.J. *Derechos de Sucesiones Común (estudios sistemático y jurisprudencial)*, 3 tomos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Rodríguez Adrados, A. "La partición hecha por el testador", en la Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1970, págs. 209 a 231.

Rodríguez-Arias Bustamante, L. *Efectos de la partición inter vivos que regula el artículo 1056 del Código civil,* RGLJ, 1952, 2, págs. 307 a 347.

Romero Coloma, A.A. *Problemática de la partición por causante*, en la RCDI nº 737, 2013, págs. 1569 a 1582.

Rubio Garrido, T. *La partición por el testador: algunos aspectos problemáticos, al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008*, en Revista Aranzadi Doctrinal num. 8/2009.

accesible en http://aranzadi.aranzadidigital.es.ezproxy.uned.es/maf/app/document?docguid=Ib575fa30bea611de83dc010000000000&srguid=i0ad6adc50000017136e3ca49366f5f3e&src=withinResuts&spos=39&epos=39&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=

Tofiño Padrino, A. *Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria: su efecto determinativo o especificativo según la jurisprudencia del TS*, en la RCDI, nº 763, 2017, págs. 2661 a 2679.

Vallet de Goytisolo, J. "Comentario a los arts. 1068 y ss.", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, (Albaladejo dir.)Tomo XIV vol 2º, arts. 1035 y ss., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989. Accesible en https://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/489

Vallet de Goytisolo, J. *El principio de favor partitionis*, en el ADC, 1990, nº 43, págs. 5 a 24.

Verdera Server, R. Algunas preguntas (y pocas respuestas) en torno a las donaciones por razón del matrimonio, en VVAA *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (Egusquiza Balmaseda y Pérez de Ontiveros Baquero dirs.), Aranzadi, Madrid, 2017, págs. 857 a 880.

VVAA *Derecho de Sucesiones* (Capilla, López, Roca, Valpuesta, Montés coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

VVAA *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García* (Domínguez Luelmo y García Rubio dirs., Herrero Oviedo coord.), La Ley, Madrid, 2014.

VVAA *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana dirs. Monje Balmaseda coord.), Tomos I y II, Dykinson, Madrid, 2014.

VVAA *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (Egusquiza Balmaseda y Pérez de Ontiveros Baquero dirs.), Aranzadi, Madrid, 2017.

VVAA *Instituciones de Derecho Privado Tomo V Sucesiones,* 5 volúmenes, (Garrido de Palma dir. y Garrido Melero coord.), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2018-2019.

NOTAS

[1] González Enríquez, M. *Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto inter vivos*, en la RDP, 1954, núm. 447 (junio), pág. 494: en realidad con esta partición no se trata de eliminar una situación previa de comunidad, sino que el heredero sucede directamente en elementos concretos y determinados del patrimonio del causante, nos obliga a distinguir claramente entre la institución o disposición y la partición o adjudicación, y hay consenso generalizado en que los pactos sucesorios están prohibidos.

[2] Alventosa del Río, J. *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. *Manual de Derecho Civil. Sucesiones, Bercal, 2021.* Blasco Gagó, FP, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 2022. De la Cámara Álvarez, M. "Comentario a los artículos 1056 y ss.", en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990. Delgado de Miguel, J.F. (coord.) *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo V "Sucesiones*"*, Thomson Civitas, Madrid, 2004. Díez Picazo, L. y Gullón, L. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 2006. Garrido de Palma (dir) y Garrido Melero (coord.) *Instituciones de Derecho Privado Tomo V Sucesiones*, Aranzadi, 2019. Gomá Salcedo, JE. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Tomo III Vol 2: "Sucesiones hereditarias", Bosch, Barcelona, 2010. Lacruz Berdejo, JL. Y Sancho Rebullida, F, *Elementos de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1988. Lasarte Álvarez, C. *Principios de Derecho Civil. Sucesiones*, Tomo VII, Marcial Pons, Madrid, 2022. Llamas Pombo (dir) y Domínguez Luelmo (coord), *Manual de Derecho Civil vol 6 Derecho de Sucesiones*, La Ley, 2021. De los Mozos, J.L. *La partición de herencia por el propio testador*, RDN, enero-marzo 1960, págs. 99 a 234. Sanchez Calero, FJ, *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 2022. Rivas Martínez, J. *Derecho de Sucesiones, común y foral*, Vol. II, Dykinson, Madrid, 1987, y *Derechos de Sucesiones Común*, 3 tomos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Vallet de Goytisolo, J. "Comentario a los arts. 1068 y ss.", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, (Albaladejo dir.)Tomo XIV vol 2º, arts. 1035 y ss., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989. Accesible en https://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/489

[3] Véase la interesante exposición que realiza De los Mozos, J.L. *La partición de herencia… cit.,* págs. 99 y ss., sobre los precedentes de esta figura, y los elementos romanos, germánicos, y franceses, que se pueden observar en ella, así como de sus orígenes en derecho español, las antiguas figuras del *testamentum parentis inter liberos* y la *divisio parentis inter liberos*. Véase también sobre los orígenes de esta figura Rodríguez-Arias Bustamante, L. *Efectos de la partición inter vivos que regula el artículo 1056 del Código civil,* RGLJ, 1952, 2, págs. 307 a 347.

[4] Además del ahorro que supone si no existen bienes inmuebles y consigue evitar la escritura pública de partición de herencia, con sus gastos notariales y los tributos conexos al instrumento público de partición: Rubio Garrido, T. *La partición por el testador: algunos aspectos problemáticos, al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008*, en Revista Aranzadi Doctrinal num. 8/2009 accesible en Aranzadi digital.

[5] A propósito del principio de *favor partitionis*, y de sus posibles aplicaciones prácticas o "concretizaciones", como él las llama, (lesión, omisión de bienes, preterición de algún heredero…) véase Vallet de Goytisolo, J. *El principio de favor partitionis*, en el ADC, 1990, nº 43, págs. 5 a 24. Véase también el interesante estudio realizado por Guilarte Zapatero, V. *Algunas consideraciones sobre la partición adicional del art 1079 del Código Civil*, en el ADC 1966, págs. 55 a 79: (en el art 1079 CC) estamos ante una forma de mantener la partición realizada, no de impugnarla.

[6] Véase por todas la STS 1014/2008 de 4 noviembre: "*No es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante. Cabe una partición adicional de los no comprendidos en ella, ya que al tiempo de hacer testamento el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión. ...* ". Esta sentencia ha sido comentada por Rubio Garrido, T. *La partición por el testador: algunos aspectos problemáticos*… cit., quien señala que la doctrina jurisprudencial de que es causa de nulidad de una partición la omisión en ella de bienes sustanciosos sólo se aplica a supuestos de omisión deliberada y de bienes de cierta entidad, y que en realidad la causa de la nulidad no sería la preterición, sino el dolo (o al menos negligencia inexcusable) con que se llevó a cabo dicha partición, o bien la ilicitud de la causa de la misma (así lo sugieren en su opinión las SSTS 947/2005, de 12 de diciembre, o 1093/2006, de 7 de noviembre). Esta Sentencia también ha sido comentada por Romero Coloma, A.A. *Problemática de la partición por causante*, en la RCDI nº 737, 2013, págs. 1569 a 1582. Acerca de la cuestión sobre si este precepto debe ser aplicado también en caso, no de omisión de un bien, sino de infravaloración de alguno de ellos y "omisión de un valor", o en caso de no aplicación de la colación de una donación anterior, existe jurisprudencia muy variada, que relaciona el supuesto con la rescisión por lesión.

[7] Desde luego cabe la posibilidad de que la enajenación realizada ponga de relieve un cambio sustancial en la voluntad del testador, que determine la ineficacia de la partición realizada (aunque también puede suponer una modificación de un testamento sin utilizar la forma testamentaria); serán las circunstancias de cada caso las que nos lo indiquen.

[8] Arts. 567 y ss del Texto Refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo).

[9] Acerca del derecho de acrecer entre coherederos véase Millán Salas, F. *Derecho de acrecer entre coherederos*…en la RGLJ, 2019, nº 3, págs. 403 a 437.

[10] A modo de ejemplo véase la STS 8 de marzo de 1989: "*no es ontológica, ni jurídicamente, posible pedir el complemento de legítima, conforme al artículo 815 del Código Civil sin antes conocer el montante del «quantum» o valor pecuniario que, por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento o fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del citado Código, lo que presupone la práctica de las pertinentes operaciones particionales*".

[11] Ese carácter vinculante de las meras instrucciones se hace derivar del tenor literal de la LEC, cuyo art. 786.2 (De la división judicial de patrimonios) establece que, si el testador hubiese establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, (el contador judicial) se atendrá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos (y en el mismo sentido se pronunciaba el art. 1046 de la LEC de 1881).

[12] Lora-Tamayo Rodríguez, I., *Casos prácticos Derecho de Sucesiones (adaptados al programa de Notarías y Registros*), Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2021, págs. 305 y ss.: la esencia de la partición del testador es la voluntad de evitar la comunidad hereditaria y los problemas que pueda generar por falta de acuerdos entre los coherederos, y, por ello, si existe perfecta identificación y atribución de los bienes no debe exigirse nada más para considerarla existente, lo contrario sería ir contra la voluntad del testador (no tiene por qué referirse a todos los bienes pues la partición puede ser parcial, ni debe exigirse la existencia de un inventario de los bienes pues el inventario que importa es el que se haga al momento del fallecimiento, si el testador ordena que valga la partición aunque el valor de lo atribuido a cada heredero no coinci-

da exactamente con el asignado tampoco es necesaria la existencia del avalúo, y, en cuanto a las deudas, las que interesan son las existentes al momento del fallecimiento, no al otorgarse el testamento, y la posición de los herederos frente a ellas está perfectamente determinada en el CC).

[13] A veces deciden en función de que la disposición del testador contenga o no todas las operaciones particionales —inventario, avalúo, computación, liquidación, formación de lotes y adjudicación— como en la STS 805/1998, de 7 de septiembre, otras admiten la validez de esta partición aun faltando tales operaciones, sin perjuicio de las operaciones complementarias posteriores —como la STS de 21 de julio de 1986—, otras veces atienden al hecho de que comprenda o no la totalidad de los bienes, o al hecho de que el testador haya nombrado a la vez contador-partidor para realizar la partición (lo que parece un signo claro de que el testamento no contiene una auténtica partición testamentaria, véanse las STS de 8 de marzo de 1989 o 395/2009, de 22 de mayo).

[14] Rodríguez Adrados, A. *La partición hecha por el testador*, en la Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1970, pág. 230.

[15] Rodríguez Adrados, A. *La partición hecha por el testador*, cit., pág. 210: precisamente uno de los primeros problemas teóricos que plantea esta partición es el de determinar si es efectivamente una verdadera partición, pues a primera vista una partición exige la existencia de una situación previa de indivisión o de comunidad entre los coherederos, y cuando el testador hace su partición no existe esa comunidad previa, y desde su fallecimiento los bienes van directamente a cada heredero. En cambio, señala Rodríguez-Arias Bustamente (*Efectos de la partición inter vivos… cit.,* pág. 318), citando a otros autores, que es cierto que cuando se hace esta partición no existe comunidad, porque todos los bienes pertenecen a una sola persona, pero sí existe indivisión respecto de quienes han de suceder al causante.

[16] STS de 21 de julio de 1986: ni el testamento ni la declaración de herederos abintestato son por sí solos títulos suficientes para reivindicar bienes concretos y determinados, y ello porque tales títulos sólo confieren un derecho abstracto sobre el patrimonio relicto que permanece en indivisión, pero una vez practicada la partición aquel derecho abstracto se transforma en un derecho concreto sobre los bienes que a cada heredero se le hayan adjudicado, ostentando a partir de dicha adjudicación una titularidad ordinaria, como la que puede corresponderle sobre bienes integrados en su patrimonio por cualquier otro título adquisitivo… propiedad exclusiva que faculta para el ejercicio de cualquiera acción reivindicatoria. En la misma línea la STS 977/1992, de 5 noviembre, para un caso de ejercicio de tercería de dominio por parte de los sucesores: para que pueda prosperar la tercería de dominio se exigen los mismos requisitos que para el éxito de la acción reivindicatoria, y en el momento en que se trabó el embargo del piso de autos tan sólo existía en favor de los hoy terceristas el testamento de su difunta madre que, como hemos visto, no comportaba la transmisión a los mismos del dominio del piso, dominio que sólo se les trasmitió cuando, años después de trabado el embargo, se procedió a otorgar la escritura de partición hereditaria, por lo que, al no ostentar título suficiente los terceristas sobre el bien objeto de reivindicación en el momento de su embargo, no puede accederse a la tercería de dominio por ellos interpuesta.

[17] De la Cámara Álvarez, M. "Comentario al artículo 1068", cit., págs. 2508 y ss.

[18] Solo procede recordar ahora que nuestro Código Civil no resuelve claramente la cuestión, y así como a la vista del art 1068 puede defenderse la tesis traslativa (y por ello habría dos títulos traslativos distintos aunque relacionados, el del causante hacia los coherederos —testamento o declaración de herederos abintestato— y el de los coherederos entre sí —partición—), el art 399 parece pronunciarse por el efecto meramente declarativo de la partición (borra por tanto la comunidad hereditaria con carácter retroactivo). Por su parte la jurisprudenn-

cia ha respondido con vacilaciones, en atención a las circunstancias propias de cada supuesto que resuelve, aunque en los pronunciamientos más recientes parece imperar la tesis del efecto traslativo o sustitutivo (la partición sustituye un derecho hereditario en abstracto por un derecho en concreto), dado que el CC consagra para esta figura el saneamiento por evicción y este saneamiento solo debe existir si hay transmisión, pero no en caso contrario. No hay por tanto una solución general y abstracta para esta pregunta sobre la naturaleza de la partición, y los Tribunales van decidiendo en cada caso a la vista de las circunstancias de cada supuesto y de lo que se solicita en cada uno. Véase la interesante exposición que realiza Tofiño Padrino, A. *Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria: su efecto determinativo o especificativo según la jurisprudencia del TS*, en la RCDI, nº 763, 2017, págs. 2663 y ss. acerca del origen histórico de esta controversia (la consideración romana como acto de transmisión para priorizar la protección de los acreedores del coheredero singular, y la francesa de 1804 como acto de determinación para seguridad del resto de copartícipes), y de las distintas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales, destacando las diferencias entre partición de la herencia y división de la cosa común, pero sobre todo hay que resaltar la conclusión de este autor: a la partición no es consustancial o inherente ningún efecto más allá de poner fin a la situación de indivisión, por ello la naturaleza jurídica de la partición es un concepto vacío, cuyo contenido se determina por los Tribunales en cada momento según la necesidad concurrente. Véase a modo de ejemplo la exposición de Riera Álvarez, JA *Partición de la herencia*, en *Instituciones de Derecho Privado Tomo V Sucesiones,* (Garrido de Palma dir. y Garrido Melero coord.), Vol. 5º págs. 590 y ss. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2019.

[19] Realiza un interesante estudio Mesa Marrero, C. *Pactos con trascendencia sucesoria en la sociedad civil*, ADC núm. LXVII-III, 2014, págs. 895-929: la transcendencia sucesoria de este tipo de pactos es evidente, en cuanto se refieren al destino mortis causa de la posición del causante en una relación societaria; a continuación analiza esta autora el régimen de dos tipos de pactos en una sociedad civil, el pacto de continuación de la sociedad tras el fallecimiento de un socio con los socios que sobrevivan, y el de continuación con los herederos del socio fallecido, ambos permitidos en el art 1704 CC, considerando que en el primer caso no estamos ante un pacto sucesorio, pues se reconoce a los sucesores el derecho al contenido económico de la participación social de su causante (a menos que se pacte que los herederos no recibirán este contenido económico, lo que sí vulneraría la prohibición de donación de bienes futuros y de pactos sobre la herencia futura), y en el segundo caso tampoco, pues el pacto solo pretende evitar el fin de la sociedad por el fallecimiento de un socio, y el llamamiento al heredero se realiza a título sucesorio (salvo el pacto de continuación con designación nominal del sucesor, que sí plantea problemas porque el llamamiento al sucesor se realiza en virtud del acuerdo).

[20] Ferrer Vanrell, Mª P. *La problemática de los protocolos familiares en el ámbito sucesorio. La sucesión contractual como elemento de firmeza*, en VVAA *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana dirs. Monje Balmaseda coord.), Dykinson, Madrid, 2014, pág. 1495: podrían establecerse cláusulas penales para el caso de incumplimiento de lo acordado, pero la realidad es que si lo pactado se incumple no se puede reparar, pues no es posible exigir el otorgamiento de testamento, acto personalísimo, ni la designación en el mismo de un determinado sucesor, aparte de que tal testamento sigue siendo esencialmente revocable. Por este y otros problemas (como la imposibilidad de exigir el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales pactando la separación de bienes, o de renuncia o transacción sobre la legítima futura, la necesidad de respetar la legítima de los otros hijos y del cónyuge, aunque sea en metálico…) se pronuncia esta autora en favor de los pactos sucesorios en el ámbito de la empresa familiar.

[21] Serrano Chamorro, MªE. *Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar*, RCDI nº 747, enero 2015, págs. 95-148. El problema práctico que se plantea es el siguiente: ¿Puede el protocolo familiar obligar a los socios a otorgar testamento en un sentido determinado en lo referente a la titularidad de las acciones o participaciones de la empresa familiar? ¿o a hacer la partición en un determinado sentido, añadimos? Se trata de una cuestión de gran importancia, ya que es muy frecuente que los protocolos familiares contengan previsiones acerca de la determinación de sucesores de los socios en la titularidad de la empresa por la vía de establecer criterios excluyentes, especialmente la prohibición de disponer en favor de personas ajenas a la familia o cuya relación de parentesco exceda de cierto grado, y también se dan pactos sobre disposiciones testamentarias que establecen el pago en metálico de legítimas y su aplazamiento.

[22] A modo de ejemplo véase la STS de 14 junio 1963: los herederos voluntarios están obligados a acatar y respetar la partición hecha por la testadora.

[23] STS 36/1994 de 4 febrero: "*...La escritura de manifestación de herencia discutida resulta expresivamente contradictoria con el testamento, y la modificación que se operó, sin convenio expreso alguno entre los sucesores testamentarios, determina una situación de error sustancial inexcusable y no contractual que desajusta y desvía claramente su voluntad testamentaria, ..., afectando al documento público situación de ineficacia en este particular, pues contradice frontalmente la norma imperativa que contiene el artículo 1056 del Código Civil —«se pasará por ella»—, con sujeción a los efectos del artículo 6.3, sin que quepa su subsunción por el transcurso del tiempo*".

[24] La validez de esta cláusula estaba expresamente admitida en la LEC de 1881, en concreto en los arts. 1039, 1044 y 1045, que exigían para que dicha prohibición surtiera efectos que el testador hubiera nombrado una o más personas con el carácter de albaceas, contadores o cualquier otro, facultándolas para practicar extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaría. Hoy, en la LEC de 2000 solo existe una referencia en el art 792.1.2, que permite a cualquier coheredero o legatario de parte alícuota solicitar la intervención judicial de la herencia "*salvo que la intervención hubiera sido expresamente prohibida por disposición testamentaria*". Ante la falta de más referencia a este supuesto es doctrina generalizada que debe mantenerse el mismo criterio anterior, de manera que la prohibición testamentaria de intervención judicial en la partición será posible, pero supeditada a que el testador haya realizado él mismo la partición (o haya nombrado a un contador partidor para llevarla a efecto y no haya transcurrido todavía el tiempo necesario para realizarla) (STS 827/1994 de 20 septiembre o SAP de Salamanca 46/2015 de 11 febrero).

[25] STS 254/2014, de 3 de septiembre (para un supuesto de cautela *socini* y prohibición de intervención judicial): "…*En efecto, desde la validez conceptual de la figura (cautela socini) se debe indicar que solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición (de intervención judicial) (y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria). Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades propiamente dichas del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción*". En el mismo sentido la STS 838/2013, de 10 de junio, o la SAP de

Segovia 327/2016 de 29 julio. La prohibición de intervención judicial tampoco obsta al derecho de los herederos a pedir la división de bienes que les hayan sido adjudicados en común ex art 400 CC (STS 13 diciembre 1986).

[26] Sobre esta naturaleza contractual véase Espejo Lerdo de Tejada, M., *La partición convencional*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019, págs. 179 y ss. Y también las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1987, 9 de marzo de 1961, 9 de abril de 1990, 108/2014 de 19 febrero, 232/2008 de 18 marzo, o 556/1997 de 19 junio.

[27] Acerca del carácter subsidiario de la partición de los coherederos con respecto a la del testador (o el contador-partidor por él nombrado) véase por todos Lasarte Álvarez, *Derecho de Sucesiones* cit., pág. 318.

[28] Véase la STS 7 de noviembre de 1935: *Que es doctrina constante de este Tribunal Supremo que para reclamar bienes hereditarios no es suficiente atenerse a la rígida y absoluta voluntad del testador, pues si bien los herederos deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos, pueden, sin embargo, de común acuerdo prescindir de sus disposiciones y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas interesadas que puedan válidamente atacarla…. la voluntad del testador, si bien obliga a los herederos, no les impide formalizar y suscribir con plena trascendencia jurídica los convenios que estimen convenientes a los efectos de la partición y adjudicación de los bienes hereditarios; …el convenio particional consentido y autorizado por los recurrentes…les impide obtener, sin contradecir sus propios actos, el reconocimiento de un estado de derecho que anule y desvirtúe el que ellos, libre y conscientemente crearon*.

[29] STS 6 de marzo de 1945, STS 556/1997 de 19 junio, STS 232/2008 de 18 marzo…

[30] Por ejemplo Rivas Martínez (*Derecho de Sucesiones* cit., edición 2020, Tomo III, pág. 2958 y ss.), afirma que se puede discutir si los coherederos pueden o no prescindir de la figura del contador-partidor nombrado por el testador y efectuar la partición ellos mismos, pero, una vez hecha por el contador, los coherederos pueden alterarla, o repartir los bienes de otro modo, si bien entonces no están realizando una partición, que ya estaba consumada, sino un contrato posterior por el cual modifican sus resultados (y este criterio parece aplicable igualmente al caso de la partición del testador). También Díez Soto (Díez Soto, C. *La partición realizada por el propio testador en el Código Civil*, en *Estudios jurídicos en homenaje a V.L. Montés Penadés*, Blasco Gagó (coord.), Tirant lo Blanch, 2011, Tomo I, págs. 893 y ss.) se pronuncia por esta opción, aunque nos recuerda que alguna jurisprudencia sí se ha mostrado proclive a admitir que los herederos se aparten de las normas particionales del testador sobre la base del art 1058 CC.

[31] Recordemos que si algún coheredero es menor de edad la partición acordada por los titulares de su patria potestad no necesita aprobación judicial posterior, pero si con ocasión de dicha partición convencional, o fuera de la misma, dichos titulares acuerdan actos de disposición de los bienes, sí pueden necesitarla, ex arts. 166 y 1810 CC. Tratándose de menores sometidos a tutela, de personas sujetas a curatela representativa, o en general de personas representadas por un defensor judicial, dicha aprobación judicial será siempre necesaria, ya se trate de una partición convencional propiamente dicha o de actos dispositivos relacionados con la distribución de los bienes (arts. 1060, 287, 224, 236 y 298 CC).

[32] Acerca de la posibilidad de los interesados de incluir en la partición convencional otro tipo de acuerdos véase Espejo Lerdo de Tejada, M., *La partición convencional*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019, págs. 35 y ss.: transmisión recíproca de otros bienes entre los coherederos, o en favor de extraños, renuncia a derechos concedidos, en general o en favor de determinadas personas, modificación de cuotas, reconocimiento de derechos hereditarios en favor de alguien

no citado por el testador, resolución de alguna controversia mediante una transacción, constitución de algún derecho real de carácter limitado, conmutación del usufructo vidual…. Por ello es imprescindible, sigue este autor, calificar de forma precisa todos los pactos contenidos en el acto o documento en que se haya formalizado la partición convencional, para determinar de forma correcta las reglas aplicables (por ejemplo en materia de capacidad).

[33] Véanse a modo de ejemplo las Consultas vinculantes V2000-10, de 13 de septiembre de 2010, 0569-03, de 24 de abril de 2003, o 2881-18, de 6 de noviembre de 2018.

[34] Recela de esta teoría Espejo Lerdo de Tejada, M., *La partición convencional*, cit., pág. 39: que puede haber un negocio jurídico diferente a la pura y simple partición cuando los coherederos se apartan de lo dispuesto por el testador está fuera de toda duda, pero que esto se afirme con carácter general no es acertado, pues la calificación de cada acto dependerá de las circunstancias del caso, y también es posible que una partición simplemente se sustituya por otra mediante una novación.

[35] "1. *Los herederos pueden hacer la partición de común acuerdo, del modo que crean conveniente, incluso prescindiendo de las disposiciones particionales establecidas por el causante. A tal efecto, si el causante no lo ha prohibido, pueden acordar por unanimidad considerar la atribución de prelegados como operación particional del causante y prescindir de la misma. 2. En el caso de que el causante haya designado contadores partidores, los herederos pueden acordar unánimemente hacer la partición prescindiendo de ellos, salvo que el causante haya dispuesto expresamente lo contrario*".

[36] Espejo Lerdo de Tejada, M, *La partición realizada por los propios coherederos y la voluntad del causante*, en *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI: cuestiones actuales y soluciones de futuro* (Aguilar Ruiz, Arjona Guajardo-Fajardo, y Cerdeira Bravo de Mansilla, coords.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pág. 127.

[37] Por todos De los Mozos, *La partición de la herencia*… cit. págs. 181 y ss. Afirma la STS de 6 de marzo de 1945, tantas veces citadas con posterioridad, después de exponer los antecedentes históricos y doctrinales de la distribución de los bienes hecha por el propio testador, que "*el Código español no siguió apenas en esta materia las huellas del patrón napoleónico… y así se observa, en primer término, que da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés, sin duda para facilitar el logro de las finalidades prácticas de aquélla, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (admitiendo que todo testador, tenga o no herederos forzosos, pueda hacer la partición de sus bienes, e incluso que pueda ejercitarse ese derecho, en algunos casos, por vía de delegación, según resulta del artículo 831), como en lo que se refiere al contenido (otorgando al testador una amplia libertad, no sólo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el artículo 1056 apartado 2º, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1061 y 1062, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte*)". A modo de ejemplo véanse Lasarte Álvarez, *Derecho de Sucesiones* cit., pág. 311, o Costas Rodal, L. *Rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte*, en la Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 7/2015, accesible en Aranzadi digital, que destaca que estas reglas confirman la vigencia del *favor partitionis*.

[38] Acerca de las características y problemática práctica de esta figura véase Vattier Fuenzalida, C., *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Reus, 2012.

[39] Cuando el objeto de una herencia es una empresa familiar se plantean cuestiones específicas durante la situación de la herencia yacente o la comunidad hereditaria, o en la liquidación del régimen de bienes del matrimonio del causante, sobre todo si era el de gananciales.

Véase García Alemany, E. *La sucesión mortis causa en la empresa familiar*, en los Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. extraord, 2016, págs. 631-731, autor que afronta estas cuestiones y otras más, como la responsabilidad por deudas durante la comunidad, la posible transformación de la empresa en una sociedad y el eventual contenido de los estatutos para mantener el carácter familiar, o la aplicación del art. 831 CC y la delegación en el cónyuge viudo de la facultad de distribuir la herencia (que este autor considera una excepción al mandato del art 670 CC); destaca en especial su estudio sobre la utilización por el testador de la facultad que le concede el art 1056.2 CC., la determinación de la posición jurídica del adjudicatario en tal caso, y las formas de pago de las legítimas y su protección.

[40] Ver por todas la SAP Madrid 498/2016 de 28 noviembre y todas las sentencias que cita: "*... En suma, la falta de equidad en la formación de los lotes únicamente puede considerarse como motivo de nulidad de la partición en los casos en que se pruebe que la desigualdad en la formación de aquéllos tiene suficiente relevancia para infringir el principio de igual distribución entre los herederos, y excede de los presupuestos que pueden dar lugar al ejercicio de las acciones de rescisión, adición o complemento de la partición previstas en el CC*".

[41] Espejo Ruiz, M. *Cuestiones controvertidas sobre la adjudicación de bienes entre los coherederos*, Revista Aranzadi doctrinal 11/2018, accesible en Aranzadi digital, o Riera Álvarez, JA. *Partición de la herencia*, en *Instituciones de Derecho Privado Tomo V Sucesiones,* (Garrido de Palma dir. y Garrido Melero coord.), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2019, Vol. 5º pág. 688. Por su parte Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho civil, tomo V, Derecho de sucesiones* cit., pág. 149, incluso llegan afirmar que la regla del art 1061 CC solo es exigible cuando la partición la realiza el contador-partidor, pues cuando la realiza el testador se pasará por ella en cuanto no perjudique a las legítimas, y cuando la realizan los coherederos éstos podrán partir la herencia de la forma que tengan por conveniente.

[42] A modo de ejemplo Costas Rodal, L. *Rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte*, en la Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 7/2015, accesible en Aranzadi digital: La obligación de saneamiento existe no sólo en la partición contractual, también en la partición realizada por contador-partidor, por árbitro o por el juez. La única excepción es la partición que realiza el propio testador (artículo 1070.1º CC)... y, no obstante, en algún supuesto también existe la obligación de sanear, como si resultan afectadas las legítimas o si aparece o racionalmente se presume haber querido el testador lo contrario (obsérvese la similitud que existe en ese aspecto con el régimen de la rescisión por lesión en el marco de la partición efectuada por el testador al amparo del artículo 1075 CC).

[43] Discute esta regla Orduña Moreno, FJ. *La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador; arts. 1056 y 1070 núm. 1 del Código Civil (un nuevo enfoque de su problemática desde la perspectiva de nuestros antecedentes históricos)*, en el ADC, 1989, págs. 469 a 579: tradicionalmente se ha sustentado esta regla en nuestro derecho histórico, pero tras una revisión correcta de los antecedentes este autor pone en tela de juicio la racionalidad de esta regla, y de hecho propone de *lege ferenda* la supresión de esta excepción en favor del testador.

[44] Vallet de Goytisolo, J. *El principio de favor partitionis*, cit. pág. 10: más que ante una aplicación del principio de *favor partitionis* estamos ante una aplicación del *favor voluntas testantis*, atribuyendo valor prevalente a la *asignatio* concreta efectuada frente a la *quota hereditatis* de la institución.

[45] Véase el interesante análisis, con abundantes referencias históricas, jurisprudenciales y doctrinales, que realiza Albaladejo García de esta norma (*Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en el ADC, 1948, T. I Fasc. 3, págs. 944 y ss. y 956 y ss.), insistiendo en que

el único límite para el testador son las legítimas, y conectando el último apartado del precepto (la partición hecha por el testador podrá ser impugnada en el caso de "que aparezca o racionalmente se presuma ser otra la voluntad del testador…") con el problema de la discordancia entre disposición y partición.

[46] Sobre el problema de la valoración de los bienes donados previamente y su influencia en la partición (cambios de valor, pérdida o enajenación de la cosa, donación indirecta de inmueble, donación de dinero…) véase Gallego Domínguez, I. *La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*, en VVAA *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana dirs. Monje Balmaseda coord.), Dykinson, Madrid, 2014, págs. 1223 a1251.

[47] Ver por todos De la Cámara Álvarez, M. "Comentario a los artículos 1073 a 1078", en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Tomo I, págs. 2515 a 2526.

[48] STS 115/2010, de 18 de marzo: Se ha discutido a nivel doctrinal si el testador que no respeta su institución de herederos haciendo una partición en la que los lotes no se corresponden con las partes atribuidas en el título de heredero efectúa una partición nula, que es lo que los recurrentes pretenden obtener en este supuesto. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1075 CC, la partición "hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso que perjudique la legítima de los herederos forzosos del testador o de que aparezca o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador". De aquí se deduce que la partición efectuada por el testador es inatacable por diferencias de valor, sean estas originarias o sobrevenidas, dado que, además, el art. 1056 CC que se considera infringido, establece que cuando el testador haga la partición, "se pasará por ella".

[49] Rivas Martínez, *Derecho de Sucesiones* cit. edición 2020, Tomo III, pág. 2907. De los Mozos, *La partición de la herencia*… cit. pág. 221.

[50] Ver por todos Díez Soto, C. *La partición realizada por el propio testador en el Código Civil*, en *Estudios jurídicos en homenaje a V.L. Montés Penadés*, Blasco Gagó (coord.), Tirant lo Blanch, 2011, Tomo I, págs. 893 y ss.

[51] Si asigna a un legitimario bienes por valor inferior al de su cuota legitimario el afectado podrá utilizar la acción de complemento, pero, si le asigna más, los demás herederos no podrán oponerse a menos que sus propias legítimas se vean afectadas.

[52] Es imprescindible la concurrencia del testador, aunque puedan intervenir sus herederos como luego veremos; si el pacto lo realizan únicamente los eventuales futuros herederos entre sí estaremos ante un pacto *de hereditate tertii*, sobre una herencia no abierta de un tercero, en el que personas que tienen una expectativa sucesoria la transmiten de forma onerosa o gratuita entre ellos o a un tercero, pacto que debería reconducirse para ser incluido como partición del testador a la hipótesis de convalidación posterior por el causante de un acuerdo particional entre sus herederos en el que inicialmente no hubiera intervenido.

[53] Por todos véase Lacruz y Sancho, op. cit, pág. 182. O bien Albaladejo García, M. *Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en el ADC, 1948 (T. I Fasc. 3), pág. 922 y ss. (para este autor otro criterio haría inútil el testamento, que sería prescindible, pues con la partición el causante podría dar a la herencia un sentido distinto al de la ley de la sucesión intestada). O bien De los Mozos, *La partición de la herencia*… cit. págs. 181 y ss.

[54] Incluso el art. 1.075 CC, que inicialmente se refiere al "difunto" al regular la rescisión por lesión, *in fine* sustituye ese término por el de testador.

[55] Expresamente afirma el art 270.1 de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia que "*La partición de la herencia puede realizarse por: 1) El propio "testador", en testamento*

u otro documento anterior o posterior a él". Por el contrario, tanto la Ley 10/2008, de 10 de julio, que contiene el Libro IV (Sucesiones) del Código Civil de Cataluña, como la Ley 1/1973, de 1 de marzo, modificada por la Ley 21/2019, de 4 de abril, que contiene el Fuero Nuevo de Navarra, solo hacen referencia a la partición realizada por el "causante" (art. 464.4 y Ley 338 respectivamente), seguramente porque admiten la sucesión contractual y las donaciones por causa de muerte, y por ello no sería lógico exigir que la partición la realice solo el testador. En la misma línea el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que contiene el Derecho Foral de Aragón, en su art 368 hace referencia al "disponente" cuando le permite realizar su partición, pues también permite los pactos sucesorios. Finalmente, nada dicen legislación civil del País Vasco ni la balear, pero al admitir los pactos sucesorios tampoco pueden exigir que la partición la realice solo el testador.

[56] Véase por todas la STS 6 de marzo de 1945.

[57] Rodríguez-Arias Bustamante (*Efectos de la partición inter vivos… cit.,* pág. 322): si el título de testador no es por sí solo suficiente para realizar la partición, siendo siempre necesario que concurra el de titular de los bienes o causante, no se encuentra la razón para querer limitar la institución a un molde tan restringido como el de ser testador, a no ser que coincidan en una misma persona los conceptos de testador, difunto y titular de los bienes. Por ello para este autor la capacidad necesaria para realizar la partición *inter vivos* no debe ser la necesaria para testar, sino la necesaria para disponer de los bienes, y cualquier titular de bienes con capacidad para ello puede realizar un acto de administración y disposición de los mismos.

[58] En contra Cano Martínez de Velasco, I. *La prohibición de los contratos sucesorios*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 1-48 (accesible en VLex), quien defiende la no necesidad de testamento para la validez de la partición del testador al considerar que quien no ha testado es como si hubiera testado abintestato, y que, por tanto, aun en caso de sucesión intestada no pierde la partición del causante su naturaleza distributiva de bienes para convertirse en acto dispositivo pero sin sus solemnidades, lo que sería muy peligroso para la seguridad jurídica y la libertad de testar ("*… La sucesión intestada puede ser considerada como un orden sucesorio querido por quien no testa y, por ello, como un testamento presunto…La partición sin testamento es válida, siempre y cuando se acomode esencialmente al orden sucesorio del abintestato; las razones de ello se encuentran en que el abintestato es un testamento legal general, que actúa por presunción del orden sucesorio probablemente querido por quien no testó, por lo que, quien no testa, testa conforme a la ley"*). También Martín Lázaro (*La partición de la herencia hecha por actos "inter vivos"*, en la *RGLJ*, 1944, págs. 213 a 238) se pronuncia en 1944 en contra de esta exigencia de testamento para la partición del testador, y realizando un estudio de los antecedentes del art 1056 CC en el Proyecto de 1851, y en el *Code* francés del que se tomó, y de los criterios recogidos en otros Ordenamientos vigentes en aquel momento, critica la exigencia de testamento que realizó la sentencia del TS de 13 de junio de 1903, exigencia que en su opinión no aparece en ningún precepto legal, argumentando que lo que se estaba juzgando en dicha sentencia era una donación *inter vivos*. Por su parte, De los Mozos, J.L. *La partición de herencia… cit.,* págs. 99 y ss., pone de relieve que los orígenes de la partición efectuada por el propio testador en el derecho español se encuentran en las antiguas figuras del *testamentum parentis inter liberos* y de la *divisio parentis inter liberos*, y esta última podía realizarse sin testamento, como partición anticipada de una sucesión abintestato.

[59] Espejo Lerdo de Tejada, M. *La sucesión contractual en el Código Civil* cit., pág. 227.

[60] Destaca el caso de la Compilación de Derecho Civil de Illes Balears (DLeg 79/1990, de 6 de septiembre), que regula en sus arts 8 y ss. para Mallorca y Menorca la figura de la donación universal de bienes presentes y futuros, que confiere al donatario la cualidad de heredero

contractual del donante y le transmite los bienes presentes incluidos en ella; dicha donación universal es valedera de presente, e irrevocable salvo en los supuestos expresamente previstos, por lo que el donatario que premuera al donante transmitirá, salvo pacto en contrario, a sus herederos, todos los derechos adquiridos en virtud de la donación universal, y no solo revoca los testamentos y codicilos anteriores del donante sino que los posteriores sólo serán eficaces en cuanto a la disposición de bienes excluidos de la donación.

[61] Lacruz y Sancho, op. cit., pág. 182, Rubio Garrido, *La partición por el testador…* cit., pág. 2. Martínez Espín, P. "Comentario al art 1056", en *Comentarios al Código Civil* (Bercovitz Rodríguez-Cano, R. dir), Aranzadi, Madrid, 2021, pág. 1341.

[62] SAP de Madrid 55/2011, de 1 de febrero. Véase también Carballo Fidalgo, M. *Comentario al artículo 1056 CC*, en *Código Civil comentado*, Civitas, enero 2016. Accesible en Aranzadi digital.

[63] Aunque en aplicación del principio de conservación de la partición podríamos defender la posibilidad de realizar únicamente una partición parcial nueva en dos supuestos, si los herederos verdaderos habían sido nombrados todos en la partición inicial, en cuyo caso lo que procedería sería simplemente el reparto entre ellos de los bienes adjudicados al heredero aparente, bienes que éste debe devolver, o si en la partición inicial uno de los herederos había sido sustituido por error, sin mala fe, por una persona que no lo es, en cuyo caso podría declararse nula la adjudicación realizada al heredero aparente y entregarse los bienes de dicho lote (o su valor si no se pueden recuperar) al heredero preterido, subsistiendo la partición para los demás.

[64] Con excepción del pago de la legítima en dinero extrahereditario ex arts. 841 y ss. CC.

[65] Pous de la Flor, MP y Moretón Sanz, MF, *Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial*, en la RCDI, nº 743, 2014, págs. 1418 y ss. Véase el completo análisis de esta cuestión de Domínguez Luelmo, A. *La disposición testamentaria de bienes gananciales (régimen jurídico)*, en el ADC, 1990, págs. 793 a 849, y de Rivas Martínez, *Derechos de Sucesiones* cit., edición 2020, Tomo II, págs. 1908 y ss. Sobre la determinación del carácter de los bienes y el conflicto de intereses que se puede plantear véase Riera Álvarez, JA. *Partición de la herencia*, en *Instituciones de Derecho Privado Tomo V Sucesiones,* (Garrido de Palma dir. y Garrido Melero coord.), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2019, Vol. 5º págs. 711 y ss.

[66] De la Cámara Álvarez, "Comentario al artículo 1380", en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Tomo II, págs. 726 y ss.

[67] Más Badía, Mº D. *La disposición mortis causa de bienes gananciales*, en VVAA *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana dirs. Monje Balmaseda coord.), Dykinson, Madrid, 2014, págs. 346 y ss., en las que cita en su favor una Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 10 de diciembre de 2013.

[68] STS 465/2000, de 11 de mayo (no estamos ante un legado de cosa ajena, ni de cosa ganancial, sino de cosa perteneciente a la comunidad postganancial, que debe resolverse ante la falta de normativa propia aplicando por analogía el art 1380 CC). En el mismo sentido las STS 419/2004, de 28 de mayo, SAP Madrid 125/2011, de 3 de marzo, que declara inaplicable el art 882 CC), o RDGRN 7881/2016, de 13 de julio (aplicación analógica del legado de finca ganancial).

[69] Domínguez Luelmo, A. *La disposición testamentaria de bienes gananciales (régimen jurídico)*, en el ADC, 1990, pág. 838.

[70] Véase por todas la STS de 7 de diciembre de 1988, luego muchas veces citada: *Asimismo, como aplicación más concreta de dicho principio general (nadie puede transmitir o dispo-*

ner de aquello que no es suyo (nemo plus iuris transfert quam habet), la partición que puede hacer el propio testador presupone necesariamente, como requisito condicionante de la validez y eficacia de la misma, que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto cuando habla de «la partición de sus bienes», sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia, como ya tiene declarado esta Sala —Sentencias de 20 de mayo de 1965, 17 de mayo de 1974, 5 de junio de 1985, entre otras…. STS 18 de marzo de 1991: *la partición realizada por el testador es nula en cuanto afecta a bienes cuya titularidad dominical no ostentaba por entero el cónyuge testador, por lo que la efectividad de esa adjudicación integral queda condicionada a la voluntad de los coherederos y cotitulares (entregar la misma cosa o su justa estimación) y a la inviolabilidad de sus legítimas estrictas, y si se llegara a dicha adjudicación no sería por voluntad del testador sino por la eficacia del legado de cosa ajena*. STS 668/2008, de 14 de julio: (aunque en este caso se refiere a una norma particional del testador, y no a una partición propiamente dicha) *la norma particional queda supeditada en su eficacia a que el bien inmueble se atribuya al testador en la división de la sociedad de gananciales*.

[71] Véase Fajardo Fernández, J. *Partición conjunta de herencia del cónyuge premuerto y sociedad conyugal realizada por contador-partidor testamentario nombrado por el cónyuge viudo*, *Comentario a la STS de 7 de diciembre de 1988*, en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 109/2019, accesible en Aranzadi digital, y la interesante sistematización de resoluciones judiciales que realiza. Como pone de relieve este autor, el camino correcto en caso de fallecimiento de una persona casada en régimen de sociedad de gananciales es el de liquidar primero dicha sociedad, disuelta automáticamente con el fallecimiento de uno de los cónyuges, incorporar los bienes gananciales adjudicados al premuerto junto con sus bienes privativos a su caudal relicto, y después realizar la partición de la herencia entre los coherederos del fallecido, pero en la práctica las cosas a veces son diferentes, sobre todo cuando el cónyuge premuerto ha impuesto la indivisión de su herencia y el usufructo vitalicio para su consorte sobreviviente, o los coherederos son los mismos y prolongan la indivisión *de facto* hasta el fallecimiento del segundo cónyuge, momento en que se procede a repartir las tres masas, la ganancial no liquidada, la relicta del primer fallecido, y la relicta del segundo fallecido, conjuntamente. Destaca Fajardo que, en la sentencia comentada, el objetivo de los cónyuges con sus testamentos coordinados era el de prolongar la indivisión de la masa ganancial (los bienes privativos eran irrelevantes) mientras durara la vida del cónyuge sobreviviente, para distribuir luego la masa resultante de forma conjunta entre los dos hijos comunes por igual, y que resulta llamativo que este objetivo, a primera vista sensato y razonable, sea tan complicado de conseguir en el ámbito del Código Civil, frente a los derechos forales que de una u otra manera consagran alguna modalidad de testamento por comisario. Quizá todo esto explique, añadimos nosotros, la ampliación de la figura de la delegación de la facultad de mejorar en el cónyuge viudo ex art 831 CC tras la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2003.

[72] *Comentario al artículo 1056 CC* cit., accesible en Aranzadi digital.

[73] Op. cit. pág. 183.

[74] De la Cámara Álvarez, M. "Comentario al artículo 1056", cit., págs. 2478 y ss. Este autor matiza que en estos supuestos, de partición acordada por los cónyuges pero que consta en cada testamento independiente, el cónyuge supérstite puede siempre revocar su testamento, y por tanto dicha partición, lo que deja la eficacia de esta a su voluntad a pesar de haber sido previamente acordada; para evitar este problema considera admisible que ambos cónyuges realicen en acto *inter vivos* de forma conjunta la liquidación de su sociedad de gananciales, con las adjudicaciones pertinentes a cada uno de ellos, pero subordinando o postergando los efectos

de dicha liquidación a la muerte de uno de ellos; de esta forma, la liquidación de gananciales quedaría firme, pues ninguno de los cónyuges puede revocarla unilateralmente, y cada partición podría comprender los bienes adjudicados y los bienes privativos. Y si los cónyuges se separasen en vida existen dos opciones, o bien realizan de común acuerdo otra liquidación de gananciales, o bien la anterior liquidación quedará firme pero con efectos inmediatos

[75] Martínez Espín, P. "Comentario al art 1056", en *Comentarios al Código Civil* (Bercovitz Rodríguez-Cano, R. dir), Aranzadi, Madrid, 2021, pág. 1342: es válida la partición de bienes gananciales efectuada por los testadores mediante testamentos iguales y simultáneos (STS 21 diciembre 1998), siendo válida la fórmula que mantenga indivisa la sociedad conyugal hasta la muerte del último cónyuge.

[76] Cases Bergón, E. *Los problemas prácticos habituales en las "operaciones particionales*", en VVAA *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana dirs. Monje Balmaseda coord.), Dykinson, Madrid, 2014, pág. 1286: los cónyuges pueden acordar en vida la liquidación de su régimen de comunidad pero para ser efectiva a la muerte del primero que fallezca; no obstante, para asegurar la efectividad de esta partición por acto *inter vivos* es de suma importancia que ambos cónyuges hagan mención de la misma en sus respectivos testamentos.

[77] Gomá Salcedo, JE. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Tomo III Vol 2: "Sucesiones hereditarias", Bosch, Barcelona, 2007, pág. 1345. También Rodríguez Adrados, en *La partición hecha por el testador* cit., pág. 227, se pronuncia por la utilidad de la partición de ambos cónyuges en un solo acto *inter vivos*.

[78] Sí lo admite la STS de 21 de julio de 1986, que declara expresamente la validez y eficacia de la partición hecha por ambos cónyuges, padres de los litigantes, en sus respectivos testamentos otorgados ante Notario. En el mismo sentido la STS 1186/1998 de 21 diciembre, que declara la validez de la partición de bienes gananciales efectuada por los testadores mediante testamentos iguales y simultáneos, y considera totalmente innecesario acudir a un juicio de testamentaría, porque si bien es cierto que el testador no puede por sí solo practicar la partición de sus bienes propios incluyendo en ella bienes gananciales, también lo es que, en el caso concreto aquí enjuiciado, se daban unas circunstancias muy específicas que hacían innecesaria la liquidación previa de la sociedad de gananciales, desde el momento en que los padres testadores carecían en absoluto de bienes privativos y se legaron recíprocamente el usufructo universal y vitalicio de los dos bienes gananciales, únicos existentes, cláusula (la tercera de cada uno de esos dos testamentos) que fue respetada por los tres hijos y herederos universales y únicos de los dos referidos causantes, con lo que devino totalmente innecesaria la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales al morir la madre en 1978, que fue la primera en fallecer, y permaneciendo intactos e indivisos esos dos bienes comunes (únicos existentes, volvemos a decir) al morir el padre en 1982...claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075, en relación con el 1056, ambos del Código Civil, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador.

[79] Arts. 276 y ss. de la Ley 2/2006, sobre partija conjunta y unitaria de bienes privativos y comunes. Los cónyuges, testen conjuntamente o por separado, pueden acordar en vida la manera de distribuir sus herencias respectivas, y tienen dos opciones, dejar los bienes organizados en una sola masa patrimonial (partija conjunta y unitaria de bienes privativos y comunes), o mantener la separación de patrimonios (partija conjunta con objeto separado). La ley regula el momento de eficacia de esta partija, y las posibilidades de revocación. Véase Legerén, A. *La partición conjunta en el Derecho gallego,* Universidade da Coruña, Servicio de publicaciones,

2007. Y a propósito del apartamiento gallego, su naturaleza y sus características, ver García Rubio, MªP. *El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego*, en el ADC,núm. LIII-4, octubre 2000, págs. 1398-1481.

[80] Arts. 377 y ss. y 417 y ss. del RDLeg. 1/2011, de 22 de marzo, sobre sucesión paccionada y testamento mancomunado respectivamente.

[81] Arts. 431 y 432 del Código Civil de Cataluña (Libro Cuarto-Sucesiones) (Ley 10/2008, de 10 de julio), sobre pactos sucesorios y donaciones por causa de muerte.

[82] Leyes 172 y ss. sobre pactos sucesorios, y leyes 199 y ss. sobre testamento de hermandad, de la Ley 1/1973.

[83] Arts. 100 y ss. de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Foral del Pais Vasco.

[84] Arts. 8, 65 y 72 de la Compilación de Derecho Civil de Illes Balears (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre), sobre donación universal y pactos sucesorios.

[85] De los Mozos, *La partición de la herencia*… cit., pág. 229.

[86] Véase por ejemplo De la Cámara Álvarez, M. "Comentario al artículo 1056", cit., pág. 2477: para que pueda hablarse de partición del testador deberá existir una disposición general sobre determinación de cuotas en la institución de herederos, o deben resultar de lo dispuesto en los arts. 765, 769, 770 y 771 CC.

[87] STS 191/1993 de 9 de marzo: "*en la actualidad, de acuerdo con la doctrina científica mayoritaria, no puede atribuirse al art. 768 citado un carácter imperativo sino interpretativo, ofreciéndose en él criterios hermenéuticos que ha de utilizar el juzgador en su tarea de búsqueda de la verdadera voluntad del testador cuando para ello no sea bastante el sentido literal de la disposición testamentaria; dicho precepto tiene, por otra parte, carácter presuntivo en cuanto en él se contiene una presunción «iuris tantum» en virtud de la cual si a una persona se la deja una cosa determinada se ha de entender como voluntad del testador la de que esa persona le suceda en la herencia como legatario, aunque en la institución se le designe como heredero*…". En cuanto a la doctrina véase por todos Rivas Martínez, J.J. *Derechos de Sucesiones Común (estudios sistemático y jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, Tomo I, págs. 144 y ss.: el precepto es meramente interpretativo, por lo que habrá que atender a cada caso concreto y a la verdadera voluntad del testador, y podría suceder que la institución en cosa cierta suponga la concreción por el propio testador de la cuota hereditaria que le asigna (partición del testador), y por tanto debamos entender que este sucesor es un heredero, sucede a título universal, y debe responder de las deudas de la herencia.

[88] Acerca de esta figura y sus relaciones con la partición véase Barba, V. *Institución de heredero en cosa cierta. Interpretación del testamento, determinación de la cuota hereditaria y partición de la herencia*, en la RDC, enero-marzo 2019, págs. 5 a 27.

[89] Entre otras las que destacan que la adquisición automática de la propiedad del bien legado ex art. 882 del CC. está muy debilitada por las reglas sobre la responsabilidad patrimonial universal ex art 1911 CC y el pago de las deudas hereditarias (a cuya satisfacción está subordinado), el respeto a las legítimas, y el orden de preferencia entre los propios legados, de manera que la liquidación y partición de la herencia deben preceder siempre a la entrega del legado, de la clase que sea, o de la cosa cierta en que se ha sido instituido como heredero, para comprobar si se encuentra dentro de la cuota de la que puede disponer el testador y no es necesaria su reducción o incluso su supresión. Se ha llegado incluso a hablar de "propiedad legataria", como una propiedad diferenciada, con condiciones y consecuencias distintas de la verdadera propiedad, flexibilizándose los rígidos términos del artículo 882 CC para armonizarlos con el resto de reglas legales. Ver por todas la SAP Cáceres 344/2013 de 19 diciembre, y todas las que cita.

[90] Art 423.3 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, sobre Sucesiones, y Ley 216 de la Ley 1/1973 navarra.

[91] Art. 467 del RDLeg 1/2011 que contiene el Código de Derecho Foral de Aragón.

[92] De la Cámara Álvarez, M. "Comentario al artículo 891", en los *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Tomo I, págs. 2172 a 2176: si además de los bienes legados queda un remanente en la herencia siempre habrá un heredero, designado por el testador o por la ley, pero si la totalidad de los bienes y derechos del causante ha sido distribuida en disposiciones a título singular, resultando todas ellas eficaces, y habiendo recibido los favorecidos con ellas la parte proporcional del pasivo hereditario (ex art. 981.2 CC), parece innecesaria la intervención de los sucesores a título universal, y absurda la exigencia de una declaración de herederos para el limitado fin de entregar las cosas relictas.

[93] De la Cámara Álvarez, M. "Comentario al artículo 1056", cit., pág. 2475.

[94] Y no considera este autor que las diferencias relativas al valor objetivo de los bienes adjudicados sean verdaderas discrepancias, sino que el testador puede tener en cuenta en su partición sus valoraciones puramente subjetivas de los bienes, y tales valoraciones deben ser respetadas en los términos de los arts. 1070 y 1075 CC.

[95] *Dos aspectos de la partición*… cit., pág. 955 y ss.

[96] Y se incumpliría además lo dispuesto en el art 738 CC (el testamento solo puede ser revocado con las solemnidades necesarias para testar) (Romero Coloma, A.A. *Problemática de la partición por causante*, en la RCDI nº 737, 2013, págs. 1572).

[97] Así lo defiende Albaladejo García (*Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en el ADC, 1948, T. I Fasc. 3, págs. 954 y ss.): la partición realizada en acto *inter vivos* solo puede servir como elemento de interpretación de la voluntad, pero la voluntad ha de tener expresión testamentaria para ser eficaz, y si una vez establecida dicha voluntad se observan discrepancias con la partición esta puede ser impugnada por ser otra la voluntad del testador.

[98] *La partición hecha por el testador* cit., págs. 227 y ss.

[99] Lacruz y Sancho, op. cit. pág. 185.

[100] Véase Cano Martínez de Velasco, *La prohibición de los*… cit. (accesible en VLex), para quien la aplicación preferente del principio general de la buena fe protege a la partición posterior: siempre que la partición sea respetuosa con las legítimas debe aplicarse la ley de la prioridad temporal, y preferir la partición si es posterior en el tiempo, incluso aunque se haya hecho en acto *inter vivos*, para fortalecer la verdadera voluntad del testador (la posterior contenida en la partición) aunque no cumpla las solemnidades del testamento, todo ello a menos que se demuestre el ánimo fraudulento (que el testador acudió a una partición posterior para burlar las solemnidades del otorgamiento de un nuevo testamento, en cuyo caso se declarará nula la partición contraria al testamento), o vicios en la voluntad en la confección de la partición (error.. se anulará la partición en lo que se oponga al testamento y se aplicará éste), es decir, siempre que haya buena fe del disponente y se respeten las legítimas.

[101] "Comentario al artículo 1056", cit., pág. 2521.

[102] *La partición*… cit. págs. 889 y ss.

[103] Artículo 464 4 de la Ley 10/2008 catalana: "1. *La partición puede hacerla el propio causante, mediante un acto entre vivos o de última voluntad y puede comprender toda la herencia, o sólo una parte del caudal, o bienes concretos y determinados. El causante también puede establecer reglas vinculantes para la partición. 2. Si el causante hace la partición en el mismo acto en que dispone de la herencia y existe contradicción entre las cláusulas de partición y las de disposición, prevalecen las primeras. Si la partición se hace en acto separado, prevalecen*

las cláusulas dispositivas, salvo que sean revocables y puedan ser revocadas efectivamente por el acto que contiene las cláusulas particionales".

[104] Art. 368.2 del DLeg 1/2011, de 22 de marzo: "*Si la partición la hace el disponente en el mismo acto de disposición por causa de muerte, las cláusulas de partición prevalecen sobre las dispositivas en caso de contradicción. Si la hace en acto separado, prevalecerán las cláusulas dispositivas salvo que sean revocables y puedan ser efectivamente revocadas por el acto de partición*".

[105] Ley 338 de la Ley 1/1973: "*El causante podrá hacer la partición de sus bienes en el mismo acto de disposición «mortis causa» o en acto separado que revista una de las formas que esta Compilación admite para disponer por causa de muerte. Si la partición se hiciere en el mismo acto de disposición y resultare alguna contradicción entre las cláusulas dispositivas y las particionales, prevalecerán éstas sobre aquéllas en la medida de la contradicción. Si se hiciere en acto separado, las cláusulas particionales no podrán modificar las contenidas en el acto dispositivo, a menos que éste fuera revocable y pudiera ser revocado mediante la forma adoptada para el acto de partición*".

[106] Artículo 274 de la Ley 2/2006: "*La partición hecha por el testador en documento no testamentario habrá de ajustarse a las disposiciones del testamento. Sin embargo, será válida la partición aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota atribuida en el testamento*".

Trabajo recibido el 26 de enero de 2023 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023

RESOLUCIONES
DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 10-5-2023
BOE 1-6-2023
Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

HERENCIA: EXIGENCIA DEL CERTIFICADO DE ÚLTIMAS VOLUNTADES DEL CAUSANTE HOLANDÉS.

Además de confirmar la necesidad de acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, se reitera que en la herencia de un holandés causada antes de la entrada en vigor del Reglamento Sucesorio Europeo se aporte el certificado de últimas voluntades de Holanda.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no pueden ser tenidos en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al registrador a la hora de emitir la calificación recurrida (vid. Resolución de 22 de noviembre de 2021). Por tanto, la Resolución habrá de limitarse a los documentos presentados en el Registro para su calificación.

La inadmisión de los documentos inscribibles en los registros públicos si no se acreditara el cumplimiento de obligaciones fiscales del contribuyente constituye una de las medidas establecidas por el legislador en orden a evitar el fraude fiscal y garantizar el cumplimiento por los sujetos pasivos de la obligación de presentación que les impone el artículo 29.2.c) de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria. Para acreditar el pago, exención o no sujeción, los registradores deberán exigir tanto la carta de pago, debidamente sellada, como la nota de justificación, exención o no sujeción, que deberán ser expedidas por la oficina liquidadora correspondiente. En consecuencia, debe confirmarse el defecto señalado si bien tiene fácil subsanación mediante la presentación en el Registro en tiempo y forma los documentos acreditativos correspondientes.

Es determinante en este expediente que, el recurso se refiere a una sucesión «mortis causa» internacional en la que, por razón de la fecha del fallecimiento del causante –3 de abril de 2004–, no es aplicable el Reglamento (UE) n o 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

Este Centro Directivo, para las herencias causadas antes de la aplicación del Reglamento (UE) n.o 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, consideró especialmente relevante la «vis atractiva» de la ley nacional del causante y por ello entendió que debía aportarse el justificante o certificado del registro extranjero que recogiera los títulos sucesorios otorgados por el causante o bien la acreditación de que, conforme al derecho material aplicable a la sucesión, no existe tal sistema de registro (vid. Resoluciones de 28 de julio de 2016, 11 de enero y 2 de febrero de 2017 y 28 de julio de 2020, todas ellas con base en las anteriores de 1 de julio y 13 de octubre de 2015). Por lo tanto, en cuanto no se complete la interconexión de los Registros de disposiciones sucesorias y de certificados sucesorios europeos de los Estados miembros, medida complementaria a la aplicación del Reglamento (UE) n.o 650/2012, en el contexto e-justice, parece sólo oportuno mantener la exigencia de la acreditación de la obtención de certificación diferente al de nuestro Registro General de Actos de Última Voluntad, que acreditare si existe o no disposición de última voluntad cuando de la valoración de los elementos concurrentes en la sucesión resultare que la ley aplicable fuere distinta de la española, imponiéndose la presentación de certificado o justificación de su inexistencia en el Estado cuya ley resultare aplicable a la sucesión o a la disposición de última voluntad (artículos 21, 22, 24 y 25 del Reglamento), sea o no la del Estado o Estados cuya nacionalidad ostentare el causante.

Resolución de 10-5-2023
BOE 1-6-2023
Registro de la Propiedad de Betanzos.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

Se reitera que la denegación de la práctica de un asiento de presentación solo ha de producirse cuando el documento aportado sea palmariamente no accesible al Registro.

La negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Naturalmente, el objeto de recurso en estos casos es exclusivamente determinar si procede o no la práctica del asiento de presentación, sin prejuzgar sobre

la calificación que, de practicarse dicho asiento, deberá en su momento llevar a cabo el registrador respecto al acceso del título presentado a los libros de inscripciones.

El registrador fundamenta su negativa a la práctica del asiento de presentación solicitado en que el artículo 420 del Reglamento Hipotecario dispone que: «Los Registradores no extenderán asiento de presentación de los siguientes documentos: (...) 3. Los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna». Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación sólo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro.

Ante la solicitud de rectificación del dato relativo a la referencia catastral errónea que figura en el Registro de la Propiedad, lo procedente es practicar el asiento de presentación y realizar la pertinente calificación en la que el registrador decidirá motivadamente, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, si los documentos presentados son o no susceptibles de causar el asiento solicitado.

Resolución de 10-5-2023
BOE 1-6-2023
Registro de la Propiedad de Ribadeo-A Fonsagrada.

DOBLE INMATRICULACIÓN: REQUISITOS PARA TRAMITAR EL PROCEDIMIENTO DEL 209 LH.

Para que el registrador rechace la tramitación del expediente de doble inmatriculación es necesario que emita una resolución suficientemente fundada sobre su inexistencia.

Como ya ha señalado esta Dirección General (vid. Resolución 26 de julio de 2016), tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. Una vez considere esta posibilidad, deberá efectuar las notificaciones y extender la nota marginal que ordena el mismo, a fin de intentar recabar todos los consentimientos precisos para proceder en la forma prevista en los apartados cuarto a séptimo del nuevo artículo 209.1 de la Ley Hipotecaria.

A este respecto, ha reiterado este Centro Directivo que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (vid. Resoluciones de 8 de octubre de 2005, 2 de febrero de 2010, 13 de julio de 2011, 2 de diciembre de 2013, 3 de julio de 2014, 19 de febrero de 2015, 21 de abril de 2016 y 12 de diciembre de 2022, entre otras). En el caso concreto de este expediente, el registrador sostiene la improcedencia de la tramitación del expediente, limitándose a alegar la falta de coincidencia en la descripción de ambas registrales, extremo éste que no implica, de por sí, la inexistencia de una posible doble inmatriculación ni, por tanto, justifica la denegación de la tramitación del expediente.

Resolución de 10-5-2023
BOE 1-6-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 53.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Se reitera la doctrina sobre los requisitos para demandar a la herencia yacente después de la STS de 9 de septiembre de 2021.

El registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En segundo lugar y con carácter previo, debe este Centro Directivo advertir que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria).

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina que este Centro Directivo vino manteniendo que toda actuación que pretenda tener reflejo registral debe articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (vid. Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia número 590/2021, de 9 de septiembre, dictada como culminación de un juicio verbal tramitado para impugnar una nota de calificación registral, analiza el emplazamiento a la herencia yacente.

A la vista de la señalada Sentencia, este Centro Directivo modificó la doctrina para estos casos, afirmando que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades: – que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio. – que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión

intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso de este expediente, a la vista de la documentación presentada, no resulta que por el Juzgado se haya considerado la existencia de posibles herederos ni que, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se haya comunicado al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que el defecto debe confirmarse.

Resolución de 11-5-2023
BOE 1-6-2023
Registro de la Propiedad de Mataró, número 3.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE HIPOTECA: NOTIFICACIONES Y REQUERIMIENTOS.

El sistema de requerimientos y notificaciones en el procedimiento de venta extrajudicial exige que, resultando infructuosa la notificación por correo certificado, debe verificarse una notificación personal del notario

Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos», especialmente las de 25 de septiembre de 2019 y 21 de septiembre de 2022), la regulación de los requerimientos y notificaciones en los ámbitos hipotecario y notarial ha de interpretarse de acuerdo con las exigencias de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos que la misma es entendida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha aplicado en diversas ocasiones este Centro Directivo. El encaje que la regulación de los Reglamentos Hipotecario y Notarial, realizan respecto de los requerimientos y notificaciones, ha de hacerse de acuerdo a las exigencias de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos que la misma es interpretada por el Tribunal Constitucional como órgano competente según el propio texto constitucional (artículo 161).

Debe no obstante tenerse en cuenta que la doctrina expuesta del Tribunal Constitucional se refiere a un ámbito, el jurisdiccional, que no admite una traslación inmediata y directa al presente porque no se trata ahora del ejercicio jurisdiccional de un derecho ante un órgano provisto de imperio (artículo 117 de la Constitución Española) sino de su desenvolvimiento extrajudicial, por lo que deben extremarse las precauciones a fin de salvaguardar en todo momento los derechos constitucionales de las personas afectadas (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 2012).

Conforme a los criterios reflejados en las normas expuestas y en la reseñada jurisprudencia constitucional y civil, este Centro Directivo ha sostenido que, a los efectos de tener por probada la notificación, se debe considerar suficiente el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con aviso de recibo del documento siempre que la remisión se haya efectuado al domicilio designado por

las partes, según el Registro, y resulte del acuse de recibo que el envío ha sido debidamente entregado en dicho domicilio (cfr. Resoluciones de 21 de noviembre de 1992 y 14 de mayo de 2019). Sin embargo, en los casos en que el documento no ha podido ser entregado por la indicada vía postal, este Centro Directivo ha puesto de relieve (vid. Resoluciones de 30 de enero de 2012, 16 de diciembre de 2013 y 14 de mayo de 2019 referidas a la notificación al arrendatario para el ejercicio de su derecho de retracto) que el acta autorizada conforme al artículo 201 del Reglamento Notarial acredita únicamente el simple hecho del envío de la carta por correo, la expedición del correspondiente resguardo de imposición como certificado, entrega o remisión, así como la recepción por el notario del aviso de recibo y la devolución del envío por no haber podido realizarse la entrega, pero no cambia los efectos de la notificación, que serán los establecidos con carácter general para las cartas certificadas con acuse de recibo por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, que en su artículo 32.1, párrafo final señala que «el envío se considerará entregado cuando se efectúe en la forma determinada en el presente Reglamento», sin que de este Reglamento resulte que la devolución de un correo certificado con aviso de recibo produzca los efectos de una notificación.

En el ámbito del Reglamento Notarial existe otra forma más ajustada al principio constitucional de tutela efectiva y la doctrina jurisprudencial que asegura, en el mayor grado posible, la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales (véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 158/2007, de 2 de julio); y que esa vía es el procedimiento previsto en el artículo 202 del Reglamento Notarial, de manera que habiendo resultado infructuoso el envío postal, el notario debe procurar realizar la notificación presencialmente, en los términos previstos en dicho artículo. Ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo (cfr. Sentencias número 7877/2004, de 3 de diciembre, y 105/2007, de 7 de febrero) ha proclamado, como principio general, el rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que su extraordinaria limitación de la cognición procesal tiene como contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos; doctrina que por identidad de razón debe extrapolarse a los procedimientos de enajenación forzosa de finca hipotecada mediante su venta extrajudicial ante notario.

Como se ha relacionado anteriormente, el requerimiento debe hacerse en primer lugar en el domicilio señalado en la escritura de préstamo hipotecario y consignado en la inscripción de la hipoteca; en el caso de que la notificación en dicho domicilio resulte infructuosa, deberá procederse conforme a la doctrina constitucional antes expuesta y, aunque referido al procedimiento de ejecución hipotecaria judicial, según resulta del artículo 686.3 de la ley de Enjuiciamiento Civil. El requerimiento extrajudicial de pago viene recogido en el artículo 686.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto, de acuerdo con lo expuesto, y siguiendo el criterio de las Resoluciones de este Centro Directivo (entre otras, las de 16 de diciembre de 2013 y 3 de agosto de 2017), debe entenderse que resultando infructuosa la notificación por correo certificado, debe verificarse una notificación personal del notario.

Resolución de 11-5-2023
BOE 1-6-2023
Registro de la Propiedad de Laredo-Ramales.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso gubernativo no es el cauce adecuado para revisar la validez de asientos ya practicados.

Es, por tanto, continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la de rectificar asientos ya practicados, cuestión extraña al recurso. De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Del propio escrito de recurso de la recurrente se deduce que la pretensión de la misma es dejar sin efecto la inmatriculación de una finca que, a su juicio, se ha realizado de manera incorrecta. Dicha rectificación, en su caso, sólo podrá lograrse por medio de los procedimientos previstos en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, lo que exige, en su caso, conformidad de todos los interesados, y del registrador, si el error fuera de concepto, o la correspondiente Resolución judicial (cfr. artículo 217 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 11-5-2023
BOE 1-6-2023
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el procedimiento del art. 199 LH el registrador denegará la inscripción de la base gráfica si aprecia dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

De la interpretación conjunta de los arts. 199 y 9 de la LH no es exacta la afirmación del recurrente cuando declara que «la inscripción solo podrá ser denegada si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, coincidencia que no se da en el presente caso», sino que es preciso que el registrador, en todo caso, no tenga dudas sobre la identidad de la finca, y que, de tenerlas, sean fundamentadas de forma objetiva.

Como ya se afirmó en las Resoluciones de 22 de abril y 8 de junio de 2016, las dudas que en tales casos puede albergar el registrador han de referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de mo-

dificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9.b), 199.1 y último párrafo del artículo 201.1 de la Ley Hipotecaria), sin que exista limitación de utilización de estos procedimientos solo por razón de la diferencia respecto a la cabida inscrita en ausencia de tales dudas. En el presente caso, el registrador alberga dudas fundadas sobre la posibilidad de que el expediente de rectificación de descripción registral pueda encubrir un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria.

Respecto a la referencia catastral inscrita, como ha puesto de relieve esta Dirección General en distintas Resoluciones (vid., por todas, la Resolución de 4 de diciembre de 2013) la referencia catastral de la finca sólo implica la identificación de la localización de la finca inscrita en cuanto a un número de referencia catastral, pero no que la descripción tenga que ser concordante con la del Catastro ni que se puedan inscribir en tal caso todas las diferencias basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica.

Respecto a la falta oposición de colindantes en el expediente no determina necesariamente la inscripción de la rectificación de la descripción ni la de la georreferenciación catastral aportada, pues no es óbice para que el registrador pueda tener dudas en la identidad de la finca, como ha entendido este Centro Directivo al declarar en las Resoluciones de 20 de junio de 2019, 17 de junio de 2020 y 23 de febrero de 2021.

Resolución de 12-5-2023
BOE 1-6-2023
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 6.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: SUPUESTO DEL ART. 201.3 LH.

Para poder rectificar la cabida sin inscripción de la base gráfica, conforme al art. 201.3 LH, es preciso que se cumplan las premisas fijadas en dicho artículo.

En el presente caso, se dan las siguientes circunstancias: a) la diferencia de cabida declarada en la escritura excede, aunque no por mucho, del límite máximo del 10% a que alude el primer inciso del apartado a) del artículo 201.3. b) de los datos descriptivos respectivos (finca con superficie inscrita de 9.403,75 metros cuadrados y certificación catastral descriptiva y gráfica de un inmueble con superficie catastral de 10.377 metros cuadrados) no se desprende «la plena coincidencia entre la parcela objeto del certificado y la finca inscrita», sino al contrario c) ni siquiera habría correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca, ya que no se cumple el requisito exigido a tales efectos en el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo.

Por tanto, la referida certificación catastral descriptiva y gráfica no puede legalmente servir para hacer constar la referencia catastral de la finca, y menos aún, para hacer constar una rectificación de la medida superficial de la finca. Y es que el artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria, como casi todos los preceptos jurídicos, contiene un silogismo o razonamiento lógico conforme al cual, si se cumple el supuesto de hecho en él contemplado, se producen determinadas consecuencias jurídicas.

Resolución de 16-5-2023
BOE 1-6-2023
Registro de la Propiedad de Orgaz.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE FUTURO DESLINDE.

No está prevista la práctica de una nota marginal indicativa de que una finca podría en el futuro verse afectada por un deslinde de una vía pecuaria.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Además conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento. Por tanto, en el caso objeto de este recurso, la nota marginal no se solicita en el curso de ningún procedimiento administrativo en el que los titulares registrales hayan tenido intervención alguna, motivo por el cual la calificación debe confirmarse.

Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia Ley.

Por último es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción iuris tantum que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución de 16-5-2023
BOE 1-6-2023
Registro de la Propiedad de Orgaz.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE FUTURO DESLINDE.

No está prevista la práctica de una nota marginal indicativa de que una finca podría en el futuro verse afectada por un deslinde de una vía pecuaria.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Además conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Por tanto, en el caso objeto de este recurso, la nota marginal no se solicita en el curso de ningún procedimiento administrativo en el que los titulares registrales hayan tenido intervención alguna, motivo por el cual la calificación debe confirmarse.

Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia Ley.

Por último es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción iuris tantum que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución de 16-5-2023
BOE 1-6-2023
Registro de la Propiedad de Cogolludo.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE FUTURO DESLINDE.

No está prevista la práctica de una nota marginal indicativa de que una finca podría en el futuro verse afectada por un deslinde de una vía pecuaria.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Además conviene traer a colación la doctrina re-

iterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento. Por tanto, en el caso objeto de este recurso, la nota marginal no se solicita en el curso de ningún procedimiento administrativo en el que los titulares registrales hayan tenido intervención alguna, motivo por el cual la calificación debe confirmarse.

Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia Ley.

Por último es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción iuris tantum que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución de 22-5-2023
BOE 16-6-2023
Registro de la Propiedad de Meco.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001.

No puede el registrador revisar el criterio notarial respecto de la suficiencia de las facultades del apoderado, salvo que exista en error o incongruencia en el juicio de suficiencia.

Por lo que se refiere a la calificación registral de la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas acreditadas y el contenido del negocio formalizado en la escritura cuya inscripción se pretende, según la doctrina de este Centro Directivo anteriormente referida, se entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la propiedad pueden consultar. Este carácter erróneo debe inferirse con claridad de tales datos, sin que pueda prevalecer una interpretación de estos realizada por el registrador que difiera de la que haya realizado el notario en el ejercicio de la competencia que a tal efecto le atribuye la ley y sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, pudiera deducirse contra él por una negligente valoración de la suficiencia (vid., por todas, las Resoluciones de 11 de diciembre de 2015 25 de octubre de 2016, 19 de julio de 2017, 9 de enero, 17 de septiembre, 11 de octubre y 18 de diciembre de 2019, 11 de marzo, 4 de junio y 31 de agosto de 2020, 7 de junio y 1 de julio de 2021, 14 de marzo, 11 de abril, 6 y 11 de julio y 4 de noviembre de 2022 y 9 de marzo y 27 de abril de 2023). Así resulta de las Sentencias del Tribunal Supremo antes mencionadas.

No puede entenderse que en este caso dicho juicio de suficiencia sea erróneo y, por tanto, incongruente con el contenido del negocio formalizado, pues, respecto del apoderado cuyas facultades cuestiona la registradora, de la inscripción registral del poder resulta que se le confieren tales facultades «en virtud de los poderes conferidos por Bankinter, S.A. a Bankinter Global Services, S.A. (...) con carácter mancomunado, con otro apoderado con facultades suficientes (...)». No puede considerarse, por tanto, que el notario haya incurrido en error en la valoración de tales facultades.

Resolución de 22-5-2023
BOE 16-6-2023
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 1.

HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO Y ACTUACIÓN DE LOS ALBACEAS.

No puede dilucidarse en el procedimiento registral la interpretación y aplicación de un testamento que implicaría afectación de los intereses de terceros, siendo preciso la intervención judicial.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. Por las anteriores consideraciones, y dada la compleja cuestión que suscita la escritura calificada en el presente caso, hubiera sido deseable que la motivación de la calificación tuviera una mayor extensión. En segundo lugar, por imperativo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, por lo que el examen del recurso se ciñe estrictamente a la nota y al contenido de la escritura calificada. Dentro del estrecho margen que proporciona el procedimiento registral, el registrador no puede calificar la prescripción, tarea reservada a los órganos jurisdiccionales.

La cuestión que se plantea en el presente recurso es –como se ha apuntado anteriormente– ciertamente compleja, si bien y como siempre sucede en toda sucesión testamentaria debe atenderse a la voluntad del testador, que ha de ser rectamente interpretada. Este Centro Directivo ha afirmado que, en principio, la interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea y en su defecto a la autoridad judicial; y que, a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas. Es indudable que, si es función innegable del albacea interpretar la voluntad del causante, no es menos cierto que, sean cual fueran las facultades que el testador le hubiera conferido, un límite evidente de las mismas es evitar que quede el testamento al arbitrio de los mismos.

Se debe analizar el alcance, a la vista de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española, de la prohibición de intervención judicial que el testador consignó en la cláusula decimoséptima del testamento (otorgado en 1938) y a la que hacen referencia los recurrentes como argumento que impide la revisión de lo consignado en la escritura calificada. Es el juzgador, y solo el juzgador, quien deberá ponderar si la cláusula prohibitiva «del derecho a pedir al Juez» es per se contraria a normas prohibitivas, imperativas o de orden público, cual es el acceso a la Justicia para obtener una resolución sobre el fondo del asunto.

Hay una opinión doctrinal unánime en el sentido de que el alma no puede adquirir la condición de heredero, pese a ser frecuente que en muchos testamentos el causante haya instituido al alma como su heredera; se entiende por ello que lo que contempla el artículo 747 del Código Civil es la disposición hecha por el testador para sufragios y obras piadosas «en beneficio de su alma», pues el alma carece de personalidad jurídica, y, por ende, de capacidad sucesoria. Respecto de dicho precepto legal la doctrina pone el acento en la idea de patrimonio en liquidación. Y por lo que se refiere a la aceptación de la herencia, se ha planteado si cabe extender al supuesto contemplado en el artículo 747 la solución del artículo 992.2, según el cual: «(...) La aceptación de la que se deje a los pobres corresponderá a las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes, y en su defecto a las que señala el artículo 749, y se entenderá aceptada a benefi-

cio de inventario», entendiéndose que, dada la evidente identidad de razón entre ambos preceptos, debe aplicarse la solución prevista en el artículo 992.2, en todo lo relativo a la determinación de quiénes aceptan y con qué consecuencias y sin olvidar, tampoco, la función esencialmente liquidataria que cumple el beneficio de inventario.

No ha de olvidarse que el causante falleció en el año 1940 y que la prohibición de enajenar cesaría a los treinta años de su muerte (cláusula quinta del testamento), lo que unido al dato al que se alude en el Registro del que el citado Hospital Municipal se extinguió en 1985 (quince años después del fin de la prohibición y cuarenta y cinco años después de la muerte del testador), una decisión como la plasmada en la escritura calificada, en un ámbito extrajudicial y sin contradicción de posibles terceros afectados, por unos albaceas que –ante todo– han de velar por la aplicación y respecto de la voluntad del causante (aplicando el artículo 798 del Código Civil, que se refiere a las disposiciones sub modo), lleva a la conclusión de que, habida cuenta de las concretas circunstancias del presente caso (piénsese en ese imposible cumplimiento de las previsiones del testador que se alega en el recurso) con valoración de una especial forma de cumplir el testamento (ochenta años después de la muerte del testador), no es posible admitir en el ámbito del procedimiento registral una decisión que requiere necesariamente contradicción de posibles terceros interesados o afectados con base en el simple texto literal de las cláusulas testamentarias que se aplican conjuntamente. Por ello, la debida protección de eventuales terceros afectados e interesados en la sucesión, sea directamente o por subrogación en posiciones jurídicas anteriores, ha de ser adoptada en el orden jurisdiccional, en el que igualmente podrán estimarse otras pretensiones tales como la posible prescripción adquisitiva que se alegara.

Resolución de 22-5-2023
BOE 16-6-2023
Registro de la Propiedad de Alcalá la Real.

ARRENDAMIENTO: CLÁUSULAS INSCRIBIBLES.

Se analiza la inscribibilidad de diversas cláusulas de un arrendamiento sujeto al CC.

El nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción. No obstante, cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquélla y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil. Como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo, la calificación registral, en estos casos, debe limitarse a revisar

que el título autorizado contenga los elementos que permitan corroborar que el notario ha ejercido el control que la Ley le encomienda respecto la validez y vigencia de las facultades representativas; y que su juicio de suficiencia sea congruente con el negocio y así se exprese en el título presentado, a efectos de que eso pueda ser objeto de calificación.

En el presente caso, según la calificación impugnada, la objeción del registrador se refiere a la falta de inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de los administradores de la sociedad arrendataria. Esta objeción debe ser confirmada si se tiene en cuenta que la ausencia de inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de los administradores no puede estimarse suplida por la reseña que figura en la escritura calificada.

Por lo que se refiere al análisis de las estipulaciones del contrato de arrendamiento cuya inscripción suspende el registrador, debe tenerse en cuenta que dicho arrendamiento se regirá por las estipulaciones de las partes y las normas del Código Civil que sean de aplicación pues queda excluido del ámbito de aplicación de la ley especial de arrendamientos rústicos . En primer lugar, considera no inscribible la cláusula 5.4 que prohíbe al arrendador «hipotecar o gravar en modo alguno el inmueble (incluso, por medio de derechos de opción o promesas de hipoteca concedidos a terceros) sin el previo consentimiento expreso y por escrito del Arrendatario, que no podrá denegarlo en el caso de que el beneficio de la garantía respete la posición jurídica del Arrendatario (...)». El defecto debe confirmarse. En cuanto a las prohibiciones de disponer, cabe recordar, con carácter general, la doctrina sobre su configuración registral que este Centro Directivo ha establecido en diversas ocasiones. Las impuestas en actos a título oneroso no tienen eficacia real y su infracción sólo provoca la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. Por ello, su acceso al Registro está regulado de diferente forma según se trate de unas u otras.

En segundo lugar, por entender que implica asimismo prohibición de disponer no permitida, el registrador suspende la inscripción de la estipulación 5.5 que prohíbe al arrendador «realizar actividad en el inmueble ni en sus aledaños, que perjudique a la Actividad Permitida, ni arrendar ni permitir uso restante de la Finca para cualquier actividad que impida o perjudique la ejecución de la Actividad Permitida». La presente cláusula debe recibir un tratamiento jurídico distinto, sin que pueda equiparse con la anteriormente analizada. No es sino una traslación, por un lado, de las obligaciones y limitaciones que el Código Civil impone al arrendador, en tanto titular dominical de la finca, que responden a la finalidad última de garantizar al arrendatario el uso y goce pacífico de la finca para destinarlo al aprovechamiento o actividad convenida; y, por otro lado, de la posibilidad que atribuye a las partes el Código Civil de prohibir el subarriendo de la finca conforme al referido artículo 1550.

Resulta evidente que, al margen de la naturaleza jurídica del arrendamiento, no todos los pactos que integren el mismo deben tener acceso al Registro, específicamente cuando se trate de pactos relativos a la constitución de derechos reales, como pueda ser el de servidumbre. En definitiva, para que una servidumbre pueda inscribirse será necesario un acto constitutivo de la misma.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid. la Resolución de 4 de mayo de 2022, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, al amparo del principio de «numerus apertus»

que predican los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario. Ahora bien, la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado. En relación con los derechos de tanteo y retracto voluntario, en tanto que derechos atípicos o innominados, su admisión al amparo del principio de la autonomía de la voluntad en la actualidad no plantea especial dificultad. Tanto en la doctrina de este Centro Directivo como en la jurisprudencia se observa una línea de apertura a favor de la posible configuración de los derechos de tanteo y retracto voluntarios como auténticos derechos reales.

En el caso concreto objeto del presente expediente, el derecho de tanteo pactado en el marco de un contrato de arrendamiento sometido al Código Civil, tal y como se ha configurado, no puede tener acceso al Registro de la Propiedad, pues no cumple las exigencias de determinación de su régimen jurídico real que permitan su acceso al Registro de la Propiedad. En efecto, ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato (cfr. artículos 609, 1462.2, 1464 y 633 en relación con el 334.10, todos ellos del Código Civil); no hay fijación convencional de un plazo cierto para su ejercicio (exigencia reiterada y unánimemente subrayada tanto por la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 27 de marzo de 1947, 20 de septiembre de 1966 y 19 de septiembre de 1974), como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 3 de abril de 1981 y 3 de marzo de 1995); no se ha determinado la forma de operar el derecho de tanteo, en particular las transmisiones que generan dicho derecho y forma de hacer las notificaciones, ni se expresan las consecuencias en caso de incumplimiento de lo estipulado; sin que, en modo alguno, puedan ser tenidas en cuenta las aclaraciones realizadas por la sociedad recurrente en el escrito de recurso, puesto que ni el recurso es el procedimiento adecuado para subsanar los defectos expresados en la calificación que lo motiva (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), ni además el mismo cumple los requisitos sustantivos y formales aptos para la inscripción (artículos 1258 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 22-5-2023
BOE 16-6-2023
Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar la inscripción de una base gráfica es preciso que se acrediten dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un

negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Es decir, en la alegación que formula el colindante, se manifiesta que la georreferenciación es correcta; pero, que la georreferenciación no se corresponde con la realidad física, lo que es una cuestión diferente a la pretensión de inscribir la georreferenciación de la finca. Si el colindante considera, no obstante, que la georreferenciación no se corresponde con la realidad de la construcción, deberá interponer las correspondientes demandas judiciales de posible construcción en suelo ajeno, pero no constituye, en realidad, un problema que impida la inscripción de la georreferenciación que se dice correcta. Respecto de la oposición que formula la comunidad de propietarios de la finca registral 6.319, en dicha oposición dicha comunidad de propietarios no acredita la propiedad de la porción de patio objeto de debate.

Resolución de 22-5-2023
BOE 16-6-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 3.

CONCESIONES ADMINISTRATIVAS: CANCELACIÓN.

Para cancelar una concesión administrativa se necesita la resolución firme que así lo acuerde y la acreditación de la indemnización a los titulares de derechos inscritos sobre la concesión.

Tiene razón la recurrente en que la mera declaración de concurso de acreedores del concesionario no afecta a la potestad administrativa de declarar la extinción de la concesión demanial, pues no es un procedimiento ejecutivo sometido a suspensión en la fase común, y menos cuando como consta en el Registro Público concursal que la sociedad «Teatromax, S.A.» está en fase de convenio aprobado sin que exista restricción al respecto.

En relación al primero de los defectos debe ser confirmado, pues el artículo 175.3.a del Reglamento Hipotecario establece con carácter general para las concesiones administrativas de bienes demaniales que «las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas al servicio público cuya explotación conceda el Gobierno y que están directa y exclusivamente afectas al referido servicio se cancelaran, si se declara resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en el que haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma, para atender al pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario». Será en ese momento, esto es, cuando se disponga no sólo del decreto firme de extinción de la concesión sino también del que acredite la indemnización en su caso a los titulares de cargas vigentes inscritas sobre la concesión, cuando -como resulta del citado precepto reglamentario- podrá practicarse la cancelación de la inscripción de la concesión.

En relación con el segundo defecto advertido por el registrador no hay controversia, y debe ser también confirmado, pues también se reconoce por la recurrente la necesidad de firmeza para la cancelación de la inscripción de la concesión.

Resolución de 23-5-2023
BOE 16-6-2023
Registro de la Propiedad de Mojácar.

URBANISMO: LICENCIAS DE PARCELACIÓN OBTENIDAS POR SILENCIA ADMINISTRATIVO.

A efectos estrictamente registrales, la obtención de una licencia de parcelación por silencio administrativo requiere manifestación expresa relativa al hecho de que las facultades adquiridas no son contrarias a la ordenación urbanística aplicable para que el registrador pueda acceder a la inscripción de la segregación.

La posibilidad de entender acreditada, a efectos registrales, la licencia de segregación por silencio positivo, en el marco de la legislación urbanística de Andalucía, es una cuestión ya resuelta por este Centro Directivo en la reciente Resolución de 12 de enero de 2023. Desde un punto de vista sustantivo, la disposición transitoria primera, apartado c), de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, en su regla primera establece que «los procedimientos que, al momento de entrada en vigor de la presente Ley, estuvieran ya iniciados, se tramitarán y resolverán con arreglo a la legislación en vigor en el momento de su iniciación». Dado que la solicitud de licencia en el presente caso se produce en 2018 puede considerarse aplicable el régimen de la anterior Ley 7/2002, de 17 de diciembre. Por lo que, de acuerdo con lo expuesto, el legislador andaluz, tanto en la anterior ley vigente al iniciarse el procedimiento administrativo, como en la actual Ley 7/2021, admite entender estimada por silencio administrativo la licencia de división, siempre y cuando la misma no vulnere la ordenación territorial y urbanística.

Con independencia de la validez y eficacia sustantiva del acto administrativo presunto, su trascendencia a efectos registrales requiere la acreditación documental de un pronunciamiento expreso de la Administración competente o un acto que integre el control previo municipal, como señala el legislador andaluz, teniendo en cuenta la necesidad de evitar el acceso registral de actos de modificación jurídico real de eficacia claudicante –artículo 33 de la Ley Hipotecaria– y que la calificación registral no se extiende al fondo material o sustantivo del acto administrativo de autorización o aprobación del acto civil cuya inscripción se pretende o, dicho de otra forma, carece el registrador de competencia para entrar a calificar si la actuación de cuya inscripción se trata se ajusta o no a la ordenación urbanística, actuación de control de legalidad que corresponderá, en primer lugar a la administración municipal en ejercicio de sus competencias en materia de disciplina y policía urbanística y, en último extremo, a la jurisdicción administrativa.

Es cierto que en la reciente Resolución de 31 de marzo de 2023, esta Dirección General aceptó la posibilidad de acreditar la obtención de licencia por silencio administrativo, pero lo hizo para el caso particular de la licencia de ocupación, dado el régimen particular de la misma tanto en la propia legislación autonómica, en

ese caso la balear, como en la legislación básica estatal, de donde se desprende el diferente tratamiento que merecen los actos de división o segregación, en los que por razones de legalidad y seguridad jurídica se impone la acreditación de un acto de control administrativo.

Resolución de 23-5-2023
BOE 16-6-2023
Registro de la Propiedad de Mojácar.

URBANISMO: LICENCIAS DE PARCELACIÓN OBTENIDAS POR SILENCIA ADMINISTRATIVO.

A efectos estrictamente registrales, la obtención de una licencia de parcelación por silencio administrativo requiere manifestación expresa relativa al hecho de que las facultades adquiridas no son contrarias a la ordenación urbanística aplicable para que el registrador pueda acceder a la inscripción de la segregación.

La posibilidad de entender acreditada, a efectos registrales, la licencia de segregación por silencio positivo, en el marco de la legislación urbanística de Andalucía, es una cuestión ya resuelta por este Centro Directivo en la reciente Resolución de 12 de enero de 2023. Desde un punto de vista sustantivo, la disposición transitoria primera, apartado c), de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, en su regla primera establece que «los procedimientos que, al momento de entrada en vigor de la presente Ley, estuvieran ya iniciados, se tramitarán y resolverán con arreglo a la legislación en vigor en el momento de su iniciación». Dado que la solicitud de licencia en el presente caso se produce en 2018 puede considerarse aplicable el régimen de la anterior Ley 7/2002, de 17 de diciembre. Por lo que, de acuerdo con lo expuesto, el legislador andaluz, tanto en la anterior ley vigente al iniciarse el procedimiento administrativo, como en la actual Ley 7/2021, admite entender estimada por silencio administrativo la licencia de división, siempre y cuando la misma no vulnere la ordenación territorial y urbanística.

Con independencia de la validez y eficacia sustantiva del acto administrativo presunto, su trascendencia a efectos registrales requiere la acreditación documental de un pronunciamiento expreso de la Administración competente o un acto que integre el control previo municipal, como señala el legislador andaluz, teniendo en cuenta la necesidad de evitar el acceso registral de actos de modificación jurídico real de eficacia claudicante –artículo 33 de la Ley Hipotecaria– y que la calificación registral no se extiende al fondo material o sustantivo del acto administrativo de autorización o aprobación del acto civil cuya inscripción se pretende o, dicho de otra forma, carece el registrador de competencia para entrar a calificar si la actuación de cuya inscripción se trata se ajusta o no a la ordenación urbanística, actuación de control de legalidad que corresponderá, en primer lugar a la administración municipal en ejercicio de sus competencias en materia de disciplina y policía urbanística y, en último extremo, a la jurisdicción administrativa.

Es cierto que en la reciente Resolución de 31 de marzo de 2023, esta Dirección General aceptó la posibilidad de acreditar la obtención de licencia por silencio administrativo, pero lo hizo para el caso particular de la licencia de ocupación, dado el régimen particular de la misma tanto en la propia legislación autonómica, en

ese caso la balear, como en la legislación básica estatal, de donde se desprende el diferente tratamiento que merecen los actos de división o segregación, en los que por razones de legalidad y seguridad jurídica se impone la acreditación de un acto de control administrativo.

Resolución de 23-5-2023
BOE 16-6-2023
Registro de la Propiedad de Corralejo.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: NECESIDAD DE ACREDITACIÓN.

Si se alega la representación de determinada persona, se exige justificar de forma auténtica su existencia o la ratificación.

Como cuestión previa, procedimental, no puede estimarse la alegación de la registradora sobre el carácter extemporáneo del presente recurso. El artículo 326 de la Ley Hipotecaria determina que el plazo para la interposición de recurso es de un mes computado desde la fecha de la notificación de la calificación. Si se tiene en cuenta que la calificación fue notificada al recurrente la recurrente el día 20 de enero de 2023 por correo certificado con aviso de recibo, y que el recurso se interpuso el día 17 de febrero de 2023, mediante presentación del escrito de impugnación en una oficina del Servicio de Correos, como resulta del sello que consta en el mismo, y destinado a este Centro Directivo, debe estimarse que el recurso no está presentado fuera de plazo. El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por consiguiente, no han de ser tenidos en cuenta ninguno de aquellos documentos que acompañen al escrito de impugnación y no se presentaron al inicio del procedimiento registral que culminó con la calificación que ahora se recurre.

Respecto de la cuestión de fondo planteada, es indudable que el recurso no puede ser estimado. A efectos registrales, si se alega la representación de determinada persona, se exige justificar de forma auténtica su existencia (artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre) o la ratificación correspondiente en tiempo oportuno por el representado que ponga fin a la ineficacia que afectaría al negocio en caso de no existir la representación (artículo 1259 del Código Civil).

Resolución de 23-5-2023
BOE 16-6-2023
Registro de la Propiedad de Marbella, número 1.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PROHIBICIÓN DE DISPONER: LÍMITES DE LA CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.

No corresponde al registrador revisar el cumplimiento de los presupuestos previstos en el art. 170 LGT para acordar la prohibición de enajenar.

Procede la estimación del recurso pues el registrador de la Propiedad, en el ejercicio de su competencia de calificación del documento administrativo presentado a despacho, no puede entrar a revisar la decisión de fondo que ha sido adoptada por el órgano de la Administración. Para llegar esta conclusión es preciso analizar el contenido del artículo 170.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria en relación con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y el artículo 99 de su Reglamento.

Es cierto que del artículo 170.6 transcrito resulta que el mandamiento que ordene la anotación preventiva de prohibición de disponer debe resultar la justificación de la adopción de la medida con detalle de la relación de control sobre la sociedad. Pero de aquí no se sigue que el registrador deba o pueda revisar la cuestión de si existe o no la relación de control, cuestión cuyo conocimiento recae exclusivamente en la Administración. Así lo demuestra, como expresamente recoge el precepto, que la cuestión deba discutirse ante el órgano competente mediante el oportuno recurso. Del mismo modo y como también afirma el precepto, es ante la misma Administración ante la que hay que formular la solicitud de levantamiento de la medida preventiva y ante la que se podrá recurrir, en su caso, si existe resolución desestimatoria de la solicitud. En definitiva, la cuestión de si existe o no situación de control total o parcial, directa o indirecta, se ventila ante la Administración Tributaria y no en el procedimiento registral que limita su intervención en los términos señalados.

Resolución de 23-5-2023
BOE 20-6-2023
Registro de la Propiedad de Mojácar.

URBANISMO: LICENCIAS DE PARCELACIÓN OBTENIDAS POR SILENCIA ADMINISTRATIVO.

A efectos estrictamente registrales, la obtención de una licencia de parcelación por silencio administrativo requiere manifestación expresa relativa al hecho de que las facultades adquiridas no son contrarias a la ordenación urbanística aplicable para que el registrador pueda acceder a la inscripción de la segregación.

La posibilidad de entender acreditada, a efectos registrales, la licencia de segregación por silencio positivo, en el marco de la legislación urbanística de Andalucía, es una cuestión ya resuelta por este Centro Directivo en la reciente Resolución de 12 de enero de 2023. Desde un punto de vista sustantivo, la disposición transitoria primera, apartado c), de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, en su regla primera establece que «los procedimientos que, al momento de entrada en vigor de la presente Ley, estuvieran ya iniciados, se tramitarán y resolverán con arreglo a la legislación en vigor en el momento de su iniciación». Dado que la solicitud de licencia en el presente caso se produce en 2018 puede considerarse aplicable el régimen de la anterior Ley 7/2002, de 17 de diciembre. Por lo que, de acuerdo con lo expuesto, el legislador andaluz, tanto en la anterior ley vigente al iniciarse el procedimiento administrativo, como en la actual Ley 7/2021, admite entender estimada por silencio administrativo la licencia de división, siempre y cuando la misma no vulnere la ordenación territorial y urbanística.

Con independencia de la validez y eficacia sustantiva del acto administrativo presunto, su trascendencia a efectos registrales requiere la acreditación documental de un pronunciamiento expreso de la Administración competente o un acto que integre el control previo municipal, como señala el legislador andaluz, teniendo en cuenta la necesidad de evitar el acceso registral de actos de modificación jurídico real de eficacia claudicante –artículo 33 de la Ley Hipotecaria– y que la calificación registral no se extiende al fondo material o sustantivo del acto administrativo de autorización o aprobación del acto civil cuya inscripción se pretende o, dicho de otra forma, carece el registrador de competencia para entrar a calificar si la actuación de cuya inscripción se trata se ajusta o no a la ordenación urbanística, actuación de control de legalidad que corresponderá, en primer lugar a la administración municipal en ejercicio de sus competencias en materia de disciplina y policía urbanística y, en último extremo, a la jurisdicción administrativa.

Es cierto que en la reciente Resolución de 31 de marzo de 2023, esta Dirección General aceptó la posibilidad de acreditar la obtención de licencia por silencio administrativo, pero lo hizo para el caso particular de la licencia de ocupación, dado el régimen particular de la misma tanto en la propia legislación autonómica, en ese caso la balear, como en la legislación básica estatal, de donde se desprende el diferente tratamiento que merecen los actos de división o segregación, en los que por razones de legalidad y seguridad jurídica se impone la acreditación de un acto de control administrativo.

Resolución de 24-5-2023
BOE 22-6-2023
Registro de la Propiedad de Jaén, número 3.

BIENES PRIVATIVOS: ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD POR PACTO ENTRE LOS CÓNYUGES.

Se admite la posibilidad de inscribir como privativo un bien comprado por uno de los cónyuges si media el pacto del otro al efecto.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real.

La regulación que del régimen económico-matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad. El propio artículo 1355 –al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación– se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía privada, y constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323, pero siempre causalizado y procediendo, en su caso, el reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil. Precisamente la apli-

cación de este principio hace posible también que, aun cuando no concurran los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos.

Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado. Son perfectamente lícitas las siguientes opciones en relación con la sociedad de gananciales, y la situación jurídica de los bienes privativos, en lo que se refiere al ámbito registral: Primera. Justificar indubitadamente el carácter privativo del bien. Si el bien es fungible, como ocurre con el dinero, dicha justificación debe realizarse siempre mediante prueba documental pública. Segunda. Que un cónyuge confiese el hecho del carácter privativo de la contraprestación con la que se adquirió el bien por el otro cónyuge, con lo que se sujeta al régimen especial de los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario. Tercera. Que los cónyuges celebren un negocio jurídico de atribución de carácter privativo, pero dejando claramente expresada la causa onerosa o gratuita de dicho negocio.

Resolución de 24-5-2023
BOE 22-6-2023
Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No es el recurso gubernativo el cauce adecuado para discutir la validez de un asiento ya practicado.

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión del recurrente, señaladamente la determinación de la validez o nulidad del título ya inscrito, ni de la procedencia o no de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales.

Es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, éste se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 24-5-2023
BOE 22-6-2023
Registro de Játiva, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar la inscripción de una base gráfica es preciso que se acrediten dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

De los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica alternativa a la catastral propuesta que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros, concretamente el dominio público municipal.

Resolución de 24-5-2023
BOE 22-6-2023
Registro de la Propiedad de Elda, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar la inscripción de una base gráfica es preciso que se acrediten dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

La oposición de los colindantes notificados, que son titulares registrales de otra finca cuya invasión alegan, se funda en la existencia de una controversia judicial previa sobre la respectiva delimitación gráfica de las fincas, que culminó en sentencia que declaró que la cartografía catastral no se correspondía ni con los títulos, ni con la realidad física, de la finca del entonces demandante, y hoy promotor del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Ciertamente, los entonces demandantes y ahora promotores del expediente del artículo 199 no pretenden ahora la inscripción de la misma georreferenciación catastral invocada en el procedimiento judicial. Y, como señala el registrador en su calificación, si

aquella georreferenciación catastral fue rechazada tanto por los titulares de la finca colindante como por la sentencia en el pleito entablado entre colindantes, «es lógico que el registrador albergue dudas» respecto a si la nueva georreferenciación alternativa, que también ha ocasionado oposición expresa del titular registral de otra finca, se corresponda con la identidad de la finca del promotor, sin riesgo de invasión de fincas registrales colindantes.

Resolución de 25-5-2023
BOE 22-6-2023
Registro de la Propiedad de Tui.

ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL: POBLACIÓN FORNTERIZA.

Se aclara la interpretación de esta normativa en los casos de municipios fronterizos a otros países.

En la Orden de Servicio comunicada de la Dirección General de Infraestructura del Ministerio de Defensa 1/2021, se dictan instrucciones para la racionalización de la autorización para adquisición de inmuebles por extranjeros no comunitarios, y se excluye de la necesidad de autorización militar en todos los supuestos del artículo 21, números 3 y 4, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; esto es, en los que el suelo se encuentre en la situación básica de suelo urbanizado.

La registradora ha aplicado en la calificación la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, sin que su carácter preconstitucional haga que deba ser interpretada conforme a la normativa de la Unión Europea, pues ni notarios ni registradores tienen competencia para declarar inconstitucional una norma (vid. Resolución de 6 de noviembre de 2019). Sea o no obsoleta la norma, lo cierto es que esa limitación se contiene, como ha quedado expuesto, también en la Orden de Servicio comunicada de la Dirección General de Infraestructura del Ministerio de Defensa 1/2021, que no sólo tiene en cuenta la normativa comunitaria, sino el fenómeno del «brexit» o la incidencia de la pandemia y, precisamente, intenta apartarse de una interpretación rígida de una normativa que tiene más de cuarenta años pero que no ha sido derogada. Dicha Orden establece literalmente que «quedan excluidas absolutamente de esta Orden de Servicio, y seguirán necesitando autorización o informe favorable de este MINSDEF: Las poblaciones fronterizas por disponerlo expresamente la Ley».

Para el INE una misma «población» puede tener uno o varios núcleos de población, pero esto no aclara si la limitación es para el núcleo de población que hace frontera o para todos los núcleos de población del municipio que hace frontera. Lo que sí aclara es que utiliza el término «población» como contenedor de «los núcleos de población», que pueden ser varios en una misma población, por lo que hemos de concluir que emplea el término población para referirse al municipio.

En consecuencia, sin entrar en el acierto o no de la terminología de la ley, cuando alude a «población» se está refiriendo al municipio, y, por tanto, basta que

éste sea fronterizo para que se incluya en la limitación cualquier núcleo poblacional que pertenezca al mismo.

Resolución de 25-5-2023
BOE 22-6-2023
Registro de la Propiedad de Pina de Ebro.

EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO: REQUISITOS.

Se reitera la necesidad de aplicar de forma estricta lo establecido en la LH sobre la citación de los titulares registrales en casos de inscripciones de menos de treinta años de antigüedad, pero se entiende que no puede el registrador revisar la validez de las transmisiones realizadas y no inscritas que el juez ha dado por existentes.

Pese a ser un documento presentado en el Registro de la Propiedad correspondiente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio (el 1 de noviembre de 2015), debe aplicarse la disposición transitoria única que establece que los expedientes regulados en el Título VI de la Ley Hipotecaria iniciados en el momento de la entrada en vigor de la citada norma deberán continuar su tramitación conforme a la normativa anterior. De tal forma que, en este supuesto, por aplicación de la mencionada disposición transitoria única, será de aplicación la norma contenida en los artículos 201 y 202 de la Ley Hipotecaria, según la redacción anterior a la expresada ley de reforma, y sus concordantes del reglamento de desarrollo.

La excepcionalidad del procedimiento de reanudación de tracto justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas, a fin de evitar la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros (al permitir una disminución de las formalidades que en los supuestos ordinarios se prescriben, precisamente, para la garantía de aquéllos, como por ejemplo la exigencia de formalización pública del negocio adquisitivo para su inscripción registral), o para la elusión de las obligaciones fiscales (las inherentes a las transmisiones intermedias, etc.).

Se impone, por tanto, una interpretación estricta de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto, y en particular, por lo que ahora interesa, del requisito esencial de la citación en debida forma del titular registral, y su no oposición al procedimiento, al ser un trámite esencial del citado procedimiento (vid., entre otras, Resolución de 11 de febrero de 1999), siendo función principal del registrador en este contexto la de comprobar que el titular registral ha sido llamado al procedimiento con las garantías exigidas en las normas, lo cual no es sino aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva, una de cuyas manifestaciones en el ámbito registral se concreta en el principio del tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). Dado en la última inscripción de dominio tiene menos de treinta años de antigüedad al tiempo de dictarse el auto que pone fin al expediente judicial de dominio, y que no consta acreditado que

los titulares registrales o sus causahabientes hayan sido citados tres veces, una de ellas al menos personalmente, procede confirmar el defecto señalado por la registradora en su calificación.

El segundo de los defectos discutidos en el escrito de recurso gira en torno a la confusa redacción recogida en el título calificado respecto a las transmisiones previas que no han tenido acceso al Registro y que justifican la utilización de la vía excepcional del expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo. Hay que tener en cuenta que queda suficientemente reflejada la existencia de varias transmisiones que no han tenido acceso al Registro que ponen de manifiesto una auténtica interrupción del tracto que justifica la utilización de la vía del expediente judicial.

Habiendo el juez declarado la titularidad de los promotores del expediente y habiendo especificado la existencia de varias transmisiones no inscritas que justifican la orden de reanudar el tracto sucesivo a través de la tramitación del correspondiente expediente de dominio, ha de concluirse que no puede el registrador exigir una especificación exhaustiva de las circunstancias concretas de cada uno de los títulos que no han accedido al Registro.

Resolución de 25-5-2023
BOE 22-6-2023
Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar la inscripción de una base gráfica es preciso que se acrediten dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción.

El artículo 199 de la Ley Hipotecaria impone la notificación a los titulares de fincas colindantes, afectados por la inscripción de la georreferenciación. Esta circunstancia concurre en el alegante notificado, por lo cual está legitimado para formular oposición a la inscripción de la georreferenciación de la finca registral, en el seno de un expediente del artículo 199. Además, siendo cotitular del 50% de la finca, esa cuota es una comunidad romana, que se rige por los artículos 392 y siguientes del Código Civil, a las cuales les es aplicable el principio por el cual cada uno de los comuneros puede realizar por sí solo lo que sea útil a la comunidad, más no lo que le sea perjudicial.

En la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria no hay trámite de prueba, dada la sencillez procedimental del mismo, como declaró la Resolución de este Centro Directivo de 27 de septiembre de 2022, por lo que la documentación aportada por quien se opone a la inscripción sólo tiene por objeto justificar su alegación para que el registrador califique si, a su juicio, hay o no controversia; la cual, caso de haberla, solo puede resolverse judicialmente, practicándose, entonces sí, las pruebas que el juez estime convenientes.

Como declaró la Resolución de este Centro Directivo de 8 de marzo de 2023, la imprecisión derivada de la descripción puramente literaria que de las fincas afectadas consta en el Registro no impide que, a la vista de los datos obrantes en el expediente y de la oposición del colindante, pueda el registrador oponerse fundadamente a la inscripción de la georreferenciación alternativa aportada.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Tampoco es concluyente el argumento de la recurrente cuando afirma que ha iniciado un expediente catastral de subsanación de discrepancias, porque como ha declarado este Centro Directivo en la Resolución de 28 de febrero de 2023, el resultado del mismo no puede trasladarse sin más al Registro de la Propiedad, sino que, dada la diferente naturaleza de ambas instituciones, Catastro y Registro de la Propiedad, el reflejo en éste de las alteraciones operadas en la descripción de la finca sólo podrá lograrse por alguno de los medios previstos en la legislación hipotecaria.

Resolución de 25-5-2023
BOE 22-6-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 3.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO DEL ART. 208 LH: REQUISITOS.

En la calificación del expediente de reanudación de tracto debe comprobarse la adecuada notificación al titular registral o sus herederos, pero no a los colindantes.

El expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido es un medio excepcional de lograr la inscripción, por lo que el registrador ha de ser riguroso en la calificación registral de la documentación aportada al expediente, para comprobar si existe (como exige la regla primera del artículo 208) una auténtica interrupción del tracto.

Debido a esta finalidad, resulta esencial, como elemento básico de seguridad jurídica en la tramitación del expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, que se realicen adecuadamente las notificaciones a los interesados en el mismo.

En primer lugar, resulta esencial, conforme a lo dispuesto en el apartado tercero de la regla segunda del artículo 208 de la Ley Hipotecaria antes transcrito,

la citación al titular registral o a sus herederos. Este apartado, como ha señalado esta Dirección General en sus Resoluciones de 23 de mayo de 2016 y 3 de abril de 2017, debe ser interpretado conjuntamente con la regla segunda, norma cuarta, del mismo artículo, cuando dispone que «cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga menos de treinta años de antigüedad, la citación al titular registral o sus herederos deberá realizarse de modo personal». Pero cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga más de treinta años, la citación al titular registral debe ser nominal, pudiendo practicarse, no obstante, por edictos, y respecto de sus herederos la citación, que también pueden ser citados por edictos, sólo hace falta que sea nominal cuando conste su identidad en la documentación aportada.

En el supuesto de este expediente, no resulta acreditado el fallecimiento de los titulares registrales. Tampoco consta en el acta que hayan sido notificados ni en qué forma. En consecuencia, no se ha efectuado la notificación con los requisitos anteriormente señalados, pues aun habiendo transcurrido treinta años desde la última inscripción, la notificación a los últimos titulares registrales debe ser nominal, aunque se haga en forma edictal, y respecto a sus herederos, aun cuando la notificación sea genérica y edictal, debe hacerse referencia a los mismos como destinatarios de la misma.

Respecto a la notificación a colindantes, a pesar de que el artículo 208, en la norma tercera de su regla segunda se remite a la regla 5ª del apartado primero del 203, como ha señalado la doctrina, aquella remisión genérica no puede entenderse extensiva a estos últimos colindantes registrales y catastrales en el ámbito propio de los expedientes de reanudación del tracto sucesivo, por cuanto tales colindantes no entran en el concepto de "interesados" en estos expedientes de reanudación.

Resolución de 26-5-2023
BOE 22-6-2023
Registro de la Propiedad de Játiva, número 1.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: CONSENTIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL.

No se puede inscribir una escritura de constitución de servidumbre si los titulares de las fincas afectadas ya no son los mismos que cuando se otorgó la escritura.

Recapitulando los hechos, la escritura de constitución de la servidumbre fue presentada en el Registro transcurridos dieciséis años desde su otorgamiento, tiempo en el cual, habiéndose inscrito la declaración de obra nueva y división horizontal, se han producido las transmisiones de los elementos resultantes de la misma. Los adquirentes de esos elementos lo hicieron de unas fincas registrales de las que el Registro no publicaba la existencia de la servidumbre. La prioridad en la presentación en el Registro, lleva a la aplicación del principio de publicidad registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria para los adquirentes anteriores, y, en consecuencia, se precisa el consentimiento de esos titulares actuales para la inscripción de las servidumbres que graven sus fincas.

En el supuesto concreto de este expediente, los adquirentes de los elementos de la división horizontal son terceros que merecen ser protegidos en tanto en cuanto han confiado en el Registro y ha adquirido sus elementos de quien registralmente se encontraba legitimado para enajenarlos. La fe pública registral ha generado una presunción «iuris et de iure» legalmente establecida, en cuya virtud el contenido del Registro se reputa siempre exacto en favor de esos terceros adquirentes, quienes, por tanto, pueden consolidar su adquisición en los términos publicados por el Registro.

Resolución de 26-5-2023
BOE 22-6-2023
Registro de la Propiedad de Blanes.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO DEL ART. 208 LH: REQUISITOS.

En la calificación del expediente de reanudación de tracto debe comprobarse la adecuada notificación al titular registral o sus herederos, pero no a los colindantes.

Cuando la inexactitud entre el pronunciamiento registral y la realidad extrarregistral deriva no de la efectiva interrupción en el Registro de esa cadena de titularidades sucesivas, sino de la falta de presentación a inscripción de las escritura de elevación a público de las particiones o de las adjudicaciones derivadas de disposiciones testamentarias que no se han plasmado en escrituras de adjudicación de herencia, como ocurre en el supuesto de este expediente, debe concluirse que falta la adecuación de dicho expediente a las circunstancias del caso. Debe afirmarse que con la simple presentación e inscripción de los mencionados títulos los requirentes serían adquirentes de los titulares registrales y faltaría la elevación a público de sus títulos privados de adquisición incorporados al expediente.

No obstante, según doctrina de esta Dirección General debe tenerse en cuenta, a efectos de valorar la efectiva interrupción del tracto, la existencia de una extraordinaria dificultad para otorgar la documentación que subsanaría tal falta de tracto (cfr. Resoluciones de 19 de septiembre y 7 de diciembre de 2012, 24 de marzo de 2015 y 28 de abril de 2016), debiendo reflejarse por el notario autorizante en el propio acta aprobatoria del expediente, como justificación para la inscripción de la reanudación de tracto. Alega el recurrente esta doctrina, pero olvida que se aplica en los casos de apertura del expediente de reanudación de tracto o el de dominio, lo que no ha ocurrido.

En el supuesto concreto, no concurre ninguno de estos presupuestos del expediente regulado en la Ley Hipotecaria; no se ha levantado tan siquiera el acta de inicio del procedimiento, ni solicitado la expedición de la certificación registral, ya que dada la época de autorización del documento –año 1926– el procedimiento era judicial y muy distinto al actual. La escritura que se presenta a inscribir puede servir de apoyatura para el expediente que en su caso se inicie, pero por sí sola no puede causar la reanudación del tracto sucesivo interrumpido. Por otra parte, no se han cumplido los requisitos del expediente de reanu-

dación de tracto sucesivo por el mero relato contenido en la copia autorizada de la escritura, y, en este sentido, el notario autorizante de la escritura hace la advertencia específica «al comprador de la importancia y efectos de la falta de tales inscripciones, caso de no haberse practicado aquellas, dándose dicho señor por enterado y conforme».

Resolución de 26-5-2023
BOE 22-6-2023
Registro de la Propiedad de Alcañiz.

CONCURSO DE ACREEDORES: LÍMITES A LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

No puede el registrador revisar el criterio del Juez respecto de la adecuada intervención de los acreedores hipotecarios en el procedimiento con ocasión de la inscripción de una venta de bienes de la masa activa.

Con carácter previo, y en relación con el primer defecto recurrido, debe recordarse que conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por consiguiente, no han de ser tenidos en cuenta ninguno de aquellos documentos que acompañen al escrito de impugnación y no se presentaron al inicio del procedimiento registral que culminó con la calificación que ahora se recurre.

Para inscribir en el Registro los actos de enajenación o gravamen de bienes o derechos que integren la masa activa del concurso será necesario que se acredite ante el registrador la obtención del oportuno auto autorizando la transmisión, por medio del correspondiente testimonio extendido por el secretario judicial que acredite la autenticidad y el contenido del citado auto, dando fe del mismo. En consecuencia y como regla general cuando el auto se limite a autorizar la enajenación, el título a efectos de la inscripción será por tanto –como título principal– la escritura pública, en la que conste el negocio traslativo, complementada por el título formal que acredite la autorización judicial.

Resulta por tanto incontestable que es competencia y obligación del registrador de la Propiedad comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal. En consecuencia, estando inscritas las hipotecas en el Registro de la Propiedad, el registrador debe comprobar que en el título calificado consta el cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los acreedores hipotecarios.

Este Centro Directivo ha señalado reiteradamente que las reglas contenidas en la Ley Concursal para la enajenación del bien sobre que recae el derecho real de garantía (artículos 149.2 y 155.4 de la Ley Concursal) tienen carácter imperativo y a ellas necesariamente debe ajustarse el plan de liquidación, reglas imperativas que rigen también en defecto de aprobación del plan de liquidación (vid., por todas, la Resolución de 10 de enero de 2017).

En el supuesto de hecho de este expediente el auto dictado por el juez autorizando la venta del bien en cuestión por el precio indicado, hace constar, además, expresamente que las dos entidades bancarias titulares de créditos con privilegio especial han prestado su consentimiento y beneplácito a la enajenación. Hay por tanto un pronunciamiento judicial expreso tanto respecto del precio como en relación con la debida intervención de los titulares registrales de las hipotecas. Por tanto, excede de las facultades de calificación que los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario otorgan a los registradores discrepar de esta valoración y entender incumplidos dichos requisitos.

Resolución de 26-5-2023
BOE 22-6-2023
Registro de la Propiedad de Huesca, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DOMINIO PÚBLICO.

No corresponde a la registradora, ni a este Centro Directivo, en vía de recurso, analizar si la inacción de la Administración Pública derivada de la ausencia del deslinde de cauces públicos supone una limitación del derecho de la propiedad privada que pueda dispensar el cumplimiento de requisitos impuestos por la Ley.

Como cuestión procedimental y previa, debe recordarse que el presente recurso sólo se interpone contra la tercera y última de las notas de calificación referidas y, por tanto, ahora no procede analizar si los defectos señalados en las dos primeras notas de calificación son o no conformes a Derecho, sino tan sólo si el acta de manifestaciones y subsanación objeto de la tercera nota de calificación tiene o no virtualidad subsanatoria de aquellos defectos.

Así pues, en cuanto a la protección registral del dominio público, tal y como ha reiterado esta Dirección General, por ejemplo, en su Resolución de 26 de abril de 2022, esta protección que la Ley otorga al mismo no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

En el presente caso, como resulta del informe del registrador, durante la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria no sólo constan alegaciones presentadas por la Confederación Hidrográfica acerca de los posibles cauces de dominio público que recorren la finca, sino que incluso el propio titular registral, ahora, en su pretendida acta de subsanación, afirma que «alguna de las fincas ocupa el cauce geomorfológico del río (...)». Siendo ello así, es claro que lo procedente es delimitar con precisión y excluir de la georreferenciación de la finca de dominio privado cuál sea la ubicación y delimitación de la porción de dominio público hidráulico que no forma parte del dominio privado de la finca. En modo alguno sería procedente, como pretende el recurrente, inscribir tanto dominio público como dominio privado dentro de la georreferenciación de la finca de dominio privado con la simple mención, que el interesado consiente que «se haga constar en la inscripción registral» de que la georreferenciación inscrita de la finca incluya una parte de cauce de un río que no pertenece a la finca misma sino al dominio público hidráulico.

Resolución de 26-5-2023
BOE 22-6-2023
Registro de la Propiedad de Ciudad Rodrigo.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso gubernativo no es el cauce adecuado para revisar la validez de asientos ya practicados.

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000 (vid., por todas, la Resolución de 18 de abril de 2018), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho.

No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, valorar la cancelación de asientos ya practicados. De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), por tanto, conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación o anulación de asientos ya practicados.

Resolución de 30-5-2023
BOE 28-6-2023
Registro de la Propiedad de Palencia, número 1.

BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN: APLICACIÓN A LOS CASOS DE BIENES COMPRADOS POR PRECIO APLAZADO.

La regla del art. 1356 del CC se aplica también cuando en el primer desembolso existe confesión de privatividad.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real. En el caso de bienes adquiridos por uno de los cónyuges por precio aplazado constante la sociedad de gananciales, el citado artículo 1356 del Código Civil determina su carácter ganancial o privativo atendiendo a la naturaleza de la aportación con la que se realice el desembolso inicial. Por ello, no se trata de una aplicación del referido principio de subrogación real sino del criterio que se ha denominado doctrinalmente como «accesión económica».

Por ello, en el presente caso en que se ha determinado el carácter privativo del primer desembolso –aunque sea por confesión del consorte ex artículo 1324

del Código Civil–, es incuestionable que todo el bien adquirido tiene el mismo carácter, sin que sea aplicable el artículo 1357 del mismo Código que se refiere a un supuesto diferente, cual es el de adquisición de bienes –y de viviendas– comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales.

Resolución de 30-5-2023
BOE 28-6-2023
Registro de la Propiedad de Corcubión-Muros.

PUBLICIDAD FORMAL: NOTA SIMPLE DE LA FINCA MATRIZ DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

Partiendo de que la finca matriz de la propiedad horizontal sigue estando vigente, se confirma la posibilidad de pedir publicidad de los estatutos por nota simple.

La única cuestión a resolver en este expediente es dilucidar si procede emitir publicidad por medio de nota simple de las cuotas relativas a elementos privativos de una división horizontal, así como los estatutos de la misma.

Como resulta del mismo artículo 222, la manifestación, que debe realizar el registrador, del contenido de los asientos registrales tendrá lugar por nota simple informativa o por certificación, mediante el tratamiento profesional de los mismos, de modo que sea efectiva la posibilidad de publicidad sin intermediación, asegurando, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado. El ahora recurrente solicita la información a través de una nota simple al considerar implícitamente que la finca matriz no pierde su vigencia por el hecho de que se abran distintos folios registrales a los elementos privativos.

Las notas simples, ya sean literales o por extracto, se reservan para asientos vigentes. Del hecho de que se abra folio independiente a cada uno de los elementos de una división horizontal no se deduce que la finca matriz haya perdido vigencia, ya que en ese historial existen elementos imprescindibles para el funcionamiento de la comunidad de propietarios como pueden ser los elementos comunes, atribuciones de uso exclusivo, servidumbres a favor de otras fincas o los estatutos por los que se rige la comunidad. Por ello la publicidad de la matriz podrá solicitarse que se emita por medio de una certificación o de una nota simple.

La plataforma FLOTI permite editar el texto de las notas simples por lo que puede disponerse de otras herramientas de edición que permitan configurar la nota simple extractando los aspectos solicitados o en último caso mediante trascripción literal de todo o parte de los asientos.

Resolución de 30-5-2023
BOE 28-6-2023
Registro de la Propiedad de Mancha Real.

BIENES GANANCIALES: DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO.

Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges por disolución de condominio tendrán el carácter que tuviera la cuota de este en la comunidad, aunque esta regla pueda alterarse por el acuerdo de ambos esposos.

La extinción de la comunidad termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero, o comuneros, a quien o quienes, se adjudica el bien entero, o cada una de las porciones materiales que resulten de su división. En nuestro Derecho, dejando a salvo supuestos especiales, se permite, y aun se facilita, la extinción de la comunidad, que puede tener lugar mediante lo que propiamente constituye una división material de la cosa común, cuando su naturaleza lo permite, o mediante la reunión de todas las cuotas en una sola mano, lo que puede verificarse a través de cualquier negocio traslativo de dichas cuotas a favor del que queda como titular, y también, cuando se trate de bienes indivisibles, en virtud de la adjudicación a uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico (o mediante otros bienes o servicios), sin que por ello pueda considerase que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito.

En este caso, los preceptos que rigen la sociedad conyugal legal, más que apoyar la consideración de que el pleno dominio de la finca adquirido por uno de los cónyuges en virtud de la extinción del condominio ha de tener carácter ganancial (mediante la aplicación del principio de subrogación real, presuponiendo el carácter ganancial del dinero con que el cónyuge adjudicatario ha de pagar su parte a los demás condueños –artículos 404, 406 y 1062 del Código Civil– con base en la presunción de que dicho numerario es de tal carácter –artículo 1361 del Código Civil–), pone de relieve que lo más congruente es entender que la totalidad de la finca adjudicada tras la extinción de la copropiedad conserva la misma naturaleza que tenía la titularidad originaria del condueño adjudicatario, de decir, la cuota indivisa de la que trae causa la adjudicación, que en el caso examinado era privativa.

Este criterio se fundamenta y apoya en la letra y el espíritu del apartado cuarto de los artículos 1346 y 1347 del Código Civil, que atribuyen carácter privativo o ganancial a los bienes adquiridos por derecho de retracto de carácter privativo o ganancial, aun cuando lo fueran con fondos de carácter contrario, o del artículo 1352 del Código Civil cuando considera privativas las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos (sin perjuicio del correspondiente reembolso, en su caso), y la doctrina lo extiende a todo supuesto de adquisición preferente, o de adquisición que se derive de una previa titularidad. Esta posición es, además, la que ha venido manteniendo esta Dirección General en pronunciamientos anteriores. Y es que, en suma, la solución que resultaría de la aplicación combinada del principio de subrogación real y de la presunción del artículo 1361 del Código Civil cede ante un título adquisitivo del cual, por estar basado en un derecho de adquirir privativo, legalmente resulte la privatividad de lo adquirido.

Ciertamente, el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges casados en régimen de gananciales permite que, para la determinación del carácter ganancial o privativo de un bien o derecho determinado, los cónyuges puedan, bien en el momento de la adquisición, bien con posterioridad, alterar el carácter que resultaría de aplicar las reglas establecidas en el Código Civil antes referidas. En el presente caso, el criterio de la registradora debe ser confirmado porque, en contra de lo que afirma el recurrente, falta el consentimiento del cónyuge del adjudica-

tario que es imprescindible para que –con base en el referido principio de autonomía de la voluntad– quede determinado el carácter ganancial de lo adjudicado.

Resolución de 30-5-2023
BOE 28-6-2023
Registro de la Propiedad de Inca, número 2.

PUBLICIDAD FORMAL: FORMA DE SOLICITARLA Y OBTENERLA.

Si se ha solicitado la publicidad formal por cauces electrónicos ha de cumplimentarse el proceso íntegramente por ese medio.

Con carácter previo, respecto a la denegación de la emisión de publicidad, la negativa a expedirla es una calificación más y como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. Es evidente que la mera comunicación desde la aplicación efectuada, en este caso, no reúne todas las condiciones, sin que pueda justificarse su falta por el hecho de hacerse por los mismos cauces electrónicos que la petición, puesto que el programa de gestión utilizado por el registrador debe permitir emitir y notificar fehacientemente las notas de calificación con todos sus requisitos. Pero sí contiene la base legal por la cual se denegaba la emisión de dichas notas.

Entrado en el fondo del recurso, la reciente doctrina de la Dirección General, en cuanto a la idoneidad del correo electrónico, llegó a la conclusión de que es preciso que se utilicen sistemas que extremen la seguridad de los servidores depositarios de la información y que impidan ceder involuntariamente el uso de la cuenta de correo, provocar una suplantación de identidad y el acceso a información confidencial.

El portal web www.registradores.org aloja los servicios telemáticos del Colegio de Registradores, pero que no es una sede electrónica en el sentido que establece el Reglamento Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. Regula el permiso al acceso en línea de los usuarios a algunos de los servicios de información registral que las oficinas de los Registros de la Propiedad y Mercantiles prestan de forma presencial, poniendo a disposición de los ciudadanos un procedimiento y un cauce seguro para su contratación mediante soporte electrónico que reúne los requisitos operativos que facilitan al ciudadano el acceso a unos servicios mínimos uniformes, con un aspecto homogéneo y una identificación bajo el dominio registradores.org, además de cumplir los requisitos de

identificación, autenticación, accesibilidad, disponibilidad, integridad, veracidad y protección de los datos de carácter personal. Esta previsión, ha sido confirmada por la Ley 11/2023, de 8 de mayo.

Por último, debe analizarse la posibilidad de que las notas sean solicitadas telemáticamente y recogidas en soporte papel por el propio interesado o un tercero en su nombre, una mensajería en el caso de este expediente. De los artículos 14, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y 3 del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos resulta que el interesado persona física deberá elegir la forma de relación con las Administraciones Públicas por medios electrónicos al inicio del procedimiento pudiendo optar por otro medio de relación a lo largo de éste. Ahora bien, en este punto debe destacarse que el procedimiento registral es un procedimiento autónomo, de naturaleza especial, que se rige por la legislación hipotecaria.

El artículo 222 bis de la Ley Hipotecaria regula de forma autónoma el procedimiento de su solicitud, emisión y recepción, en la forma dispuesta en los apartados que han sido anteriormente relacionados y de los cuales resulta que, si se escoge la solicitud de publicidad registral de forma telemática, la tramitación se produce íntegramente por este medio, debiendo culminar en el plazo previsto, que, dada su brevedad, impide cualquier modificación en una fase posterior del procedimiento.

Resolución de 31-5-2023
BOE 28-6-2023
Registro de la Propiedad de Barbate.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: VENTA DE CUOTAS INDIVISAS.

No concurriendo circunstancias añadidas que hagan presumir la posibilidad de usos individualizado de porciones de la finca, no cabe exigir licencia en la venta de una cuota indivisa de la finca, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a lo establecido en el art. 79 del RD 1093/1997.

La reciente Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, entró en vigor día el 23 de diciembre de 2021, por lo que tratándose de una escritura de compraventa de cuota indivisa otorgada el día 12 de julio de 2006, bajo la vigencia de la legislación anterior, debe considerarse aplicable, en principio, la regulación sustantiva prevista en el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. No obstante, puede decirse que la nueva ley no altera sustancialmente el régimen de las parcelaciones urbanísticas en Andalucía.

Sobre el tratamiento registral de aquellos negocios que, sin aparecer formalmente como división o segregación, pueden presentar indicios de posible parcelación urbanística este Centro Directivo ha tenido ocasión de analizar diversos supuestos en el ámbito de la legislación andaluza. Este Centro Directivo ha entendido que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesariedad –artículo 78 del Real Decreto

1093/1997, de 4 de julio, en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo– cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos. En otro caso, el tratamiento del mismo desde el punto de vista registral debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto. En el caso de la mera transmisión de una cuota indivisa ya inscrita en el Registro, amparada por tanto por la legitimación registral, no debe justificar, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna, a menos que vaya acompañada de un indicio cualificado como puede ser la nueva asignación de uso de parte determinada de finca o la conversión de una comunidad hereditaria en ordinaria mediante sucesivas transmisiones, siempre atendidas el resto de circunstancias concurrentes y de conformidad con la legislación sustantiva aplicable.

En el caso del presente expediente, se trata de una venta de la tercera parte indivisa de una finca rústica realizada por su titular registral a uno de sus hijos, según manifiesta el recurrente. En el presente caso, no resulta acreditada ninguna circunstancia adicional (consulta de la ortofoto, existencia de construcciones, parcelario catastral...) que permita considerar la posibilidad de que se asignen usos individualizados de partes de finca, más allá de la mera transmisión de una cuota indivisa. Por ello, atendiendo a la normativa aplicable al tiempo del otorgamiento, año 2006, este Centro Directivo considera que el negocio calificado no puede equipararse legalmente en este caso a un acto de parcelación y no es exigible licencia o declaración de innecesariedad. Sin embargo, sí puede considerarse procedente el inicio del procedimiento regulado en el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, en orden a permitir a la Administración que pueda pronunciarse sobre el negocio en cuestión, teniendo en cuenta los mayores medios de los que dispone para apreciar la existencia de posible parcelación urbanística y sólo en este sentido puede confirmarse el defecto.

Resolución de 31-5-2023
BOE 28-6-2023
Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 2.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso gubernativo no es el cauce adecuado para revisar la validez de asientos ya practicados.

Los términos del recurso presentado obligan a este Centro Directivo a precisar nuevamente cuál es la finalidad y el objeto del denominado recurso contra la calificación del registrador, previsto en los artículos 19 bis y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la deter-

minación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, en su caso, la posible valoración de las inscripciones y notas marginales anteriormente referidas, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (artículo 66 de la Ley Hipotecaria).

Una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). La conversión de la inscripción posesoria no puede conllevar la modificación del derecho inmatriculado, en el presente expediente el derecho de ocupación, siendo por tanto correcta la actuación del registrador al publicar exclusivamente la mutación de tal situación posesoria conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta de la Ley Hipotecaria, sin afectar al propio contenido del derecho inscrito como pretende el recurrente.

Resolución de 31-5-2023
BOE 28-6-2023
Registro de la Propiedad de Sant Feliu de Guísols.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: VENTA DE CUOTAS INDIVISAS.

No concurriendo circunstancias añadidas que hagan presumir la posibilidad de usos individualizado de porciones de la finca, no cabe exigir licencia en la venta de una cuota indivisa de la finca, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a lo establecido en el art. 79 del RD 1093/1997.

Es doctrina de esta Dirección General que el informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos. La calificación registral ha de ser global y unitaria, la doctrina de esta Dirección General así lo reitera en numerosas Resoluciones. Es cierto que también ha declarado reiteradamente, en Resoluciones como la de 13 de septiembre de 2017 o 27 de febrero de 2020, que ello exige distinguir según que las sucesivas calificaciones se produzcan o no dentro de la misma presentación del documento. En el primer caso –como ocurre en este caso, donde la inicial nota de calificación se produjo bajo la vigencia del asiento de presentación número 2.782 del Diario 64– el registrador, subsanado el defecto que apreció en su primera calificación, no puede en aras de la seguridad jurídica, apreciar nuevos defectos. Cuestión distinta sería –que no es el caso– de que se tratara de un nuevo asiento de presentación, ya que en ese caso la regla de la calificación global y unitaria debe ceder ante el superior principio de legalidad, que obliga al registrador a impedir el acceso al Registro de un título defectuoso. En tal caso sí podría el registrador objetar el nuevo defecto que haya apreciado, sin perjuicio de una posible responsabilidad.

Respecto de la falta de trascendencia real de la atribución de uso a las cuotas indivisas de fincas, no se puede mantener la nota de calificación. La falta de

transcendencia real ha sido sostenida por este Centro Directivo cuando se trata de la atribución de una mera facultad de usar, graciosamente, en precario o en comodato (vid. Resoluciones de 4 de octubre de 1989 y 15 de julio de 2011), pero no cuando alcanza la configuración «erga omnes» de un derecho real, con la inmediatividad y oponibilidad propia de tales derechos, aunque tal derecho de uso no sea transmisible (cfr. artículos 523 y siguientes del Código Civil) o se vincule a una cuota indivisa en una comunidad ordinaria.

Tampoco por esa razón es necesaria licencia municipal de segregación. Sólo en el caso de que por las circunstancias concurrentes (acceso directo a la vía pública de cada trozo de terreno asignado en uso u otras) pueda entenderse que se está generando un verdadero fraccionamiento del terreno, en definitiva, un núcleo de población, es cuando el artículo 79 de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística obliga a proceder en la forma determinada en el citado artículo, pero sin que se prevea una denegación directa del título.

Tampoco puede mantenerse la exigencia de la declaración previa de obra nueva, puesto que la falta de esta declaración previa de la construcción, en nada impide la inscripción de las cuotas indivisas con atribución de uso sobre el terreno. La declaración de obra nueva es puramente facultativa y no es requisito alguno desde la perspectiva del tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria) o del principio de determinación para la inscripción de la transmisión de cuotas indivisas con atribución de uso sobre el terreno en el que se asienta.

Resolución de 1-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de la Propiedad de Alzira, número 1.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: CERTIFICACIÓN DE CATASTRO.

La certificación catastral es medio apto para acreditar la antigüedad de la obra si de las circunstancias no resulta que con posterioridad se ha realizado ampliaciones.

El apartado 4 del artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana exige que conste a través de cualquiera de los cuatro documentos la acreditación de «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título». Tratándose de una declaración de obra como la que se declara en la escritura, lo importante respecto al requisito de «la terminación de la obra en fecha determinada» es «el año de construcción» que aparece en un recuadro de la certificación catastral expresando que es el año 2007.

En definitiva, como alega el notario recurrente, para acreditar la construcción y la fecha de terminación de la obra construida, se prevén distintos medios y no hay una jerarquía entre ellos de modo que, si alguno de esos medios no determina claramente alguno de los requisitos exigidos, puede acudirse a otro que dé respuesta precisa sobre el extremo que ofrece dudas (vid. Resolución de 12 de noviembre de 2012, reiterada por muchas otras).

Al motivar la registradora su calificación en la falta de coincidencia entre los datos descriptivos de la obra declarada que resultan de la descripción literaria que

de la misma se hace en el título y los que figuran en la certificación relacionada, y dado que hace la calificación por referencia a otra negativa anterior, cabe dudar si se refiere a la certificación catastral, a la del técnico o a la del Ayuntamiento. Y, efectivamente, no coinciden en sus datos, por lo que se ha de analizar la trascendencia de cada una de ellas. En el supuesto presente, no se trata de una escritura de ampliación de obra sino de una declaración de obra a partir de una parcela diáfana, por lo que solo hay una fecha de terminación. No obstante, el técnico certifica que la obra descrita es la misma que la que recoge el Catastro, sin que de forma expresa corrobore la antigüedad y por tanto sin que se justifique a qué obedece entonces la rectificación de las superficies construidas respecto a las de Catastro. Lo que produce dudas en la registradora.

De lo visto, se concluye que, tanto en el Catastro como en la certificación del Ayuntamiento, y en la del técnico, aunque no existe identidad descriptiva –lo que sería esencial en el caso de una inmatriculación–, no se deduce que haya habido ampliaciones o modificaciones de obra sino una sola obra construida. En consecuencia, no son fundadas las dudas, por lo que el recurso debe ser estimado.

Resolución de 1-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 26.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: NECESIDAD DE LIQUIDACIÓN PARA DETERMINAR TITULARIDADES CONCRETAS DE CADA CÓNYUGE.

En una situación de sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, ninguno de esposos puede ostentar titularidad privativa sobre la mitad indivisa de cada bien ganancial.

Previamente, respecto de la numerosa documentación que acompaña la recurrente al escrito de interposición del recurso para acreditar la privatividad del bien inventariado, hay que recordar la reiterada doctrina de este Centro Directivo respecto a la posible toma en consideración de documentos aportados en sede del propio recurso y que el registrador no ha podido tener en cuenta al emitir la calificación impugnada. En tal sentido y conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no pueden ser tenidos en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al Registrador a la hora de emitir la calificación recurrida (vid., por todas, Resolución de 22 de noviembre de 2021).

También como cuestión previa, en cuanto a las alegaciones de la recurrente respecto a que «el carácter de ganancial de las fincas objeto de inscripción se lo otorgó de forma unilateral, el Registrador de la Propiedad existente en enero de 1980». En primer lugar, el título de adquisición de las fincas referidas es el de compraventa de fecha 29 de octubre de 1979, en la que doña M. L. M. F. compró en estado de casada con don A. C. P. M. en sociedad de gananciales, y en segundo lugar, hay que recordar que es la Ley –las normas del Código Civil– la que atribuye la ganancialidad a la compra efectuada por una persona casada en régimen de gananciales, y en ese sentido, es ese carácter se recogió en su día en la inscripción conforme a las normas registrales. Alega la recurrente que no existió el divorcio

hasta el año 1981, lo que es cierto; pero también es cierto que sí existía la separación legal, así como los procedimientos para la liquidación de la sociedad de gananciales; además, se pudo instar la liquidación de gananciales en el procedimiento de divorcio que culminó con la sentencia de 1985, lo que no se hizo, abocando a la situación preexistente de ganancialidad en el Registro. En consecuencia, sin perjuicio de que pueda servir este argumento en el procedimiento judicial que corresponda, no es admisible para sostener extrajudicialmente el carácter privativo de la adquisición.

Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (vid., por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando las fincas transmitidas inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. artículos 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

Debe recordarse que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la doctrina de este Centro Directivo configuran la sociedad legal de gananciales, al igual que la generalidad de la doctrina, como una comunidad de tipo germánico, en la que el derecho que ostentan ambos cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas, ni facultad de pedir la división material, mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano, con cuotas definidas, y en donde cabe el ejercicio de la división de cosa común. Y, por eso, en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de cada uno de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial.

Resolución de 1-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de Sant Feliu de Guísols.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Están fundadas las dudas de la registradora basadas en la observación de que la georreferenciación propuesta invade la base gráfica no inscrita de una finca registral colindante.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria).» El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según

su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.»

Como declaró la Resolución de este Centro Directivo de 23 de febrero de 2023, el hecho de que la representación gráfica alternativa aportada por el promotor invada geometrías catastrales no es motivo suficiente para rechazarla, pues precisamente por ser alternativa se produce esa invasión parcial del inmueble catastral colindante; pero ello no obsta para que las alegaciones del colindante catastral puedan ser tenidas en cuenta por el registrador para fundar su oposición a la inscripción. Y ello es lo que ocurre en el presente caso, donde la registradora justifica su negativa no por la mera oposición, sino de la observancia de las dos georreferenciaciones alternativas aportadas, por los cotitulares registrales de las fincas 8.493 y 17.608, de las que resulta una titularidad controvertida respecto de una porción de terreno.

Por tanto, constatado que existe una controversia, no sólo entre un titular registral y un titular catastral afectado, sino entre titulares registrales de sendas fincas registrales colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como la de 23 de mayo de 2022, entre otras, que estima justificadas las dudas de la registradora sobre la identidad de la finca en un expediente del artículo 199.

Resolución de 1-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de la Propiedad de Hoyos.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS QUE IMPIDEN TRAMITAR EL EXPEDIENTE.

Solo procede denegar el inicio del expediente previsto en el artículo 199, cuando de manera palmaria y evidente resulta improcedente, evitando, de este modo, los costes que generan su tramitación..

En la Resolución de 17 de noviembre de 2015, la Dirección General entendió que para rectificar la descripción de la finca y lograr la inscripción de la georreferenciación y, en su caso la coordinación con el Catastro, el interesado podía acudir, cuando existía una discordancia con la realidad física, bien al expediente del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, tramitado ante el notario o al del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, tramitado ante el registrador.

Si el registrador tiene dudas respecto a la correspondencia de la descripción de la finca registral con la de la parcela catastral, o no puede afirmar con rotundidad que ambas se refieren a la misma porción de terreno, sin necesidad de expedir certificación, pues será el propio registrador quien tramite el expediente, puede intentar resolver las dudas, realizando los diferentes trámites en que consiste el expediente del artículo 199, entre ellos la notificación a colindantes, y a la vista del resultado, emitir la correspondiente calificación negativa, o practicar la inscripción, en su caso, si se disipan las dudas. Esta Dirección General tiene proclamado

que solo procede denegar el inicio del expediente previsto en el artículo 199, cuando de manera palmaria y evidente resulta improcedente, evitando, de este modo, los costes que generan su tramitación.

Dicha doctrina debe mantenerse en el presente caso, puesto que no se da esa situación evidente que determine que sea improcedente la tramitación del expediente, pues en el presente caso, las dudas sobre la correspondencia de la finca con respecto a la de la parcela catastral, carecen de la virtualidad suficiente como para impedir la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Igualmente, es improcedente la exigencia de la certificación municipal que acredite la correspondencia entre las certificaciones catastrales y las fincas registrales, mediante el correspondiente certificado firmado por el secretario del Ayuntamiento competente, puesto que el Ayuntamiento carece de competencia para ello y porque el juicio de correspondencia corresponde al registrador y no al Ayuntamiento, como ha declarado este Centro Directivo en la Resolución de 2 de enero de 2020.

Resolución de 2-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001 EN LOS PODERES OTORGADOS POR UNA SOCIEDAD Y QUE NO ESTÉN INSCRITOS EN EL REGISTRO MERCANTIL.

En la reseña de un poder otorgado por una sociedad mercantil que no está inscrito en el RM es preciso hacer referencia a todas las circunstancias que garanticen su validez.

En las citadas Sentencias de 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021 se afirma que cuando se trata de un poder conferido por una sociedad mercantil que no consta inscrito, el notario autorizante debe, bajo su responsabilidad, comprobar de forma rigurosa la validez y vigencia del poder otorgado por dicha sociedad y dejar constancia de que ha desarrollado tal actuación, de forma que la reseña del documento auténtico del que resulta la representación exprese las circunstancias que, a juicio del notario, justifican la validez y vigencia del poder en ejercicio del cual interviene el apoderado, ya se trate de un poder general no inscrito, ya de un poder especial. Y el registrador debe revisar que el título autorizado permita corroborar que el notario ha ejercido su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado, es decir, que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas.

En el presente caso, el notario autorizante de la escritura calificada se limita a expresar que la interviniente en representación de la sociedad vendedora actúa

en virtud de «un poder concreto y específico, por lo que no es necesaria su inscripción en el Registro Mercantil», otorgado en la escritura que se reseña. Por ello debe concluirse que esa reseña del documento auténtico del que resulta la representación no expresa las circunstancias precisas para que la registradora pueda revisar que el título autorizado permite corroborar que el notario ha ejercido su función de valoración de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado.

Resolución de 2-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de la Propiedad de Mancha Real.

OBRA NUEVA EN CONSTRUCCIÓN: COORDENADAS DE LA SUPERFICIE OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

A la luz de la reforma operada por la Ley 7/2021 en Andalucía, en esta Comunidad Autónoma es necesario especificar las coordenadas de la superficie ocupada por la edificación en las obras nuevas en construcción.

A diferencia de otros preceptos de la ley 7/2021 que fueron expresamente modificados por dicho Decreto-ley 11/2022, la disposición adicional novena, aun conteniendo requisitos relativos a los instrumentos públicos y a la inscripción en el Registro de la Propiedad, no se ha derogado ni modificado en ningún aspecto; remitiéndose la citada disposición a la legislación estatal, en cumplimiento del acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La referencia a la legislación estatal debe entenderse hecha al artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

La Ley 7/2021 exige la constancia de las coordenadas de la superficie de la finca ocupada por la edificación, no solo en el otorgamiento de escrituras de declaración de obra nueva en construcción, que los registradores harán constar en el asiento que se practique, sino también en un momento anterior, cual es el de la solicitud de la licencia de obras, puesto que el artículo 140 de la citada ley establece el requisito de incorporar las coordenadas de la superficie a ocupar por las edificaciones en las solicitudes y resoluciones de concesión de licencia.

Analizados estos preceptos, debe concluirse que el cambio legislativo es de tal envergadura, que debe determinar el cambio de interpretación de la doctrina de este Centro Directivo respecto a la exigencia de la constancia de las coordenadas de la finca ocupadas por la edificación a las obras nuevas en construcción, al menos en las que se produzcan dentro del ámbito de aplicación de la Ley 7/2021 de Andalucía.

Resuelta esta primera cuestión, procede abordar la segunda. Es decir, si este nuevo criterio interpretativo puede aplicarse al presente supuesto de hecho. La respuesta debe ser negativa, pues como resulta del título presentado, la solicitud de licencia de la que deriva la escritura calificada se realizó el día 27 de julio de 2021, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley 7/2021, por lo que no se le puede aplicar retroactivamente un requisito exigido por una ley posterior.

Resolución de 2-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de la Propiedad de Don Benito.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar la inscripción de una base gráfica es preciso que se acrediten dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, pretendida la inscripción de la base gráfica y, tramitado el expediente, se presenta el escrito de oposición anteriormente citado, justificando su oposición tanto en la planimetría acreditativa de la posible invasión (aporta copia del Sistema de Información Geográfica de Parcelas Agrícolas), como en la aportación de los escritos de solicitud de alteración catastral y documento privado que manifiesta encontrarse suscrito por el recurrente, y presentado ante la Administración Pública del que se deduce, cuanto menos, el carácter controvertido de la titularidad dominical de la referida porción. Por tanto, tal motivo de recurso debe ser desestimado, debiendo reconocerse la legitimación para formular oposición todo cotitular colindante.

Resolución de 5-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de la Propiedad de Aranjuez.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DESVINCULACIÓN DE UNN TRASTERO.

La desvinculación de un trastero como anejo de uno de los pisos no se entiende autorizada por la cláusula estatutaria que permite segregar y dividir pisos y locales.

La segregación o división de los pisos o locales y sus anejos, así como la agregación de otras dependencias colindantes del mismo edificio en régimen de división horizontal, es un concepto atinente a la configuración física de los elementos independientes. Por el contrario, la desvinculación del anejo respecto de los elementos independientes a que está vinculado hace referencia a un cambio de régimen jurídico, más que a una modificación física de la configuración de la finca. Y tiene una mayor trascendencia que la mera segregación o división material, en la medida que va a posibilitar la disposición del trastero, hasta entonces vinculado

a la propiedad de una vivienda, a favor de personas que no sean titulares de ningún elemento independiente en el edificio, lo cual tiene gran importancia en las comunidades de propietarios. En definitiva, no se pueden equiparar, ni considerar jurídicamente términos equivalentes, la desvinculación de anejos y la segregación de elementos independientes en un edificio en régimen de propiedad horizontal.

En el presente caso es indudable que la denominada «segregación» del trastero que se había configurado como anejo de la vivienda es propiamente una desvinculación de dicho anejo; y, al constituir una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal que no está expresamente autorizada según los estatutos, requiere que sea aprobada por los propietarios en los términos previstos en la regla sexta del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla octava de tal precepto).

Resolución de 5-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de la Propiedad de Álora.

VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA: SITUACIONES DE DIVORCIO.

La nueva redacción del art. 96.3 del CC no altera el criterio de que si el derecho de uso ex art. 96 no consta inscrito, nada puede exigir el registrador.

Es principio rector del matrimonio aquel según el cual los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (artículo 70 del Código Civil). Una vez fijada y establecida, la ley protege especialmente la vivienda familiar habitual, trátese de vivienda simplemente conyugal, trátese de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio. Entre las técnicas de tutela de la vivienda familiar figura la que establece el artículo 1320 del Código Civil. El citado artículo 1320 del Código Civil implica un límite a la libertad de disposición del cónyuge que es titular exclusivo de la vivienda familiar, cualquiera que haya sido el título de adquisición y el régimen económico matrimonial que rija en el matrimonio, que se justifica por la protección de los intereses familiares que la legislación considera superiores a los individuales de cada cónyuge.

«Habitual» no equivale a «permanente» pero denota un alto grado de continuación temporal. En el Código Civil, la expresión «vivienda habitual» se utiliza para referirse a aquella vivienda en la que una persona tenga su residencia (artículo 1406.4.o). Pero la falta en nuestra legislación civil de un concepto de vivienda habitual de la familia tiene como consecuencia práctica que la cuestión se suscite más de una vez en contiendas judiciales que versan sobre la aplicación del artículo 1320. Por ello, para evaluar si se da cumplimiento a esta norma legal de régimen primario y a la del artículo 91 del Reglamento Hipotecario, debe analizarse cada caso concreto. Y es que, en la sociedad actual hay familias que tienen varias residencias y las ocupan alternativamente durante el año, en períodos más o menos largos; en otras ocasiones, uno de los miembros de la pareja, o ambos, pasan largas temporadas fuera del hogar familiar, frecuentemente por motivos de trabajo; pero también puede faltar la cohabitación en un solo hogar familiar por

algún motivo de salud que implique el necesario ingreso de un cónyuge en algún centro médico o de cuidados especiales; e incluso no es descartable la existencia de relaciones conyugales a distancia, con domicilios que se mantienen separados.

Para resolver la cuestión planteada en el presente caso debe tenerse en cuenta que, como sostiene el recurrente, las normas antes citadas (artículos 1320 del Código Civil y 91 del Reglamento Hipotecario) no son aplicables respecto de actos dispositivos realizados por persona divorciada. Debe advertirse que tampoco se exige tal manifestación para todo acto de disposición realizado por una persona divorciada en previsión de que sobre la vivienda sobre la misma se haya constituido a favor del excónyuge el derecho de uso que contempla el artículo 96 del Código Civil. Así, no cabe olvidar: a) que este derecho de uso ex artículo 96 de dicho Código es inscribible en el Registro de la Propiedad (cfr. artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario; b) que dicho derecho deberá estar debidamente inscrito para que perjudique a terceros (cfr. artículo 13 de la Ley Hipotecaria), y c) que se presume legalmente que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en los términos del asiento respectivo (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria). Por ello, debe concluirse que el registrador –que conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria deberá atenerse en su calificación a lo que resulte del documento presentado y de los libros a su cargo–, sólo puede exigir aquel consentimiento o autorización judicial cuando ese derecho de uso de la vivienda de que se va a disponer constare en aquéllos, pues, en otro caso, habrá de estar al pronunciamiento registral de un dominio pleno y libre a favor del excónyuge disponente (cfr. Resolución de 31 de marzo de 2000).

Por último, y frente al criterio expresado por el registrador, debe entenderse que las anteriores conclusiones no quedan empañadas por la modificación que en la redacción del artículo 96, apartado 3, del Código Civil se ha introducido por el artículo segundo, apartado once, de la Ley 8/2021, de 2 de junio. En esta disposición legal se ha añadido que «esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». Y en el presente caso no consta en el Registro de la Propiedad ni en el documento calificado que se haya atribuido a otra persona dicho uso de esa vivienda concreta.

Resolución de 5-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de la Propiedad de Blanes.

REQUISITOS FISCALES EN EL IMPUESTO IVTNU: LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES.

La liquidación de gananciales es un acto no sujeto al impuesto y que no debe provocar el cierre registral.

En relación con el Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana –el comúnmente conocido como Impuesto de Plusvalía Municipal–, el artículo 254 de la Ley Hipotecaria en su apartado quinto determina que «el Registro de la Propiedad no practicará la inscripción correspondiente de ningún documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias

por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, sin que se acredite previamente haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración, del impuesto, o la comunicación a que se refiere la letra b) del apartado 6 del artículo 110 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 2/2004, de 5 de marzo».

La doctrina mantenida por este Centro Directivo ha establecido que el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no sólo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la administración fiscal ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquel consideró aplicable. Ahora bien, no concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración Tributaria, ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al Impuesto (apartados 2 a 4 del artículo 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta evidente que la liquidación de los gananciales es un acto no sujeto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana, razón por la cual no debe estar afectada por el cierre registral del artículo 254.5 de la Ley Hipotecaria. En el supuesto de este expediente, se determina con claridad que la adjudicación de las dos fincas urbanas de Blanes a la viuda y heredera lo es exclusivamente en concepto de su participación en la disuelta sociedad conyugal y no en concepto de herencia, por lo que de acuerdo con lo previsto tanto en el artículo 104.3 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales como en la propia Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Blanes reguladora del Impuesto, se trata de un acto no sujeto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana.

Resolución de 5-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de la Propiedad de Cambados.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. CONCURSO DE ACREEDORES: ENAJENACIÓN DE BIENES.

El recurso gubernativo no es el cauce para discutir la validez de asientos ya practicados. Para inscribir transmisiones en fase de concurso, además de la preceptiva autorización judicial, será necesaria la correspondiente escritura pública.

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral. De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Establecido lo anterior, el recurrente desenfoca completamente la cuestión al afirmar que la registradora, con su calificación, pretende la modificación del contenido del Registro sin reunir los requisitos del artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Bien al contrario, pues como resulta de la nota de calificación, es precisamente el contenido del Registro el que impide la transmisión de la finca sin tener en cuenta las circunstancias que resultan del asiento, afirmación que esta Dirección General no puede sino confirmar.

Tampoco puede estimarse el motivo de recurso relativo a la aportación del plan de liquidación exigido por la calificación. Sobre la cuestión de los requisitos que afectan a la disposición de inmuebles por concursado y su acreditación ante el Registro de la Propiedad, esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones. En consecuencia, para inscribir en el Registro los actos de enajenación o gravamen de bienes o derechos que integren la masa activa del concurso será necesario que se acredite ante el Registrador la obtención del oportuno auto autorizatorio, por medio del correspondiente testimonio extendido por el secretario judicial que acredite la autenticidad y el contenido del citado auto, dando fe del mismo (...) Pero para inscribir la transmisión es imprescindible que el título material – en este caso la enajenación autorizada por el juez– conste en el título formal adecuado, es decir, "el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquélla y que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite" (artículo 33 del Reglamento Hipotecario). El título a efectos de la inscripción será por tanto –como título principal– la escritura pública, en la que conste el negocio traslativo, complementada por el título formal que acredite la autorización judicial.

Resolución de 6-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de Pozuelo de Alarcón, número 1.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Se reiteran los requisitos que han de cumplirse para la rectificación de los asientos registrales.

Los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011, y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho –lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad–, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Como ha quedado expuesto, uno de los supuestos de inexactitud registral puede venir motivado por la existencia de errores materiales o de concepto en la redacción del asiento. El artículo 40 de la Ley Hipotecaria en su apartado c) señala que en este caso el Registro se rectificará en la forma determinada en el Título VII. El consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador son requisitos indispensables para la rectificación. Y ello porque, en caso de error, la inexactitud viene provocada por la actuación equivocada del registrador al extender los asientos, de forma que lo que publica el Registro contraviene lo querido por las partes y plasmado correctamente en el título, mientras que cuando la inexactitud es consecuencia de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, la rectificación del Registro precisará el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuye algún derecho, pero no del registrador cuya actuación ha sido ajena al origen de la inexactitud. En ambos casos, si no hay acuerdo de todas las personas que, según cada supuesto, deban intervenir será necesaria la oportuna resolución judicial.

Resolución de 6-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de Murcia, número 7.

DOCUMENTOS JUDICIALES: SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA.

Se reitera la doctrina sobre las sentencias dictadas en rebeldía, aunque en el caso concreto, a la vista de la diligencia aclaratoria, no cabe sino admitir la inscripción.

Aun cuando conste acreditada en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. No cabe pues la inscripción, ni siquiera haciendo constar la posibilidad de rescisión.

El transcurso de los plazos previstos en el art. 502 LEC plazos debe resultar del propio documento presentado a la calificación o bien de otro documento que

lo complemente, indicando la imposibilidad de ejercicio del procedente recurso por transcurso del plazo aplicable al supuesto concreto.

Como resulta claramente del primer número del citado artículo 501.1.o, la existencia de fuerza mayor determinante de la incomparecencia, y en consecuencia de la declaración de rebeldía, es compatible con el hecho de haberse efectuado la notificación de la demanda personalmente. Deberá entenderse igualmente compatible su mantenimiento en el caso de que la notificación de la sentencia sea también personal, ya que el artículo 502 requiriere únicamente que tal situación se prolongue hasta el momento de dictarse la sentencia y que este alcance firmeza, para que el rebelde tenga derecho a ejercitar la acción de rescisión.

Debe recordarse la doctrina emanada de este Centro Directivo respecto de la falta de competencia del registrador para apreciar la posible concurrencia de la mencionada fuerza mayor y por tanto para la fijación del plazo para el ejercicio de la acción de rescisión, cuestión que deberá ser apreciada por el letrado de la Administración de Justicia, correspondiendo por tanto al propio Juzgado la determinación del transcurso o no del oportuno plazo de la acción de rescisión.

Ha de entenderse que el Juzgado ha confirmado la imposibilidad de ejercicio de la acción de rescisión por parte del rebelde y, en consecuencia, la firmeza plena de la sentencia y la posibilidad de inscripción. A la vista de tales afirmaciones, no puede el registrador discutir su realidad y validez, exigiendo aclaraciones complementarias, porque implicaría vulnerar los límites que a la calificación registral le establece el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 6-6-2023
*BOE*29-6-2023
Registro de El Puente del Arzobispo.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CIRCUNSTANNCIAS DE LA INSCRIPCIÓN.

El hecho de que se trate de un documento judicial no lo exime de la necesidad de que recojan las circunstancias que la LH y el RH exigen como contenidos necesarios del asiento registral.

Los defectos señalados, recogen, que para poder inscribir el título que se presenta, que es traslativo del dominio, se tienen que cumplir una serie de requisitos, que no constan en la sentencia expedida por el Juzgado. El primero de los defectos señalados -no constan las circunstancias personales de los demandantes-, el artículo 51.9.a del Reglamento Hipotecario establece las circunstancias personales que han de constar en la inscripción.

El segundo de los defectos señalados -no se concreta qué parte de la finca se adjudica- ha afirmado este Centro Directivo (vid. «Vistos») que una de las circunstancias esenciales del asiento de inscripción es la naturaleza y extensión del derecho objeto de inscripción (vid. artículo 51.6.a del Reglamento Hipotecario). En su caso, el artículo 54 del Reglamento Hipotecario establece que las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho, precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos, que permitan conocerla indudablemente.

Resolución de 6-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de Icod de los Vinos.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de la base gráfica si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

El asiento registral determinante de la ubicación, delimitación y superficie de la finca «está bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley», como resulta del artículo 1 de la Ley hipotecaria. Y entre tales efectos jurídicos, y sin pretender aquí ser exhaustivos en modo alguno, cabe citar los siguientes: a) en primer lugar, conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (...) que se le oponga o sea incompatible». Así lo confirma también de modo más específico aún el artículo 199 la Ley Hipotecaria ordenando que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita». b) en segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(...) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». c) en tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (...) que ha quedado incorporada al folio real».

Constatado que existe una controversia, no sólo entre un titular registral y un titular catastral afectado, sino entre titulares registrales de sendas fincas registrales colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede confirmar la nota de calificación registral negativa aquí recurrida sobre dudas fundadas de posible invasión de fincas registrales colindantes inmatriculadas.

Resolución de 7-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de Illescas, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Conforme al 266 del RRC es necesario hacer constar en el RC los actos de modificación del régimen económico matrimonial antes de su acceso al Registro de la Propiedad.

El artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige, en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro –y, por tanto, en el Registro de la Propiedad– produzcan los hechos que afecten al régimen económico-matrimonial, han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

Los términos del artículo 266 del Reglamento del Registro Civil son claros acerca de la obligatoriedad de la previa inscripción en el Registro Civil de las capitulaciones matrimoniales para proceder a la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudicaciones de bienes a favor de quienes tuvieran un régimen económico-matrimonial distinto de los supletorios legales, por lo que se debe confirmar la calificación.

Resolución de 7-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de Valladolid, número 2.

HERENCIA: INSTANCIA PRIVADA DE HEREDRO ÚNICO.

Para que sea admisible la instancia de heredero único como título formal inscribible es preciso que no exista ningún interesado más en la herencia.

En el caso de las sucesiones «mortis causa», el artículo 14 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero establece que «el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n.o 650/2012». Este precepto se complementa con el artículo 79 del Reglamento Hipotecario.

Los preceptos transcritos contemplan el supuesto de heredero único, sin que exista persona con derecho a legítima, de modo que la inscripción registral se produce en virtud del título sucesorio que enumera el párrafo primero del citado artículo 14 (el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el Capítulo VI del Reglamento (UE) n.o 650/2012).

El requisito esencial es que se trate de heredero único sin persona alguna con derecho a legítima. Y, en el presente caso, si bien, como resulta del relato de hechos, hay dos de los cuatro nietos de la causante que han renunciado a sus dere-

chos en la herencia, otra de las nietas no ha renunciado a su legítima y otorgó un poder para las operaciones particionales.

Resolución de 7-6-2023
B.O.E. 29-6-2023
Registro de Almazán.

PROCEDIMIENTO ART. 201 LH: REQUISITOS.

Para expedir la certificación del art. 201 LH es preciso que la finca esté inscrita a favor del promotor, pero no que se inscriba una obra nueva previa.

Han de rechazarse ahora todas las argumentaciones y pretensiones del notario recurrente relativas a notas de calificación pasadas, firmes y no recurridas. Como señaló la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 2015 «cuando la inscripción de la representación geográfica y lista de coordenadas no sea preceptiva, sino potestativa, y se solicite en el mismo título en el que se formalice una transmisión o gravamen del inmueble, las vicisitudes del procedimiento de inscripción de aquéllas no deberán dilatar la inscripción, si procediere, de éstas últimas».

No obstante, sí debe hacerse la matización, anunciada más arriba, de que para la expedición de la certificación ahora interesada sólo será preciso, como señala la registradora, la previa inscripción de la transmisión hereditaria de la finca a favor de la promotora del expediente, sin que sea preciso además, como exige también la registradora en la calificación ahora recurrida, la previa inscripción de la declaración de obra nueva sobre dicha finca.

Resolución de 7-6-2023
BOE 29-6-2023
Registro de Inca, número 2.

REFERENCIA CATASTRAL: CONSTANCIA EN LA INSCRIPCIÓN.

Se recuerdan os efectos de la constatación de la referencia catastral en la inscripción y la forma de rectificarla.

Debe recordarse, como ha puesto de relieve esta Dirección General en distintas Resoluciones (vid., por todas, la 4 de diciembre de 2013) la referencia catastral de la finca sólo implica la identificación de la localización de la finca inscrita en cuanto a un número de referencia catastral, pero no que la descripción tenga que ser concordante con la del Catastro ni que se puedan inscribir en tal caso todas las diferencias basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica. Por lo tanto, la referencia catastral no sustituye a la descripción de la finca que figura en el Registro ni implica una incorporación inmediata del cambio de naturaleza, de linderos y superficie catastrales en el folio registral. En lo que a los efectos jurídicos radicalmente diferentes se refiere, es de destacar que el objeto y efecto fundamental de la simple constancia registral de la referencia catastral no es sino «posibilitar el trasvase de información entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobilia-

rio» (artículo 48 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario) y aportar al registro un indicio sobre la posible ubicación, que no delimitación, de la finca sobre la cartografía catastral. En cambio, la inscripción formal de la georreferenciación de una finca, además de tener unos requisitos muchos más complejos y garantistas, tiene unos efectos jurídicos radicalmente más amplios y contundentes.

Con independencia de cuáles hubieran sido en el pasado las circunstancias por las que tal referencia catastral llegó a ser incorporada al folio real de la finca, (posible error del título, posible error de calificación, posible error de redacción del asiento, o posible cambio catastral sobrevenido, o cualquier otra imaginable) resulta evidente que no se cumplen los requisitos de correspondencia que exige el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Por tanto, debe acceder a la petición de cancelación de un dato de la inscripción, en este caso la referencia catastral, que resulta probadamente erróneo, y que además cuenta, no sólo con el consentimiento, sino con la solicitud expresa del titular registral interesado.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 27- 4-2023.
BOE 15-5-2023
Registro Mercantil de Guadalajara.

PODER A FAVOR DE TERCERO PARA HACER USO PARCIAL DE FACULTADES DE LOS APODERADOS MANCOMUNADOS. SUBPODER A TERCEROS.

SE REVOCA

Se puede conferir e inscribir un poder a favor de tercero para uso parcial de forma individual de facultades que los propios apoderados tienen conferidas de forma mancomunada.

En este supuesto estamos ante un subpoder a un tercero para ejercitar determinadas facultades que tienen conferidas los apoderados mancomunados para que las lleve a cabo de forma solidaria, siendo correcto el juicio de suficiencia efectuado por el notario.

Resolución de 10-5-2023.
BOE 1-6-2023
Registro Mercantil de Madrid, número XXIII.

NIF: NECESARIO PARA PODER INSCRIBIR LA CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL. FORMA PARA CONVOCAR A JUNTA GENERAL. RETRIBUCION DEL ADMINISTRADOR.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

Es obligatorio que toda sociedad de capital cuente con un NIF que la identifique, que será aportado con la escritura de constitución tras ser expedido por la Administración Tributaria, conforme al art.18 del RD 1065/2007 (no cabe presentar el modelo 036, que solo acredita la solicitud del alta en el censo fiscal), por tener que ser parte de la inscripción de constitución de dicha sociedad en el registro mercantil. No cabe la inscripción parcial a estos efectos, ya que el NIF es un requisito necesario para poder abrir el folio registral a la sociedad.

La DG confirma que no cabe la convocatoria de Junta General mediante correo ordinario por no poder asegurar la recepción del anuncio por todos los socios, tal y como exige la norma. (art. 173 LSC).

La DG indica que si no existe previsión estatutaria en contrario el cargo de administrador es gratuito, no obstante, los estatutos pueden prever relaciones civiles o laborales correspondientes a actividades distintas a la gestión en las que, si cabe retribución, sin que las mismas puedan considerarse per se indicio de retribución extraestatutaria del cargo de administrador.

Resolución de 11-5-2023.
BOE 1-6-2023
Registro Mercantil de Madrid, número XXI.

REVOCACIÓN DE NOMBRAMIENTO DE AUDITOR: JUSTA CAUSA

SE CONFIRMA

La DG confirma a tenor de los artículos 264.3 LSC y 153.3RRM, la competencia para decidir la revocación del auditor corresponde a la sociedad, que habrá de ejercitarla mediante la adopción de un acuerdo asambleario, y es ella la que por certificación deberá acreditar la resolución adoptada identificando las causas que justifican dicha destitución y su posterior elevación a público, conforme al artículo 60.3 del Reglamento de Auditoría.

Resolución de 11.05.2023.
BOE 1-6-2023
Registro de Bienes Muebles de Cuenca.

RECTIFICACIÓN DE UN ASIENTO REGISTRAL.

SE CONFIRMA

La DG confirma que cabe dos procedimientos para la rectificación de errores. Por un lado, el que exige el acuerdo unánime de los interesados y el registrador y, en su defecto, resolución judicial. Por otro lado, la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados. En el caso que nos ocupa se inscribe el literal de una sentencia por la que se cancela el contrato de arrendamiento financiero y de la reserva de dominio y se ordena la entrega del bien a la entidad actora (a cuyo nombre se inscribió en el registro), pero dicha sentencia no dice nada del titular, por ello solo no se puede inscribir la atribución del dominio a favor del arrendador en base a dicho documento judicial, que solicita el recurrente en base a un pretendido error de concepto en el asiento.

Resolución de 12-5-2023.
BOE 1-6-2023
Registro Mercantil de Madrid, número IV.

HOJA CERRADA POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS. FECHA DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN Y SUS EFECTOS EN EL REGISTRO.

SE CONFIRMA

La DG confirma que hay que diferenciar entre la fecha en la que se remite el documento al registro por medio de envío postal con la fecha de su asiento de presentación en el Libro Diario. Es el asiento de presentación el que determina el comienzo del procedimiento registral, y este se da de alta cuando el documento llega a la oficina del registro. En el supuesto de hecho el documento tiene entrada en el registro el 3 de enero de 2023 siendo esta la fecha del asiento de presentación. El cierre de la hoja de la sociedad por falta de depósito de cuentas del ejercicio 2021 se produce por haber transcurrido un año desde el cierre (31/12/2022), afectando dicho cierre a cualquier documento presentado con posterioridad como es este caso y no encontrarse entre las excepciones legalmente previstas en el art. 378 RRM en relación con el art. 282 LSC.

Resolución 23-5-2023.
BOE 16-6-2023
Registro Mercantil de Valencia, número III.

CONFIGURACIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: CONSEJERO NOMBRADO EN LA DOBLE CONDICIÓN DE PERSONA FÍSICA (EN SU PROPIO NOMBRE) Y COMO REPRESENTANTE DE PERSONA JURÍDICA.

SE CONFIRMA

La DG confirma que no se puede admitir un consejo de administración formado por dos personas físicas y una persona jurídica representado por una de las personas físicas nombradas, pues se produciría una potencial situación de veto que impediría la adopción de acuerdos por mayoría, mayoría que requeriría siempre la anuencia del consejero nombrado en la doble condición. (Resoluciones de 10 de noviembre de 1993 y 25 de abril de 1997).

Resolución de 24-5-2023.
BOE 22-6-2023
Registro Mercantil de Madrid, número XVI.

INSCRIPCION DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD PROFESIONAL: SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

SE REVOCA

El artículo 8.2 LSP indica el contenido mínimo que debe comprender la inscripción de constitución en el Registro Mercantil, no pudiendo exigir el registador ninguna circunstancia distinta a lo regulado en dicho artículo. No debemos considerar parte de este contenido mínimo el seguro de responsabilidad que exige la norma a este tipo de sociedades porque dicho seguro está regulado en el artículo 11.3 LSP.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Paternidad extramatrimonial por posesión de estado o allegados: el interés real de los menores

Extramarital paternity by possession of status or relatives: the real interests of minors

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*

Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Se ejercita por uno de los progenitores una doble acción de declaración de la paternidad por posesión de estado respecto de los dos hijos biológicos de su ex pareja, así como la paternidad de su expareja respecto de los dos hijos biológicos del propio demandante en relación con los cuatro niños nacidos, a través del empleo de técnicas de reproducción asistida en el extranjero, por medio de la gestación subrogada. Filiaciones que están inscritas en el Registro civil español respecto de cada padre biológico y a la vez comitente.

No cabe apreciar posesión de estado porque durante su larga convivencia en ningún momento hubo la intención de crear una familia. Los contratos de gestación subrogada se realizaron con carácter individual e individualista. Técnica empleada con material genético de cada uno de ellos para "obtener" sus propios hijos. Técnica que no requiere, el consentimiento del conviviente, a diferencia de lo que ocurre en las técnicas de reproducción asistida, (FIV o transferencia de embriones) donde el consentimiento es clave si quiere determinarse la filiación en relación con la pareja, hecho que demuestra que en todo momento se perseguia una determinación de la filiación monoparental. La voluntad derivada tanto de

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy directora.

sus actuaciones legales como de hecho fue en todo momento que hubiera una monoparentalidad separada, de modo que cada progenitor tuviera a sus propios hijos. Si las partes hubieran querido desde el inicio haber accedido conjuntamente a la gestación por sustitución, se hubiera obtenido un certificado y/o una resolución judicial que declarara la doble paternidad en el país donde se llevó a cabo el contrato y el nacimiento de los niños. En ningún momento de la convivencia se optó por recurrir a la adopción como el TEDH señala.

Otorgar la filiación por posesión de estado no garantiza que el superior interés del menor quede mejor tutelado por el hecho de que el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad vaya a recaer en dos personas.

Entre los convivientes lo que si ha existido es un *vínculo socio afectivo* no solo de los niños entre sí, sino entre cada pareja de niños con el progenitor biológico de la otra pareja de niños y viceversa. Todos son allegados entre sí teniendo derecho a comunicación y derecho de relaciones personales, que en el caso que nos ocupa se cumple con creces. *Vinculo socio afectivo*, el de allegados, que garantiza el respeto a la vida familiar con independencia de los lazos biológicos entre personas que han vivido juntas con cierta estabilidad, que se haya protegido por el art. 8 CEDH, y que no exige que deba establecerse la filiación.

ABSTRACT. One of the parents is exercising a double action of declaration of paternity by possession of status with respect to the two biological children of his ex-partner, as well as the paternity of his ex-partner with respect to the two biological children of the plaintiff himself in relation to the four children born, through the use of assisted reproduction techniques abroad, through surrogacy. Affiliations that are registered in the Spanish Civil Registry with respect to each biological father and at the same time the principal.

It is not possible to appreciate possession of state because during their long coexistence at no time was there the intention of creating a family. The surrogacy contracts were carried out on an individual and individualistic basis. Technique used with genetic material of each of them to "obtain" their own children. Technique that does not require the consent of the partner, unlike what happens in assisted reproduction techniques (IVF or embryo transfer) where consent is key if the filiation in relation to the couple is to be determined, a fact that shows that at all times a determination of single-parent affiliation was pursued. The will derived both from its legal actions and in fact was at all times that there was a separate single parent, so that each parent had their own children. If the parties had wanted from the beginning to have jointly agreed to surrogacy, they would have obtained a certificate and/or a judicial decision declaring dual paternity in the country where the contract and the birth of the children took place. At no time during the cohabitation was it decided to resort to adoption as the ECHR points out.

Granting filiation by possession of state does not guarantee that the best interest of the minor is better protected by the fact that the fulfillment of the duties inherent to parental authority will fall on two people.

Among the cohabitants, what has existed is a socio-affective bond, not only between the children, but between each pair of children with the biological parent of the other pair of children and vice versa. All are close to each other, having the right to communication and the right to personal relationships, which in the case at hand is more than fulfilled. Affective partner bond, that of relatives, which guarantees respect for family life regardless of the biological ties between people who have lived together

with a certain stability, which has been protected by art. 8 ECHR, and that does not require that parentage must be established.

PALABRAS CLAVE. Paternidad extramatrimonial. Posesión de estado. Padre biológico. Gestación subrogada. Interés superior del menor. Allegados.

KEY WORDS. Extramarital paternity. State possession. Biological father. Surrogacy. Best interest of the minor. Relatives

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INEXISTENCIA DE LA INTENCIÓN DE SER PADRE POR QUIEN NO ES EL PADRE BIOLÓGICO.—III. RECLAMACIÓN DE MATERNIDAD O PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL POR POSESIÓN DE ESTADO . A. Aproximacion a la jurisprudencia del TEDH en relación con el art. 8 del Convenio Europeo De Derechos Humanos. B. La jurisprudencia del TS y la posesión de estado como titulo de atribución de la filiación. C. Paternidad extramatrimonial por posesión de estado.—IV. PATERNIDAD POR POSESIÓN DE ESTADO FRENTE A SU SITUACIÓN REAL DE ALLEGADOS. V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VII. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El supuesto de hecho que hoy analizamos, es un supuesto conocido por todos por el carácter mediático de ambos progenitores. Se ejercita por uno de los progenitores una doble acción de declaración de la paternidad respecto de los dos hijos biológicos de su ex pareja, así como la paternidad de su expareja respecto de los dos hijos biológicos del propio demandante. Los dos hijos del demandante viven en un pueblo de Valencia y, los otros dos hijos del demandado viven en el extranjero (no con vocación de permanencia) y durante las vacaciones vienen a España. Los cuatro niños nacieron a través del empleo de técnicas de reproducción asistida en el extranjero, a traves de la figura de la gestación por sustitución, filiaciones que están inscritas en el Registro civil español respecto de cada padre biológico y a la vez comitente.

Cada progenitor fue reconocido por un acto de autoridad extranjera en favor de cada uno de ellos que encargaron la gestación respecto de los niños nacidos de cada contrato de paternidad subrogada. En el presente recurso se solicita la determinación de la paternidad de cada menor respecto de aquél que no es su padre biológico ni encargó su gestación, basándose en el artículo 131 CC.

El recurso de casación se centra en dos motivos: la posesión de estado y el interés de los menores, motivos que previamente habían sido rechazados por la sentencia recurrida.

II. INEXISTENCIA DE LA INTENCIÓN DE SER PADRE POR QUIEN NO ES EL PADRE BIOLÓGICO

La reclamación de la paternidad que se ejercita no se basa en el vínculo genético, cuestión obvia tras los antecedentes expuestos con antelación. Generalmente

se utiliza el término *padre de intención* en el supuesto de gestación subrogada, al comitente. Término utilizado por las propias agencias cuando indican, por ejemplo que "son varias las fases que todo padre de intención debe valorar previamente. Entre las más importantes, encontramos la de elegir la agencia de subrogación, seleccionar a la mujer que gestará a su bebé y elegir a la donante de óvulos idónea". Nosotros utilizamos el juego de palabras en el título por las consideraciónes que a lo largo del trabajo se exponen.

La propuesta del recurrente es que se considere como *padre "de intención" a quien no es el padre biológico,* aunque ni en el momento del nacimiento ni con posterioridad, ninguno de ellos prestó el consentimiento para la gestación de los niños que no eran hijos biológicos suyos. Esto significa que ningún momento, ninguno de los dos progenitores tuvo la intención de pasar a ser el padre de los hijos del otro, ni asumir los derechos ni las obligaciones que tal vinculación legal conlleva. Pero en este caso se utiliza la expresión o al menos *el recurrente la utiliza como el deseo o propósito que tenia el padre no biológico de actuar y ser el padre de los hijos del otro progenitor biológico*. Cuestión que se desmontada con argumentos jurídicos en contra por la propia Sentencia.

Generalmente en los supuestos donde se utilizan las técnicas de reproducción asistida, a la hora de solicitar la paternidad o maternidad los requisitos de la *voluntad y el consentimiento* son decisivos,[1] como vamos a desarrollar seguidamente teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, en el supuesto que estamos analizando, tales requisitos no aparecen y ello por varios motivos y circunstancias:

— Primero porque en ningún momento hubo la intención de crear una familia. Los contratos se realizaron con carácter individual e individualista.

— En segundo lugar porque con carácter individual se optó por el contrato de gestación subrogada fuera de España. Técnica empleada con material genético de cada uno de ellos para "obtener" sus propios hijos.

— En tercer lugar, esta técnica no requiere, el consentimiento del conviviente, a diferencia de lo que ocurre en las técnicas de reproducción asistida, (FIV o transferencia de embriones) donde el consentimiento es clave si quiere determinarse la filiación en relación con la pareja. Hecho que demuestra que en todo momento se perseguia una determinación de la filiación monoparental. La voluntad derivada tanto de sus actuaciones legales como de hecho, fue en todo momento que hubiera una monoparentalidad separada, de modo que cada progenitor tuviera a sus propios hijos.

— En cuarto lugar, si las partes hubieran querido desde el inicio haber accedido conjuntamente a la gestación por sustitución, se hubiera obtenido un certificado y/o una resolución judicial que declarara la doble paternidad en el país donde se llevó a cabo el contrato y el nacimiento de los niños. Y consiguientemente se hubiera obtenido en la práctica la inscripción de los niños como hijos de los dos comitentes (según la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010)

— O, incluso cabría la posibilidad de que tras la reclamación de la paternidad por el padre biológico, la adopción por el otro permitiría la formalización jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar tal y como ocurrió en el supuesto de hecho de la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

No podemos olvidar, tampoco la posibilidad otorgada por nuestro propio ordenamiento jurídico, desde el 1 de julio de 2005, de contraer matrimonio las personas del mismo sexo. Cosa que no se llevó a cabo. Si lo hubieran hecho también hubieran podido proceder tras el enlace a la adopción de cada progenitor biológico con los hijos del otro progenitor según el artículo 176.2.2.ª CC. Adopción que en nuestros dias es posible sin la necesidad de contraer matrimonio, tras la reforma operada en dicho artículo por la Ley 26/2015, de 28 de julio.

Todas estas circunstancias se afianzan más aún, teniendo en cuenta el periodo largo en el tiempo en el que estuvieron conviviendo padres e hijos de manera continuada e ininterrumpida.

En resumen, ninguna de estas circunstancias demuestran que ninguno de los dos progenitores tuvo en ningún momento la intención de ser padre de intención de los hijos no biológicos, pues la intención consiste en la determinación de la voluntad en orden a un fin.

III. RECLAMACIÓN DE MATERNIDAD O PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL POR POSESIÓN DE ESTADO

A. APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN RELACIÓN CON EL ART. 8 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Antes de proceder al análisis de la posesión de estado y su conexión con la reclamación de paternidad o maternidad extramatrimonial... vamos a analizar la jurisprudencia del TEDH en relación con la aplicación del artículo 8 del CEDH, relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar.[2]

La STEDH de 28 de junio de 2007 (Asunto Wagner y J. M. W. L. c. Luxemburgo) analiza un supuesto en el que la Sra. Wagner, madre de cuatro niños escolarizados en Luxemburgo, adoptó una niña peruana de tres años, que había sido declarada en situación de abandono. En 1997, se inicio un procedimiento civil para que la decisión peruana fuera declarada ejecutoria en Luxemburgo y así permitir la inscripción de la niña en el registro civil y, obtener la nacionalidad luxemburguesa. Demanda rechazada alegando que la sentencia de adopción peruana se había dictado en contradicción con el artículo 367 CC según el cual una mujer soltera no puede adoptar en Luxemburgo. Las demandantes apelaron alegando su incompatibilidad con el artículo 8 del CEDH que no prosperó. El tribunal de casación ratificó la sentencia el 14 de junio de 2001. Posteriormente acudieron al TEDH invocando el 8 del CEDH por no reconocer el vínculo familiar que ellas habían creado mediante la sentencia de adopción emitida en Perú.[3]

El TEDH en su análisis de una posible violación del artículo 8 CEDH, considera que, el rechazo por parte de los tribunales luxemburgueses de acordar el exequátur de la sentencia peruana es una forma *de injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de las demandantes*. El TEDH considera que no parece irracional que las autoridades luxemburguesas verifiquen si la adopción se ha producido de conformidad con las reglas luxemburguesas de conflicto de leyes.[4] El TEDH observa que la cuestión de la adopción por parte de solteros se encuentra en un estadio avanzado de armonización en Europa y que la decisión de rechazo

del exequátur no tiene en cuenta la realidad social de la situación. Además, el interés superior del menor debe primar, por lo que el TEDH estima que los jueces luxemburgueses no podían de forma razonable ignorar el estatus jurídico creado válidamente en el extranjero, que se corresponde a una vida familiar en el sentido del artículo 8. del CEDH.

En la STEDH de 8 de octubre de 2012, Harroudj c. France, se analiza el supuesto de denegación de adopción en Francia de un menor de nacionalidad argelina venido en kafala.[5] Según el art. 370.3 II, la adopción de un menor extranjero no puede ser pronunciada si su ley personal prohíbe esta institución, excepto si este menor nació y habitualmente reside en Francia. Los tribunales nacionales declaran la compatibilidad del precepto con el Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993, incluso si esta Convención sólo considera las adopciones que «establecen un vínculo de filiación» (art. 2.2) por lo que estas adopciones sólo pueden darse si las autoridades competentes del Estado de origen han establecido que el menor es adoptable [art. 4.a) apdo. 19].

El recurrente entiende que hay un trato discriminatorio para el menor —injustificado y por tanto contrario al art. 14 CEDH—, ya que el resultado varía en función de la nacionalidad que se ostente por el menor. Además de la vulneración de sus derechos fundamentales referidos a la familia (art. 8 CEDH).

El TEDH reconoce que el respeto efectivo de la vida familiar con base en el art. 8 se proyecta sobre las relaciones de estado civil y familiares constituidas en el extranjero, de modo que la negativa al reconocimiento supondrían una injerencia en el derecho protegido por el art. 8. Para que la injerencia de la autoridad pública pueda considerarse como aceptable y no implique una violación del art. 8 es necesario que la denegación del reconocimiento de la decisión extranjera responda a una necesidad social imperiosa y sea proporcional al fin legítimo perseguido.

Lo que se pretendía era que la institución de la kafala constituida en el extranjero originase en el Estado de acogida efectos equivalentes a la *adopción plena* basándose en un eventual derecho fundamental del menor a la vida íntima y familiar efectiva. Esto conduciría a reconocer a la kafala distintos efectos de los que en el propio Estado de origen se establecen, pues en ningún caso ésta crea lazos de filiación entre el menor makful y el kafil (y consecuentemente, para el caso de que los tuviera, no se rompen los lazos de filiación con la familia natural). La regla conflictual analizada reenvía a la ley del estatuto personal, que no puede considerarse en modo alguno discriminatoria y, que resulta compatible con los arts. 8 y 14 del CEDH.

Además, el interés superior del menor no resulta conculcado con esta resolución, ya que la remisión al Derecho del Estado de origen —ley personal del menor—supone que no pueda constituirse una adopción. La denegación de la solicitud de constitución de adopción partiendo de la existencia previa de una kafala, no resulta lesiva ni del derecho a la vida familiar del menor.

En la STEDH de 24 de enero de 2017, (Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli)[6] se analiza un supuesto en el que un matrimonio italiano y residentes en Italia, decidieron acudir a la técnica de la gestación por sustitución en Rusia en el año 2010, para tener un hijo, tras varios intentos infructuosos desde el año 2006 de tener hijos mediante la técnica in vitro e incluso, de haber esperado, un proceso

de adopción en Italia. El problema surgió cuando el progenitor comitente paterno intentó inscribir al menor en el Registro Civil italiano como su hijo en agosto del 2011, cuando ya se habían trasladado a Italia con el mismo, cuando éste tenía seis meses de edad.

El Encargado del Registro italiano, no sólo denegó dicha inscripción sino que les acusó de fraude de ley, dado que en el documento ruso que constituía la filiación entre los comitentes y el menor, no se había hecho constar que dicha filiación había sido realizada por la técnica de la gestación por sustitución. Al intentar justificar que el menor era su hijo tras las desaveniencias ocurridas en el Registro, se someten a un test de ADN, pero el mismo test mostró que no existía material genético de ninguno de ambos progenitores para sorpresa también del matrimonio que pensó que al menos, el menor tenía carga genética del progenitor paterno.

El TEDH concluye que al no encontrar indicio de vida familiar válidamente constituida no tenía porque otorgarse dicha protección en contra de la actuación del gobierno italiano, por lo que el gobierno italiano, en este caso concreto, tenía derecho a retirar la custodia del menor al matrimonio, añadiéndose además que no existía vínculo genético de ningún comitente en el menor. La actuación de las autoridades italianas se basaba en proteger su derecho a la identidad (art. 7 CDN), que los padres comitentes habían puesto en peligro con sus actuaciones fraudulentas.

Para el TEDH el mero hecho que los comitentes estuvieran desde el inicio en Rusia, no era una razón de peso para entender que se había formado dicho vínculo familiar por las cuestiones relativas al fraude de ley cometido por el matrimonio.

La STEDH de 18 de mayo de 2021, resolvió que en el caso Valdís Fjölnisdóttir y otros v. Islandia,[7] no existía una violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos al no reconocer el vínculo parental intencional entre la Sra. Fjölnisdóttir y la Sra. Agnarsdóttir con el niño "X", concebido mediante gestación por sustitución en Estados Unidos. Intentaron inscribir como su hijo en su país de origen, Islandia, donde la maternidad subrogada está expresamente prohibida, aunque si se reconoció la existencia de vida familiar entre ellos, entendiendo que el acogimiento familiar dispuesto, implica un sano equilibrio en el reconocimiento de vínculos familiares entre ellos.[8]

La negativa del estado islandés de la maternidad subrogada sirve para proteger los derechos de las mujeres que pueden ser forzadas a llevar adelante embarazos para otras personas, así como el derecho de los niños de conocer a sus padres biológicos. El TEDH entendió que la denegación en el reconocimiento de las solicitantes como madres de "X", perseguía un objetivo legítimo concreto en protección de los derechos y libertades de otros. Y, por otro lado, entendió que las solicitantes y el niño, mantenían un vínculo familiar que no había sido interrumpido por el Estado —en función al acogimiento familiar dispuesto desde el inicio de las actuaciones— lo que les permitió disfrutar de esa vida familiar solicitada, sumada a la concesión de la ciudadanía islandesa al niño.

En esta línea, concluyó el TEDH que *el no reconocimiento de un vínculo parental legal entre las solicitantes y "X", permitiendo el acogimiento familiar permanente por parte de ellas*, que confirmó la Corte Suprema de Islandia, supuso un equilibrio entre el derecho a la vida familiar de las solicitantes y la protección de los inte-

reses generales perseguidos por el Estado con la prohibición de la maternidad subrogada.

Como recapitulación a la jurisprudencia señalada, y teniendo en cuenta que se han recogido distintas sentencias del TEDH en un periodo de catorce años sobre supuestos de hecho diferentes, pero todas referidas a la posible violación del derecho fundamental a la vida privada y familiar, podría pensarse que es difícil mantener un hilo conclusivo, pero no es así.

El artículo 8 CEDH protege al individuo contra cualquier injerencia arbitraria de los poderes públicos y genera además obligaciones positivas inherentes a un efectivo respeto de la vida familiar. En la interpretación del precepto, el TEDH señala la necesidad de conseguir el equilibrio entre los intereses contrapuestos del individuo y de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, el Estado goza de un cierto *margen de apreciación*.

El TEDH afirma que las disposiciones del artículo 8 no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar. Sin embargo, los Estados partes del Convenio podrían encontrarse, en determinadas circunstancias, en la obligación positiva de permitir la formación y el desarrollo de los vínculos familiares.

En relación con la prohibición existente en los ordenamientos internos de diversos paises (Italia, Islandia...) de la gestación subrogada, acudir a la fiura del acogimiento del menor equilibra los intereses de la familia y del Estado, que tiene un margen de apreciación.

La imposibilidad de adopción de un menor en kafala en el país de acogida no conculca el interés superior del menor puesto que en su pais de origen no es equiparable la kafala a la adopción plena, sin embargo, la prohibición de adopción por padres solteros cuando es una cuestión que en esos momentos (2007) se estaba armonizando en el derecho europeo, y existían vínculos familiares entre la menor adoptada y la familia adoptante, es una forma de injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de las demandantes.

B. LA JURISPRUDENCIA DEL TS Y LA POSESIÓN DE ESTADO COMO TÍTULO DE ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN

A continuación consideramos conveniente analizar con unas rápidas pinceladas algunas sentencias del Supremo que han marcado la línea a seguir por la jurisprudencia en torno a diversas cuestiones en cuestiones de parejas del mismo sexo y el consentimiento y voluntad concorde para concebir un hijo a través de las técnicas de reproducción asistida como requisitos del título legitimador de la filiación, y la posesión de estado como título legitimador para el ejercicio de la acción y como medio de prueba de la filiación que valora el interés del menor.

En la STS de 5 de diciembre 2013[9] se afirma que en atención a la protección integral de los hijos ante la Ley, la filiación *no puede quedar subordinada a un requisito formal como el del consentimiento previo* ante el encargado del Registro Civil, debiendo atenderse a la *acreditación del consentimiento y la voluntad concorde de las partes para concebir un hijo*.

La sentencia, además, diferencia los distintos principios en los que se apoya el Código Civil y la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, siendo en esta última

la voluntad de las partes y no la verdad biológica el principio inspirador que sirve de título para atribuir la filiación, permitiendo la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo, declarando además que no es necesario impugnar la filiación determinada al no ser contradictoria con la establecida por ley. La Sala considera que la remisión a las leyes civiles realizada por la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida posibilita el ejercicio de la acción de reclamación de maternidad por posesión de estado que refuerza el consentimiento como título de atribución de la filiación.

La STS de 15 de enero de 2014,[10] afirma que la posesión de estado como título legitimador para el ejercicio de la acción y como medio de prueba de la filiación valora el interés del menor en que continúe una relación que se había prolongado durante tres años, en un caso en el que se afirma que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, concluyendo que la relación o trato con dicho hijo fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía. Existía un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante, y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre.[11]

En la STS de 6 de febrero de 2014,[12] se deniega la inscripción de la filiación de dos niños nacidos en California a través de un contrato de gestación subrogada. La Sala no deniega la inscripción de los niños en el Registro Civil español, pero sí la constancia de su filiación, al no estar contemplado en la legislación española. Por tanto, la cuestión de Derecho internacional privado no consistía en la determinación de la ley nacional aplicable sino en la aplicación de la excepción de orden público al reconocimiento del acto de una autoridad extranjera, excepción que el Alto Tribunal consideró aplicable por ser incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales la determinación de la filiación del niño como hijo de los comitentes con base en el contrato de gestación subrogada y en los actos de autoridades extranjeras que reconocían la filiación resultante de tal contrato, pues se vulneraban gravemente los derechos fundamentales tanto del menor como de la madre gestante.

Por otro lado, el TEDH, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia).

Resulta interesante destacar, que la STS de 9 de mayo de 2018,[13] sintetiza los requisitos fundamentales de la posesión de estado indicando que es posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos (nomen, tractatus, fama). En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el nomen en el sentido estricto de que el niño usara los apellidos de la demandante, pero sí resulta absolutamente imprescindible el tractatus, es decir, actos de atención y asistencia al hijo que comporten el cumplimiento de la función propia de madre, e igualmente es necesario que concurra la fama, una exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada

por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. Es preciso, por tanto, que consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el art. 131 CC exige que la posesión de estado sea "constante" no añade nada que no resulte ya del propio concepto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados, que en el caso no se dan.[14]

En la STS de 27 de enero de 2022[15] se analiza un supuesto de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera pareja, y luego esposa, de la madre por naturaleza. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo).

La STS de 31 de marzo de 2022,[16] por su parte, casa la sentencia que basó la determinación de la filiación resultante de un acuerdo de gestación por sustitución respecto de una madre de intención sin vínculo genético con el nacido con apoyo en la posesión de estado, y *remite a la madre de intención a la adopción para determinar su maternidad respecto del niño con el que convivía desde su nacimiento*.

A fin de argumentar la conveniencia de la adopción, siempre que la relación entre el menor y madre comitente formen parte de un nucleo familiar, para el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial en su favor, el Tribunal parte de la jurisprudencia del TS y del TEDH, que ha reconocido la existencia de una vida familiar de facto incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante (STEDH de 24 de enero de 2017 caso Paradiso y Campanelli, y de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia). Todo ello conforme al interés superior del menor y su derecho a la vida privada (art. 8 CEDH), que incluye el derecho a la identidad, dentro de la cual tiene gran importancia la determinación de su filiación y su integración en un determinado núcleo familiar. Sin olvidar el Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019, que acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos «la adopción por parte de la madre comitente [...] en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño».

La solución de la adopción, tras el «estudio de circunstancias socio-familiares» o de «las valoraciones sobre la idoneidad para la cobertura de las necesidades de todo orden del menor» (referidas a la idoneidad del adoptante o de los adoptantes para asumir la condición de progenitor respecto del menor adoptado) no deben ser consideradas como un obstáculo para la satisfacción del interés superior del menor objeto de la adopción, sino como actuaciones encaminadas a su satisfacción.

La adopción satisface el interés superior del menor, valorado *in concreto*, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y a la vez salvaguarda los derechos fundamentales que el TEDH ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias

de intermediación en la gestación por sustitución, la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones.

Posteriormente, la STS de 11 de julio de 2022,[17] en un caso en el que también se ejercitaba una acción de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado respecto de un menor nacido mediante técnicas de reproducción asistida, se señala como no puede darse por supuesto que el superior interés del menor quede mejor tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de una demanda de filiación, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad vaya a recaer en dos personas.

En casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, la sala ha valorado que el interés del menor concreto a que se referían los litigios que se juzgaban quedaba mejor protegido por la determinación legal de una doble maternidad, convirtiendo en legal una filiación vivida manifestada por constante posesión de estado.

En el caso enjuiciado la maternidad por naturaleza de la demandada quedó determinada por el parto (art. 120 CC). Por el contrario, con arreglo al derecho vigente aplicable, no pudo haber determinación de la maternidad a favor de la demandante, pues en ese momento, el art. 7.3 LTRA permitía la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre que consintiera ante el encargado del Registro civil que se determinara respecto de ella la filiación cuando el niño naciera. En el caso, demandante y demandada nunca han contraído matrimonio, la demandante no prestó su consentimiento para que quedara determinada su maternidad, ni inició la única vía entonces posible para la determinación de la filiación, la adopción.

El TS indica que no se niega que demandante y demandada tuvieran una relación sentimental ni que la demandante sintiera afecto y cariño por el hijo de su compañera, incluso después de su ruptura como pareja, pero ello no determina que sea su madre. A juicio de esta sala es fácil advertir que toda la relación de la demandante con el niño se ha basado en la decisión de la madre, quien velando por lo que consideró ajustado al interés de su hijo, permitió esa relación y, posteriormente, una vez que consideró que no era beneficiosa para él, decidió ponerle fin. Esa relación afectiva y convivencial incluye a la hija de la demandante, lo que sin duda refuerza la valoración por parte de la demandada de que su hijo no se viera privado de un entorno afectivo del que disfrutó cuando convivieron, incluso cuando ya no eran pareja ambas mujeres.

La sentencia recurrida ha prestado más atención a las manifestaciones de terceros (la mayoría, personas del círculo familiar cercano de la demandante, una amiga, y una madre del colegio, que no tienen un conocimiento sino sesgado de la relación) que al comportamiento de la actora, difícilmente compatible con la afirmación de una maternidad vivida de forma constante y sin fisuras. La sentencia recurrida no ha valorado las contradicciones en el actuar de la demandante, pues no solo no consintió la inseminación ni realizó intento alguno de que posteriormente quedara determinada la filiación por las vías legales disponibles, sino que no ha asumido gastos del menor. Ello, evidentemente, no comporta una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan.

El TS entiende que no se ha valorado adecuadamente el interés del menor basado en preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno filial. En el presente caso no se da esa situación ni se ve el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el ya adolescente. Además, consta en el informe psicosocial las razones por las que Fidel no quiere mantener la relación con la demandante. En resumen resulta improcedente y contrario al interés del menor que, tras no haber quedado determinada la filiación por el cauce legal previsto para ello se fije judicialmente cuando no solo no resulta de una constante relación de maternidad vivida, sino que además es contraria a la voluntad, los deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente, a quien debe reconocerse su derecho a participar en las decisiones progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en una etapa tan fundamental para su vida.

En conclusión, la línea a seguir por la jurisprudencia del TS en relación con la posesión de estado como título de atribución de la filiación ha ido evolucionando. Así se afirma como la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida se apoya en la voluntad de las partes, y no se basa en la verdad biológica como el Código civil, y posibilita el ejercicio de la acción de reclamación de maternidad por posesión de estado que refuerza el consentimiento como título de atribución de la filiación.

Posteriormente, la jurisprudencia establece que la posesión de estado es el título legitimador para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial valorándose el interés del menor en que continúe una relación prolongada en el tiempo entre dos convivientes resultando beneficiosa y complementaria para el niño. Además, existía un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres.

Posesión de estado que requiere más que los tres requisitos fundamentales, resulta absolutamente imprescindible el *tractatus*, que aglutina los actos de atención y asistencia al hijo que comporten el cumplimiento de la función propia de madre, e igualmente es necesario que concurra la *fama*, una exteriorización constante de la relación de estado.

En 2014 se deniega la inscripción de la filiación de dos niños nacidos en California a través de un contrato de gestación subrogada, aunque no deniega la inscripción de los niños en el Registro Civil español, pero sí la constancia de su filiación, al no estar contemplado este tipo de gestación en la legislación española.

El TS sigue la doctrina del TEDH, que al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y debe otorgarse protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia.

No determina la filiación resultante de un acuerdo de gestación por sustitución respecto de una madre de intención sin vínculo genético con el nacido con apoyo en la posesión de estado estableciendo la conveniencia de acudir *a la adopción para determinar su maternidad respecto del niño con el que convivía desde su nacimiento*, basándose en la doctrina del TEDH. La adopción satisface el interés superior del menor.

En el supuesto de una pareja homosexual femenina donde la maternidad queda determinada por el parto (art. 120 CC), no queda determinada la maternidad de la mujer pareja de la madre pues nunca han contraído matrimonio, ni se ha prestado el consentimiento para que quedara determinada su maternidad, ni inició los trámites de la adopción. No cabe la posesión de estado, puesto toda su relación con el niño se ha basado en la decisión de la madre, quien velando por lo que consideró ajustado al interés de su hijo, permitió esa relación y, posteriormente, una vez que consideró que no era beneficiosa para él, decidió ponerle fin.

C. Paternidad extramatrimonial por posesión de estado

En la STS de 16 de mayo de 2023, que ha dado origen a este breve análisis, tras la ruptura de la convivencia, uno de los progenitores, actual demandante-recurrente, se persigue la declaración de paternidad del otro progenitor sobre sus hijos biológicos y a la vez, se persigue convertirse en padre en los hijos del otro progenitor biológico, y la única manera por la que puede optar a ello es a traves de la figura jurídica de la posesión de estado de la paternidad extramatrimonial.

Para ello articula su argumento en el artículo 131 CC, que simplemente señala que *cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado, y que se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada*.

No obstante, junto con el título de legitimación para determinar la filiación a través de esta vía, la jurisprudencia del TS, ha examinado las circunstancias concretas de cada supuesto a fin de valorar la existencia del interés superior del menor. Todo ello junto al requisito esencial de existir un proyecto reproductivo en común de las partes, elemento que en el supuesto que nos ocupa no se ha dado en ningún momento.

IV. PATERNIDAD POR POSESIÓN DE ESTADO FRENTE A SU SITUACIÓN REAL DE ALLEGADOS

Volviendo a la Sentencia que ha dado origen a este comentario, de 16 de mayo de 2023 lo que quiere el demandante-recurrente es que se declare la paternidad de cada uno de los litigantes respecto de los hijos biológicos del otro por posesión de estado. Ya hemos visto que la jurisprudencia del TS solo ha reconocido que la posesión de estado, que en el art. 131 CC es título de legitimación, ha sido valorado conjuntamente junto con las concretas circunstancias del supuesto, con el interés de los menores en preservar esa relación y la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres (sentencias de 2013) y en el caso de la sentencia que determinó la filiación con apoyo en la posesión de estado respecto de la madre de intención que carecía de vínculo genético con niño (2022).

En este caso, el recurrente mantiene que de la convivencia como hermanos de los hijos de los litigantes, que nacieron con siete meses de diferencia, resulta una posesión de estado que debería consolidarse mediante la determinación judicial de las paternidades que se reclaman y, de esta forma mantener, en interés de los

niños, la situación fáctica creada de equiparación de todos los niños. Modelo convivencial libre y voluntariamente establecido por las partes que pudo mantenerse como tal mientras quisieron, pero que no permite su imposición, y que, además, no tiene amparo legal a través de la determinación judicial de una filiación.

El Alto Tribunal, con buen criterio a mi juicio, niega la existencia de tal posesión de estado que no puede basarse en la anterior convivencia establecida voluntariamente y amparada por acuerdos alcanzados por las partes, ni por el principio del interés del menor.

Realmente lo que sí ha existido es un *vínculo socio afectivo* no solo de los niños entre sí, sino entre cada pareja de niños con el progenitor biológico de la otra pareja de niños y viceversa.

Vínculo socio afectivo que no crea un vínculo legal de filiación. Nuestro ordenamiento establece el cauce de la adopción, que no se ha querido seguir ni durante la convivencia, ni después. Y ello porque no se puede crear una situación jurídica con derechos y obligaciones que expresamente las partes no han querido durante su convivencia crear. Además, no crear el vínculo jurídico de filiación no afecta ni a la identidad de los niños ni a ninguno de sus derechos.[18]

Vínculo socio afectivo que posibilita la relación entre las partes como allegados,[19]con derecho de comunicación y derecho de relaciones personales entre todos ellos,[20]como de hecho ya tienen convenido, pues consta en la propia sentencia que tienen pactado un amplio régimen de estancias y relaciones que va más allá de las que se fijan para meros allegados, y que permite a los chicos compartir juntos todos los periodos vacacionales, la mitad con un progenitor y la otra mitad con el otro, al que las dos partes se han adaptado sin dificultad.

Vinculo socio afectivo, el de allegados, que como hemos concretado al examinar la jurisprudencia del TEDH, que garantiza el respeto a la vida familiar con independencia de los lazos biológicos entre personas que han vivido juntas con cierta estabilidad, y que se haya protegido por el art. 8 CEDH, no exige que deba establecerse la filiación.

V. BIBLIOGRAFÍA

CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel: " STEDH (Sala 5.ª) de 8 de octubre de 2012, demanda 43631/09, Harroudj c. France. Presidente: Dean Spielmann." En *Revista Española de Derecho Internacional*
Sección Jurisprudencia. © 2013 Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. ISSN: 0034-9380, vol. LXV/2. Madrid, julio-diciembre 2013 págs. 283 286
http://bibliotecaculturajuridica.com/biblioteca/arxius/PDF/REDI_VOL_LXV2_2013//09_JURISPRUDENCIA_ESPAN__OLA_Y_COMUNITARIA_digital.pdf
Consultado el 7 de junio de 2023

DE LA IGLESIA MONJE, Mª Isabel:

— *El allegado: Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor.* Dykinson, 2021. ISBN 9788413774862

— "Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico.

Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año nº 87, Nº 725, 2011, págs. 1668-1677

— "El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad y la importancia del interés del menor", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* ISSN 0210-0444, Año nº 90, Nº 744, 2014, págs. 1924-1942

— "Concepto de allegados y el interés superior del menor" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* ISSN 0210-0444, Año nº 91, Nº 751, 2015, págs. 2871-2892

DIAGO DIAGO MP. La "Kafala" islámica en España. *Cuadernos de Derecho transnacional*. Vol 2. nº 1. 2010.
https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/98/96
Consultado el 7 de junio de 2023

RUIZ MARTÍN, Ana Mª: "El caso campanelli y paradiso ante el tribunal europeo de derechos humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución" *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 778-791 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5020
Consultado el 6 de junio de 2023

STEDH de 18 de mayo de 2021, resolvió que en el caso Valdís Fjölnisdóttir y otros v. Islandia
https://centrodebioetica.org/nueva-decision-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-maternidad-subrogada/
Consultado el 6 de junio de 2023

TORROJA MATEU, Helena; BONDIA GARCIA, David: "STEDH de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo." Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (junio-octubre 2007), en *ADC* tomo LXI, 2008, fasc. I.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2008-10027900285_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Jurisprudencia_del_Tribunal_Europeo_de_Derechos_Humanos_(junio-_octubre_2007)
Consultado el 6 de junio de 2023

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STEDH de 18 de mayo de 2021, resolvió que en el caso Valdís Fjölnisdóttir y otros v. Islandia
- STEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli
- STEDH (Sala 5.ª) de 8 de octubre de 2012, demanda 43631/09, Harroudj c. France. Presidente: Dean Spielmann.
- STEDH de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo.
- STS, Sala 1ª de lo Civil, Sentencia de 16 de mayo de 2023. Nº de Recurso: 6189/2022. Nº de Resolución: 754/2023. Ponente: Maria De Los Ange-

les Parra Lucan. Roj: STS 1958/2023. ECLI:ES:TS:2023:1958. Id Cendoj: 28079110012023100700
- STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de 11 de julio de 2022. Número Sentencia: 558/2022 Número recurso: 6885/2021. Ponente: Mª Ángeles Parra Lucán. Numroj: STS 3002:2022. Ecli: ES:TS:2022:3002
- STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de 31 de marzo de 2002. Número Sentencia: 277/2022 Número Recurso: 907/2021. Ponente: Rafael Sarazá Jimena. Numroj: STS 1153:2022. Ecli: ES:TS:2022:1153
- STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de 27 de enero de 2022. Número Sentencia: 45/2022 Número Recurso: 6482/2020. Ponente: Mª Ángeles Parra Lucán. Numroj: STS 243:2022. Ecli: ES:TS:2022:243
- STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de de 9 de mayo de 2018. Número Sentencia: 267/2018 Número Recurso: 2762/2017. Ponente: Mª Ángeles Parra Lucán. Numroj: STS 1617:2018. Ecli: ES:TS:2018:1617
- STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de 6 de febrero de 2014. Número Sentencia: 835/2013 Número Recurso: 245/2012. Ponente: Rafael Sarazá Jimena.
- STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de 15 de enero de 2014. Número Sentencia: 836/2013 Número Recurso: 758/2012. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.
- STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de 5 de diciembre de 2013. Número Sentencia: 740/2013 Número Recurso: 134/2012 Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

VII. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

- Convenio Europeo de Derechos Humanos
- Código Civil.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019
- Instrucción de la DGRN 2010

NOTAS

[1] Vid. DE LA IGLESIA MONJE, Mª Isabel:"El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad y la importancia del interés del menor", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* ISSN 0210-0444, Año nº 90, Nº 744, 2014, págs. 1924-1942

[2] Precepto que determina que "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia" , y que "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás."

[3] El TEDH constata que, la cuestión de la incompatibilidad de la decisión de primera instancia de acuerdo con el artículo 8 del CEDH —en particular bajo el ángulo de su conformidad con el orden público internacional— figuraba entre los argumentos principales alegados por las demandantes, de forma que exigía una respuesta específica y explícita. Por tanto, el tribunal de apelación omitió dar una respuesta al argumento según el cual el orden público exigía precisamente acordar, según el artículo 8, el exequátur a la decisión de adopción peruana. El tribunal de casación confirmó esta sentencia, yendo en contra de su propia jurisprudencia que establece que el CEDH despliega efectos directos en el ordenamiento jurídico luxemburgués. En estas condiciones, el TEDH considera que las demandantes no han sido efectivamente atendidas por las jurisdicciones luxemburguesas al no garantizarles el derecho a un juicio justo. Concluye, por tanto, que existe una violación del art. 6. 1 del CEDH.

[4] En cuanto a la «necesidad» de las medidas litigiosas «en una sociedad democrática», el TEDH recuerda que su función no consiste en sustituir a las autoridades luxemburguesas competentes para definir la política más oportuna en materia de reglamentación de las adopciones de menores, pero debe apreciar bajo el prisma del CEDH las decisiones que han adoptado en el *ejercicio de su poder de apreciación*.

[5] La kafala es una institución propia del mundo islámico por la cual el kafil (titular de la kafala) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (makful) de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo. "La Kafala es una institución muy compleja que tiene un marcado carácter multifuncional, y que cuenta con un poderoso componente religioso. Todo ello hace que se resista a toda tentativa de asimilación plena, con las instituciones del Derecho español, complicando la tarea de Derecho Internacional Privado de asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas en situaciones transfronterizas. La sustitución integral de la Kafala por una medida de protección del menor propia de nuestro sistema y en especial, por la adopción, acogimiento o tutela, desencadena una metamorfosis artificial de aquella no justificada." Vid. DIAGO DIAGO MP. La "Kafala" islámica en España. *Cuadernos de Derecho transnacional*. Vol 2. nº 1. 2010.

https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/98/96

[6] En noviembre del año 2011, el Tribunal de Menores de Campobasso (Italia) decide retirar de inmediato la custodia del menor al matrimonio y poner al menor en manos de los Servicios Sociales al mismo en una Casa Famiglia, sin contacto ninguno con el matrimonio Campanelli-Paradiso. El menor quedó sin ninguna identidad formal hasta el año 2013, en contra de lo establecido en el artículo 7 apartado 1º de la Convención de los Derechos del Niño, algo que las autoridades italianas consideraron responsables a los señores Campanelli-Paradiso por haber cometido fraude de ley. No obstante, pocos meses después de la retirada del menor a los comitentes, fue dado en acogida y posteriormente en adopción, a una nueva familia, con la que permanece desde su entrega. Entendiendo entonces que los nuevos vínculos familiares constituidos y la nueva identidad otorgada al menor se habían consolidado de forma durarera con la nueva familia.

RUIZ MARTÍN, Ana Mª: "El caso campanelli y paradiso ante el tribunal europeo de derechos humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución" *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 778-791 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5020

[7] https://centrodebioetica.org/nueva-decision-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-maternidad-subrogada/

Consultado el 6 de junio de 2023

[8] Supuesto de hecho: California, Estados Unidos, a los fines de llevar adelante un contrato de gestación por sustitución, dado que, en Islandia, su país de origen, dicha práctica es ilegal. Tras concebir al niño, vía fertilización in vitro a través de donantes anónimos de gametos, "X" nació en febrero de 2013 un bebe. Tras el nacimiento, las solicitantes fueron registradas en California como las progenitoras de "X", obteniendo el certificado de nacimiento junto al pasaporte estadounidense del niño para regresar junto a ellas a Islandia. En Islandia, efectuaron la solicitud para inscribir a "X" en el Registro Nacional Islandés, como su propio hijo, con fundamento en el derecho de los nacionales islandeses nacidos en el exterior, donde acompañaron el certificado de nacimiento estadounidense. En el marco de esta solicitud, revelaron el medio por el cual el niño había sido concebido y nacido. El Registro Islandés les negó la inscripción solicitada, argumentando que el niño nació en Estados Unidos a través de maternidad por subrogación y por ello, las previsiones legales islandesas sobre parentalidad no eran aplicables, con lo cual el niño no tenía derecho a la ciudadanía en ese país, considerándolo, por tanto, un ciudadano extranjero y un menor de edad sin cuidados parentales en Islandia.

[9] STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de 5 de diciembre de 2013. Número Sentencia: 740/2013 Número Recurso: 134/2012 Ponente: José Antonio Seijas Quintana. El supuesto de hecho se centra en una pareja de mujeres con una hija en común concebida por fecundación in vitro y adoptada por una de ellas que posteriormente acuden de nuevo a estas técnicas de reproducción asistida firmando ambas el consentimiento informado en la clínica el 16 de marzo de 2007. Con posterioridad, el 3 de agosto de 2007 contraen matrimonio y tienen dos hijas el 14 de diciembre de 2007 que son inscritas en el Registro Civil solo con la filiación materna como de madre soltera. La madre biológica insta expediente de rectificación de error accediéndose solo a la rectificación en cuanto al matrimonio, sin inscribir la filiación de su pareja. Tras la ruptura de la pareja, la madre no biológica reclama la filiación por posesión de estado que es estimada tanto en primera instancia como en la Audiencia Provincial por la existencia de la voluntad libre y manifestada por ambas del deseo de ser madres. La madre biológica interpuso recurso de casación.

[10] STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de 15 de enero de 2014. Número Sentencia: 836/2013 Número Recurso: 758/2012. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.

[11] En la sentencia hay un voto particular firmado por tres magistrados (Marín Castán, Salas Carceller y Sancho Gargallo), declara que el asunto debió desestimarse por falta de respeto al hecho probado de la inexistencia del consentimiento de la recurrente al uso de las técnicas de reproducción asistida de su pareja, circunstancia que se considera relevante para la diferenciación de otros casos resueltos por la Sala.

Discrepa de la remisión al Código Civil realizada por la sentencia, al considerar de aplicación al caso la legislación especial en materia de técnicas de reproducción asistida, bajo la cual la recurrente no podría haber obtenido la filiación por no estar casada con la madre biológica y por la falta de acreditación del consentimiento conjunto de las partes, que la sentencia considera en este tipo de casos título de determinación de la filiación.

El voto particular descarta la aplicación al caso del principio del interés del menor, al considerar que la atribución de la filiación puede crear una situación potencialmente conflictiva que en nada beneficia al menor, *al que considera se le había dado respuesta correcta a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011 otorgando visitas en concepto de "allegada" a la recurrente, ahora, con esta decisión, madre de menor.*

[12] STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de 6 de febrero de 2014. Número Sentencia: 835/2013 Número Recurso: 245/2012. Ponente: Rafael Sarazá Jimena.

[13] STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de 9 de mayo de 2018. Número Sentencia: 267/2018 Número Recurso: 2762/2017. Ponente: Mª Ángeles Parra Lucán. Numroj: STS 1617:2018. Ecli: ES:TS:2018:1617

[14] El concepto de posesión de estado es una *quaestio iuris* y también lo es por tanto la valoración y calificación jurídica de los concretos hechos probados en la instancia, es decir, la determinación de si los hechos acreditados son constitutivos o no del concepto de posesión de estado. La apreciación del concepto que establece la ley como presupuesto para la legitimación de cualquier interesado requiere la presencia de hechos concretos que integren los diversos elementos de la posesión de estado (nomen, tratactus, fama), de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes, una apariencia de una relación de filiación manifestada por la posesión del estado de filiación. Es preciso, por tanto, que consten hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación.

Hay que admitir que resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos. En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el *nomen* en el sentido estricto de que el supuesto hijo usara los apellidos del progenitor, pero sí resulta absolutamente imprescindible el *tractatus*. Es decir, actos del progenitor (a los que pueden sumarse los de su familia) que den credibilidad a la situación posesoria, actos de atención y asistencia al hijo, actos que comporten el cumplimiento de la función propia de un progenitor. E igualmente es necesario que concurra la *fama*, entendida como notoriedad y reflejo de la naturaleza del fenómeno posesorio. Con independencia de que pueda ser valorada flexiblemente si, en atención a las circunstancias concretas, incluidos los condicionantes sociales, se aprecia que no se ha querido hacer ostensible la relación de paternidad, es preciso que concurra una exteriorización constante de la relación de estado.

[15] STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de 27 de enero de 2022. Número Sentencia: 45/2022 Número Recurso: 6482/2020. Ponente: Mª Ángeles Parra Lucán. Numroj: STS 243:2022. Ecli: ES:TS:2022:243.

En el caso, la maternidad por naturaleza de Clemencia quedó determinada por el parto (arts. 120 CC, 44 y 46 LRC/2011). Por el contrario, con arreglo al derecho vigente aplicable, no pudo haber determinación de la maternidad a favor de Elsa. Cuando Clemencia se sometió a las técnicas de reproducción asistida y también cuando Horacio nació (el NUM000 de 2014) la redacción en vigor del art. 7.3 de la Ley de técnicas de reproducción asistida solo permitía la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre que consintiera ante el encargado del registro civil que se determinara respecto de ella la filiación cuando el niño naciera. Puesto que el matrimonio de Clemencia y Elsa (el 12 de junio de 2015) fue posterior al nacimiento del niño, la filiación no quedó determinada respecto de Elsa, sin que llegara a iniciarse la única vía entonces posible para la determinación de la filiación, la adopción.

La sentencia recurrida ha considerado acreditada la constante posesión de estado valorando el tiempo de convivencia transcurrido desde el nacimiento del niño hasta la separación de las dos mujeres (que habría tenido trascendencia en el ámbito familiar), cuando lo cierto es que, en atención a su brevedad y a las circunstancias concurrentes, no puede considerarse con entidad suficiente para conformar una relación de maternidad vivida. El TS casa la sentencia de la Audiencia y estima el recurso de la madre.

[16] STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de 31 de marzo de 2002. Número Sentencia: 277/2022 Número Recurso: 907/2021. Ponente: Rafael Sarazá Jimena. Numroj: STS 1153:2022. Ecli: ES:TS:2022:1153

[17] STS, Sala 1ª de lo Civil, sentencia de 11 de julio de 2022. Número Sentencia: 558/2022 Número recurso: 6885/2021. Ponente: Mª Ángeles Parra Lucán. Numroj: STS 3002:2022. Ecli: ES:TS:2022:3002

[18] "Los menores tienen su identidad jurídica atribuida por la determinación de la filiación respecto de sus respectivos padres, cuyos apellidos llevan, y desde la separación por voluntad de sus progenitores están integrados en sus respectivas familias.

En el mismo acuerdo suscrito en 2016, las partes declaraban que acordaban un «régimen relativo a los cuatro niños fruto del proyecto ideado en común en tanto los mismos convivan juntos», convivencia que cesó por la ulterior falta de acuerdo entre los progenitores de unos y otros, en buena medida sobre cuestiones económicas."

[19] Vid mi artículo: "Concepto de allegados y el interés superior del menor" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* ISSN 0210-0444, Año nº 91, Nº 751, 2015, págs. 2871-2892

[20] Es también relevante que en la exploración realizada a los menores los niños manifestaron una gran capacidad de adaptación, normalizando la situación que viven y, aunque desearían vivir juntos, también manifiestan que se encuentran a gusto viviendo en países diferentes y manteniendo frecuentes contactos intersemanales y los fines de semana entre ellos y con el padre de los otros, compartiendo videojuegos, por videoconferencia, o por teléfono, además de disfrutar de las vacaciones juntos. Reconocen que las formas de vida de Horacio y de Gonzalo son diferentes pero les gustan ambas, quieren mucho a Gonzalo y Horacio y mantienen también contacto con las respectivas familias de ambos.

1.2. Derecho de Familia

La confesión de privatividad y la presunción de ganancialidad. su operatividad frente a los acreedores y herederos ante el pacto de atribución de la privatividad (i).*

The confession of privacy and the presumption of matrimonial property. its operation against creditors and heirs before the privacy attribution agreement.

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesor Titular). Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN: En lógica coherencia con el principio de autonomía de la voluntad, el artículo 1315 del Código Civil posibilita que, los cónyuges pueden estipular o no aquel sistema económico matrimonial que, consideren más conveniente antes de contraer matrimonio o *a posteriori*, durante su vigencia. Si bien, en defecto de pacto o cuando el pactado deviene ineficaz *ex* artículo 1316 del Código Civil, la sociedad de gananciales opera como régimen matrimonial supletorio de primer grado. Constituye un régimen económico-matrimonial de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado que declara comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real, enunciado con carácter general en los artículos 1347.3 y 1346.3 del Código Civil. Todo ello sin perjuicio de la coexistencia de un "régimen matrimonial primario" aplicable a todo régimen económico, del que forma parte el artículo 1324 del Código Civil relativo a la confesión de privatividad, que, sirve para destruir la llamada presunción de

* Este estudio, por su extensión, se divide en dos partes.

ganancialidad contenida en el artículo 1361 del citado cuerpo legal que, opera sobre la absoluta preponderancia del patrimonio ganancial sobre los privativos y la denominada *vis atractiva*. Esta presunción de ganancialidad tiene naturaleza *iuris tantum*, de manera que para poder desvirtuarla se necesita una prueba convincente y seria, no bastando la prueba indiciaria. En este contexto, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública considera válido el pacto de atribución de la privatividad, esto es, cuando ambos cónyuges asignen carácter privativo a un bien adquirido a título oneroso por uno de ellos, cuando sea difícil probar el origen privativo de los fondos empleados en su adquisición. El presente estudio se va a centrar en ambos institutos jurídicos y en su eficacia frente al pacto de atribución de la privatividad que también analizaremos.

ABSTRACT: In logical coherence with the principle of autonomy of the will, article 1315 of the Civil Code makes it possible for the spouses to stipulate or not the matrimonial economic system that they consider most convenient before getting married or afterward, during its validity. Although, in the absence of an agreement or when the agreement becomes ineffective ex article 1316 of the Civil Code, the joint venture operates as a supplementary first degree matrimonial regime. It constitutes a community-type economic-matrimonial regime, which is articulated around the postulate that declares the profits obtained as common and that attributes a consortium or community property to the assets acquired for consideration with a charge to the common heritage, its validity constant. This last idea expresses what is known as the so-called principle of real subrogation, stated in general in articles 1347.3 and 1346.3 of the Civil Code. All this without prejudice to the coexistence of a "primary matrimonial regime" applicable to all economic regimes, of which article 1324 of the Civil Code on the confession of privacy is a part, which serves to destroy the so-called presumption of profit contained in the Article 1361 of the aforementioned legal body that operates on the absolute preponderance of community assets over privative ones and the so-called attractive face. This presumption of gain is iuris tantum in nature, so that in order to disprove it, convincing and serious evidence is needed, circumstantial evidence is not enough. In this context, the General Directorate of Legal Security and Public Faith considers the agreement of attribution of privacy to be valid, that is, when both spouses assign a private nature to a property acquired for consideration by one of them, when it is difficult to prove the origin exclusive of the funds used in its acquisition. This study is centre to study on both legal institutes and their effectiveness in relation to third parties, creditors and heirs (legitimates) against the privacy attribution agreement that we will also analyze.

PALABRAS CLAVES: sociedad de gananciales, bienes privativos, bienes gananciales, subrogación real, confesión de privatividad, presunción de ganancialidad, pacto de atribución de la privatividad, protección de terceros —acreedores y legitimarios—, reembolso.

KEY WORDS: community of property, private property, common property, real subrogation, confession of privacy, presumption of matrimonial property, privacy attribution agreement, heirs, agreement on ownership attibution, protection of third parties —creditors and lawful heirs—, reimbursement.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 1361 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LA CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO CIVIL. 1. Concepto, fundamento y requisitos. 2. Eficacia de la confesión: herederos forzosos y acreedores. 3. El concurso de personas casadas respecto de los bienes inmuebles confesados privativos.—IV. LA OPERATIVIDAD DE LOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD Y CONFESIÓN DE LA PRIVATIVIDAD. 1. Eficacia de la presunción de ganancialidad y la confesión de privatividad frente a terceros (acreedores y herederos). 2. Posición de la doctrina y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en torno al pacto de atribución de la privatividad. 3. Toma de posición. Conclusiones.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El contenido patrimonial del matrimonio, referido al régimen económico matrimonial en sus diferentes modalidades —sociedad de gananciales, régimen de separación de bienes y de participación de bienes— se sujeta a las reglas establecidas en los artículos 1315 a 1444 del Código Civil. El primero de estos preceptos establece que "el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código". A falta de capitulaciones o, si éstas son ineficaces, será el de sociedad de gananciales. Por tanto, los cónyuges pueden pactar en los capítulos cualesquiera de los regímenes legales que prevé nuestro derecho y si no se pactan nada o las capitulaciones son ineficaces, se fija como régimen legal supletorio de primer grado el de sociedad de gananciales[1]. De todas formas, también se prevé un régimen supletorio de segundo grado —el de separación de bienes— para los casos en los que los cónyuges no han pactado un régimen determinado y no resulta aplicable el régimen de gananciales. Así si se ha acordado la exclusión del régimen de gananciales (artículo 1435.2 del Código Civil), o si se ha extinguido el régimen preexistente, ya sea el de gananciales o el de participación, pero el matrimonio subsiste y los cónyuges no han pactado ningún régimen legal (artículos 1345.3, 1373 y 1374 del Código Civil)[2].

Ahora bien, los cónyuges pueden no solo acordar su régimen económico matrimonial, sino que también pueden modificarlo en cualquier momento. Así lo dispone el artículo 1325 del Código Civil. Tales cambios no perjudican los derechos adquiridos por terceros (artículo 1317 del Código Civil).

Centrándonos en el régimen legal de gananciales, el artículo 1344 del Código Civil señala que "mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenido indistintamente por cualquiera de ellos que, les será atribuidos por mitad al disolverse aquélla". La primera consecuencia de este precepto es que hay tres masas patrimoniales —patrimonio común y patrimonios privativos de ambos cónyuges-, que entre ellas se pueden dar desplazamientos patrimoniales que exigen el restablecimiento del equilibrio entre los mismos mediante el mecanismo de la subrogación real y el sistema de reintegros y reembolsos[3]. Asimismo, además de los bienes comunes o gananciales,

una vez finalizado el régimen, se procede a la liquidación del patrimonio común por mitad entre los cónyuges, por lo que las ganancias o beneficios se atribuirán por mitad[4].

Sin entrar por razones de espacio en el debate de la naturaleza de la sociedad de gananciales que, mientras para unos es una sociedad civil[5], para otros, mayoritariamente, se trata de una comunidad germánica[6], o se entiende que se estamos ante un ente jurídico híbrido producto de la fusión entre comunidad y sociedad[7]; aunque todos coinciden en que carece de personalidad jurídica[8], indicar que, comienza en el momento de celebración del matrimonio o posteriormente al tiempo de pactarse en capitulaciones matrimoniales. También puede comenzar la sociedad de gananciales en virtud de lo previsto en el artículo 1374 del Código Civil, esto es, mediante la opción que tiene el cónyuge no deudor ante el embargo de bienes gananciales por las deudas privativas del otro cónyuge (artículo 1373 del Código Civil), el plazo de tres meses acordar en documento público el comienzo de una nueva sociedad de gananciales[9]. En todo caso, pese a los términos del citado artículo 1345 del Código Civil, puede admitirse la posibilidad que los cónyuges convengan someter a condición o término el nacimiento de la sociedad de gananciales[10].

Como hemos indicado en líneas precedentes, hay tres masas patrimoniales: dos privativas y una común que pertenece a ambos cónyuges. Con carácter general son bienes privativos los que se concretan en el artículo 1346 del Código Civil: 1. Los bienes y derechos que pertenezcan a cada cónyuge al comenzar la sociedad[11]. Si se trata de bienes comprados a plazo por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio de satisfaga con dinero ganancial (artículo 1357.1); y, tratándose de vivienda o ajuar familiar, corresponde en *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas por aplicación del artículo 1354 al que remite el artículo 1357.II; 2. Los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges después de comenzar la sociedad por título gratuito —donación o por sucesión *mortis causa*—. Si bien, el artículo 1353 del Código Civil dispone que los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entienden gananciales, siempre que la liberalidad sea aceptada por ambos y el donante o testador no haya dispuesto lo contrario[12]. De no operar este precepto, los bienes donados o dejados en herencia pertenecería en *pro indiviso* a ambos cónyuges; 3. Los bienes adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos —subrogación real—; 4. Los adquiridos por derecho de retracto pertenecientes a uno solo de los cónyuges, sin perjuicio del derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales, si se han adquirido con fondos comunes (artículo 1346 apartado 2); 5. Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*; 6. El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges y a sus bienes privativos. El fundamento de este supuesto como el anterior descansa en la vinculación a la persona a la que pertenecen tales bienes o derechos y en cuyo patrimonio se integran[13]; 7. Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor; 8. Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común. Ahora bien,

si tales instrumentos se adquieren con fondos comunes, sigue siendo privativos, pero "la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho", al igual que, respecto a los bienes adquiridos por derecho de retracto pertenecientes a uno solo de los cónyuges (artículo 1346 apartado segundo). Asimismo, son bienes privativos "el derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges", siendo, en cambio, ganancial los frutos, pensiones e intereses devengados durante el matrimonio (artículo 1349). Igualmente, se considera privativo la cantidad o crédito pagadero en un número de años, cuyas sumas se cobren a plazos vencidos durante el matrimonio (artículo 1348). En fin, son también privativas las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos; y las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. No obstante, si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargos a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho (artículo 1352).

En cuanto a los bienes gananciales son los establecidos en el artículo 1347 del Código Civil así: 1. Los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges. Igualmente, las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego y las procedentes de otras causas que eximan de restitución (artículo 1351); 2. Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales[14]; 3. Los bienes o derechos adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos[15]; 4. Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando los fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho; 5. Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales por cualquier de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. En el caso que, a la formación de la empresa o establecimiento concurre tanto capital privativo como capital común pertenecerán en *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas (artículo 1354 por remisión del artículo 1347.5). Son también bienes gananciales los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio a los que los cónyuges atribuyen de común acuerdo la condición de gananciales cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que dicho precio se satisfaga (artículo 1355.1 del Código Civil). En todo caso, la ley presume la voluntad favorable al carácter ganancial de los bienes cuando son adquiridos de forma conjunta y sin atribución de cuotas (artículo 1355.2 del Código Civil). Se trata de una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Asimismo, el artículo 1361 del Código Civil establece la presunción de ganancialidad en cuya virtud "se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges". Por lo que en estos dos casos existe una tendencia a favorecer el patrimonio ganancial. Son fuentes de ganancialidad junto al mecanismo de subrogación real respecto de los bienes o derechos adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno de los cónyuges (artículo 1347.3 del Código Civil).

Ahora bien, la atribución de determinados bienes a un patrimonio ganancial o privativo puede producir desequilibrios patrimoniales cuando se ha empleado

en su adquisición dinero ganancial o privativo. Para ello se compensa este desequilibrio mediante el ejercicio de los derechos de reembolso o reintegro a favor del patrimonio perjudicado como establece el artículo 1358 del Código Civil.

En fin, el Código Civil contiene reglas especiales sobre el carácter privativo o ganancial de determinados bienes. Así los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación en parte ganancial y en parte privativa, corresponderán en *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas (artículo 1354 del Código Civil) en función de los fondos aportados[16]. Esta regla de copropiedad o comunidad indiviso que establece este precepto representa una aplicación directa del principio de subrogación real (artículos 1346.3 del Código Civil para bienes privativos y 1347.3 para los bienes gananciales)[17]. A este precepto remiten el artículo 1347.5 del Código Civil —si a la formación de la empresa o establecimientos han concurrido capital privativo y capital común—; y el artículo 1357 apartado segundo del citado cuerpo legal —adquisiciones a plazo de la vivienda y el ajuar familiar por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales, cuando se ha pagado en parte con fondos gananciales y en parte con fondos privativos—.

Por otra parte, los bienes adquiridos por uno de los cónyuges por precio aplazado constante la sociedad de gananciales, tendrá naturaleza ganancial, si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los restantes plazos se satisfagan con dinero privativo; por el contrario, si el primer desembolso tiene carácter privativo, el bien tendrá esta naturaleza (artículo 1356 del Código Civil). A diferencia del anterior supuesto reseñado, supone una excepción al principio de subrogación real, pues, la procedencia privativa o ganancial depende del primer desembolso, no dando lugar a un régimen de copropiedad en proporción al valor de las respectivas aportaciones[18]. En todo caso, el patrimonio del que el bien adquirido no forme parte tiene derecho a ser reembolsado por las cantidades invertidas en la adquisición (artículo 1358 del Código Civil).

En cuanto a los bienes comprados a plazo por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, tendrá siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisface con dinero ganancial (artículo 1357.1 del Código Civil). Como señalan GARDEAZABAL DEL RÍO y SÁNCHEZ GONZÁLEZ "el carácter de la disposición inicial es el que determina el carácter definitivo del bien: es lo que se ha denominado el criterio de "accesión económica" como excepción al criterio de subrogación real"[19]. Ahora bien, tal doctrina se aplica salvo a la adquisición de la vivienda y ajuar familiar, pues la remisión del artículo 1357.2 al artículo 1354 determina una regla de comunidad *pro indiviso* y para los actos de disposición sobre la vivienda familiar —acto de división de la cosa común— resulta aplicable el artículo 1320 del Código Civil[20]. De todas formas, para RAGEL SÁNCHEZ esta remisión del artículo 1357.II a la regla de proporcionalidad establecida en el artículo 1354 "puede quedar sin efecto ante la confesión de ganancialidad realizada por el comprador o la confesión de privatividad formulada por el cónyuge del comprador"[21].

En este contexto, operando sobre la base del principio de autonomía de la voluntad y la libre contratación entre cónyuges prevista en el artículo 1323 del Código Civil, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha posibilitado que, a través del negocio jurídico de atribución de la privatividad (como la

denomina la propia Dirección General) accedan al Registro de la Propiedad bienes privativos.

Tal posibilidad ha de conciliarse con la presunción de ganancialidad (artículo 1361 del Código Civil) y la confesión de privatividad (artículo 1324 del Código Civil). A su vez, debemos tener presente las figuras contractuales entre cónyuges como la aportación a la sociedad de gananciales o, como se califica en las Resoluciones de 10 de marzo de 1989[22]; de 14 de abril de 1989[23]; y de 7 y 26 de octubre de 1992[24] un negocio de aportación o comunicación de bienes sobre la base del artículo 1323 del Código Civil siendo, en consecuencia, "válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges —y, por ende, entre sus patrimonio privativos y consorcial (vid., artículo 1323 del Código Civil)— siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (artículo 609 del Código Civil) entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes, como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos y características, y cuyo régimen jurídico vendrán determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y, subsidiariamente, por la normativa general del Código Civil"[25]. Asimismo, de la atribución de ganancialidad (artículo 1355 del Código Civil) que tiene la finalidad de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia[26]; y del juego del Derecho de reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil sin necesidad de hacer reserva expresa (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, (Pleno) de 27 de mayo de 2019[27]; de 11 de julio de 2019[28]; de 11 de diciembre de 2019[29]; de 4 de febrero de 2020[30]; de 6 de febrero de 2020[31]; de 12 de febrero de 2020[32]; de 2 de marzo de 2020[33]; de 3 de noviembre de 2020[34]; de 28 de junio de 2021[35]; de 27 de septiembre de 2021[36]; de 22 de noviembre de 2021[37]; de 9 de diciembre de 2021[38]; de 25 de abril de 2022[39]; de 23 de noviembre de 2022[40]; de 28 de febrero de 2023[41]; de 6 de marzo de 2023[42]; y, de 23 de mayo de 2023 tanto en la aportación de bienes a la sociedad de gananciales como en la atribución de ganancialidad).

Por razones de espacio, el presente estudio se va a centrar solo en la presunción de ganancialidad y confesión de privatividad, para luego centrarnos en la operatividad de tales institutos jurídicos ante la admisión del citado negocio jurídico de privatividad o de atribución del carácter privativo de bienes gananciales; y, como afecta a los acreedores y herederos forzosos.

II. LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 1361 DEL CÓDIGO CIVIL

Como hemos señalado, en la sociedad de gananciales hay tres patrimonios —el consorcial y los privativos de cada esposo, diferenciados con arreglo a lo establecido en los artículos 1346 y 1347 del Código Civil— que actúan de forma interrelacionada y armónica en cuanto que pueden interactuar, llevándose a cabo alteraciones en su composición, negocios, trasvase de bienes de un patrimonio a otro, en esencia, actuaciones que tienen su base en el principio de autonomía de la

voluntad y de la libertad de contratación entre cónyuges. Si bien, tales consideraciones, no es menos cierto que, hay una absoluta preponderancia del patrimonio ganancial sobre los privativos —*vis atractiva* de la sociedad de gananciales—; de ahí que, ante la falta de acreditación del carácter ganancial de un bien y la dificultad de la prueba, la ley arbitra para estos casos una presunción legal a favor de la ganancialidad en el artículo 1361 del Código Civil de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal[43]. A tal fin señala que "*se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges*". Lo que relacionado con lo dispuesto en el artículo 1347.3 del citado cuerpo legal *"son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común",* determina que ambos preceptos confluyen en la misma dirección de entender que los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio serán siempre gananciales, salvo que se pruebe su carácter privativo[44]. Empeño difícil ante la exigencia rigurosa de prueba que, como analizaremos, se impone para destruir la presunción *iuris tantum* de ganancialidad; y se justifica en la mencionada *vis atractiva* en tanto resulta necesario disponer de bienes comunes para satisfacer las cargas y gastos de la comunidad conyugal.

Para RAGEL SÁNCHEZ esta presunción rige cuando se duda si un determinado bien es privativo o ganancial, pero no cuando la cuestión se centra en si un bien es ganancial o pertenece a un tercero; y, aunque el Código Civil ni la regula expresamente, para este autor, consiste "en una declaración unilateral realizada por el cónyuge, que manifiesta que determinado bien tiene carácter ganancial"[45]. Si bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009[46] dispone que "la calidad ganancial o privativa de un bien no depende de declaraciones unilaterales de los cónyuges (salvo el caso del artículo 1324 del Código Civil), sino que su naturaleza viene fijada o por la ley o por la voluntad de los cónyuges". De ahí que, atendiendo a tal doctrina jurisprudencial dispone acertadamente CALAZA LÓPEZ "se confiere a los esposos la posibilidad de modalizar el carácter de los bienes, alterando a tal efecto, las reglas y principios, en el ejercicio de la libertad de contratación del artículo 1323 del Código Civil", y, por otra parte "salvaguardando la necesaria publicidad registral, así como el respeto a los límites establecidos en el artículo 1328 del Código Civil tampoco ve inconveniente que algunos de los cónyuges pueda modular los criterios legales de la subrogación real o el principio de accesión y desde luego, establecer unas presunciones diferentes de la ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil"[47]. Por tanto, la determinación de la cualidad de ganancial o privativo de un bien no depende de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, salvo lo previsto en el artículo 1324 del Código Civil, sino que debe llevarse a cabo de conformidad con la ley o por la voluntad concurrente de los cónyuges en los negocios jurídico que puedan efectuar. La presunción de ganancialidad opera en relación con los bienes respecto de los que haya duda sobre dicha naturaleza y, por tanto, debe relaciones con bienes a los que pueda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1347 del citado cuerpo legal, otorgarles la condición de bienes gananciales por haberse adquirido a título oneroso durante la vigencia del matrimonio; no respecto de aquellos que por haberse adquirido antes del matrimonio y en las formas prevenidas en el artículo 1346 del Código Civil resultan ser en todo caso privativos o, exigen una prueba cumplida de la ganancialidad como sucede en los supuestos de bienes adquiridos

a título gratuito[48]. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 1993[49], con cita de la sentencia de 28 de octubre de 1965[50], hace justamente la comparación entre el antiguo artículo 1407 del Código Civil y el artículo 1361 de este mismo cuerpo legal y, lo pone en relación con el antiguo artículo 1401.1 que contiene la misma regulación que el artículo 1347.3 al determinar que son gananciales los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio. (…) De esta forma, la presunción *iuris tantum*, además de admitir prueba en contrario, debe relacionarse con la regulación de qué bienes tienen naturaleza ganancial y cuáles privativa, conformando una serie de presupuestos básicos, como son los de la adquisición a título oneroso y durante la vigencia del matrimonio, pues, respecto de los bienes adquiridos antes suelen existir y, por ende, aportar pruebas de la fecha de adquisición[51].

En todo caso, resulta evidente la naturaleza dispositiva del artículo 1361 del Código Civil. Al respecto, se expresa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 1992[52] al disponer que "la presunción de ganancialidad no puede prevalecer sobre lo voluntariamente pactado por los cónyuges"; por lo que, el Alto Tribunal atribuye un predominio de la autonomía de la voluntad común de los esposos, esto es, a las manifestaciones de las partes interesadas (artículo 1323 del Código Civil) sobre las reglas fijadas en los artículos 1346 y 1347 del Código Civil y, también respecto de la atribución del carácter privativo de bienes por confesión de una de las partes en virtud del artículo 1324 del citado cuerpo legal.

De forma que, esta declaración de ganancialidad tiene su base fundamental en el principio de libertad de contratación entre los cónyuges contenida en el artículo 1323 del Código Civil que, permite a aquellos transmitirse bienes o derechos por cualquier título, además de la preferencia en este régimen económico matrimonial de la formación de una masa ganancial en detrimento de las masas privativas que, pertenecen a ambos cónyuges. Lo que en este contexto patrimonial representa la citada *vis atractiva* de tal masa común o ganancial y opera *erga omnes* (frente a terceros); por lo que, para desvirtuarla se necesita una prueba suficiente[53]. Asimismo, como dice RAGEL SÁNCHEZ "la validez de esta declaración de voluntad viene avalada por dos criterios de interpretación lógica: en primer lugar, si un cónyuge puede hacer lo más (transmitir un bien privativo a la sociedad de gananciales), también puede hacer lo menos (declarar que un determinado bien es ganancial); y, en segundo lugar, si puede confesar lo que más le perjudica (que un bien es privativo del otro cónyuge) también podrá confesar lo que le perjudica menos (que el bien es ganancial)"[54].

Ahora bien, esta presunción de ganancialidad que opera en el máximo respeto a la autonomía de voluntad de los cónyuges y, no, precisamente, bajo la premisa de evitar situaciones de fraude de ley, actúa en palabras de GARDEAZABAL DEL RÍO y SÁNCHEZ GONZÁLEZ "a favor del consorcio y representa una manifestación concreta de las consecuencias naturaleza que derivan de la existencia de la comunidad de vida que supone el matrimonio, ahora sobre el aspecto patrimonial, al hacer prevalecer en las situaciones dudosas la titularidad compartida"[55].

Por otra parte, estas traslaciones patrimoniales favorables a la ganancialidad determinan un aumento del patrimonio ganancial en detrimento de los privativos de los cónyuges y tienen como contrapartida un derecho de reembolso que, posibilita un reequilibrio entre las diferentes masas patrimoniales; si bien, para ello se

necesita probar la titularidad privativa del bien —que el Registro de la Propiedad exige para ello la prueba documental pública—; o si se trata de adquisiciones realizadas por uno solo de los cónyuges con dinero privativo, la procedencia de tales fondos privativos con la dificultad de la prueba que ello conlleva. De todas formas, los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges en que no se puede probar la procedencia privativa, serán presuntivamente gananciales. Por lo que, de no operar la presunción de ganancialidad, el bien adquirido por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales, será presuntivamente ganancial.

Esta presunción de ganancialidad vincula al declarante, pues, de no llevarse a cabo, el bien puede ser calificado de privativo por la vía de la subrogación real (artículo 1346.3 del Código Civil); de la misma forma que, la confesión de privatividad del artículo 1324 del Código Civil que vincula y perjudica al declarante[56]. En todo caso, como analizaremos, la separación de hecho puede afectar a la presunción de ganancialidad.

En este contexto, se trata de una presunción que actúa sobre cuestiones de hecho —se presume que existe algún hecho adquisitivo suficiente para la atribución de un determinado bien a la sociedad de gananciales—; pero no en cuestiones de derecho (jurídicas) —relativas a la consideración jurídica de los hechos—[57]. Y, asimismo, para GARDEAZABAL DEL RÍO y SÁNCHEZ GONZÁLEZ la presunción de ganancialidad opera en el campo de la prueba, pero no en la titularidad de los bienes[58]. Efectivamente, la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil es una presunción legal *iuris tantum* —ya prevista en la Ley 203 de Estilo y en la Novísima Recopilación— que, admite prueba en contrario (artículo 385.3 de la LEC)[59]. Prueba que, como exige la jurisprudencia, debe ser expresa, cumplida, suficientes, satisfactoria y convincentes, sin que baste los meros indicios o basada en simples conjeturas, aunque en ocasiones procede la prueba a través de "*presunciones hominis*" (artículo 386 de la LEC)[60]. En principio, no tiene tal prueba que operar sobre documentos fehacientes, pues resulta de aplicación los medios de prueba de lo que se puede hacer uso en juicio contenidos en el artículo 299 de la LEC; si bien, no faltan resoluciones que, precisamente, exigen la aportación de documentos fehacientes —especialmente públicos— que acrediten la propiedad exclusiva por parte de uno de los cónyuges[61]. Por lo que, puede resultar más fácil que prospere la pretensión de desvirtuar la presunción.

La carga de la prueba corresponde a quien afirma el carácter privativo del bien adquirido[62]. Lo que implica "una alteración de la doctrina de la carga de la prueba, pues el que alega el carácter ganancial de un bien adquirido constante la comunidad de gananciales, no tiene que probar que el bien lo es, sino que se presume y, corresponde a quien alegue lo contrario, probarlo"[63]. Si bien, RUIZ ALCARAZ ante la cuestión de si en la carga de la prueba ha de demostrarse también los hechos desencadenantes de la presunción o hechos bases, responde que "la presunción alcanza al hecho presumido y al enlace lógico, pero nunca al hecho base que necesariamente ha de contar con plena acreditación"[64]. En consecuencia, los bienes inmuebles calificados de "presuntivamente gananciales" entran a formar parte del patrimonio ganancial y, están supeditados a las reglas de administración, previstas en los artículos 1375 y siguientes del Código Civil; así como a la eventual responsabilidad que se derive de las deudas contraídas por ambos cónyuges con cargo a la sociedad de gananciales.

Respecto a los bienes muebles, RAMS ALBESA declara que, en este caso, la presunción funciona en la práctica como si fuera *iuris et iure*, "lo que claramente no es, ya que la prueba que se exige frente a los acreedores ha de ser plenamente convincente y la posesión de tales muebles no sirve para combatir la presunción de ganancialidad"[65]. En esta línea, LACRUZ BERDEJO señala que "la posesión de los bienes no vale para desvirtuar la presunción de ganancialidad"; y ésta "es de extraordinario alcance práctico: al amparo del beneficio de la duda reconduce a la masa común una multitud de bienes muebles cuyo origen privativo no es posible demostrar, aunque lo tenga pues, los cónyuges no suelen guardar justificante de sus adquisiciones particulares"[66]. Sin embargo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS destaca que tanto el artículo 448 como el artículo 1361 del Código Civil permiten presumir la propiedad sobre un bien concreto; si bien, entiende que, en el ámbito matrimonial por razón de la especialidad resulta de aplicación preminente el citado artículo 1361[67].

En todo caso, quizá las dificultades de la prueba tienen lugar en la esfera registral, pues, el artículo 95.2 del RH exige prueba documental para acreditar el hecho contrario a esta presunción y, por ende, la dificultad de probar el carácter privativo de la contraprestación. Así la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de junio de 2013[68] destaca la dificultad de la prueba de la privatividad cuando la contraprestación consiste en dinero, ya que su carácter fungible "hace muy difícil demostrar que el dinero utilizado es privativo, pues, para ello hay que acreditar de forma indubitada que, el metálico invertido es justo el mismo que había adquirido anteriormente con igual carácter el cónyuge adquirente y que integraba su peculio privativo. Es decir, el rastro de las vicisitudes del dinero privativo que, se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar paralela la posibilidad de contradicción. Esa conclusión viene avalada por el contenido del artículo 95.2 del RH que, exige, evidentemente con el limitado alcance de regular su acceso registral, que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. Fuera del proceso esa exigencia viene entendiendo como la necesidad que sea directamente la fe notarial —y no tanto las manifestaciones de parte interesada plasmadas en soporte documental público— las que amparen la privatividad del precio invertido. En otro caso, la presunción de ganancialidad proyecta tabularmente sus efectos, hasta su impugnación judicial y esta es la solución estricta que rige en el ámbito registral en tanto no haya una modificación normativa que flexibilice este panorama".

Por lo que, según se desprende de la citada resolución, se debe probar de forma auténtica la procedencia privativa del dinero y que se ha invertido en la adquisición del citado bien; lo que en la práctica solo se consigue por efecto de la subrogación real, quedando fijado de manera definitiva como tal bien privativo en el Registro de la Propiedad; o bien por aplicación de la confesión de privatividad establecida en el artículo 1324 del Código Civil y artículo 95.4 del Reglamento Hipotecaria como mecanismo útil para desvirtuar la presunción de ganancialidad[69].

Si no es posible aportar prueba de forma auténtica, la prueba de la procedencia privativa del dinero resulta en la práctica bastante difícil a no ser, por ejemplo,

que se pruebe la simultaneidad temporal de la adquisición del bien y la procedencia privativa del dinero. Así se documenta la escritura de adquisición del bien por herencia o donación y la escritura de adquisición del bien invertido con ese dinero[70].

Por su parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1998[71] dispone que: "esta presunción puede destruirse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, si bien, en el ámbito registral y a los efectos de obtener la inscripción del bien con el carácter privativo, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario exige que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. La simple manifestación del adquirente que emplea para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad. El hecho que el adquirente haya enajenado con anterioridad un bien privativo prueba que en su día existió en su patrimonio privativo una cierta cantidad de dinero, pero que no sea ese dinero el que se está empleando ahora para la adquisición de otro bien" y añade al respecto "el que el Notario oficie al compañero que autorizó la escritura por la que el ahora adquirente enajenó un bien privativo; el que éste haga constar mediante nota en la matriz la manifestación del entonces vendedor; el que dicha constancia se la acredite al Notario ahora autorizante de la adquisición que se pretende inscribir como privativa, y el que dicha constancia se haga a su vez constar mediante diligencia en la escritura de compra implican una serie de precauciones, que pueden y deben tener ciertos efectos, que no viene al caso enumerar, pero que no prueban el carácter privativo del previo o contraprestación satisfecho, ni destruyen la presunción de ganancialidad, no permitiendo, en consecuencia, inscribir el bien como privativo"[72]. Asimismo, la Resolución de la DGRN de 25 de octubre de 2007[73] rechaza que haya quedado acreditado el carácter privativo del dinero invertido en la adquisición del bien, y, haciéndose eco de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 1997[74] según la cual "la titularidad de una cuenta bancaria atribuye a quien figure como titular de ella una disponibilidad de fondos de la misma cuenta frente a la entidad bancaria que, los retiene pero no determina sin más la propiedad del saldo de la misma, la cual solo vendrá dada por la originaria pertenencia de los fondos en ella ingresados". Además, señala que, para estimar que, tiene carácter privativo el saldo de una cuenta "será necesario que resulte acreditado que los fondos de los que se ha venido nutriendo dicha cuenta tenga tal carácter, lo que en el presente recurso exigiría que resultare acreditado de forma fehaciente no solo que el saldo inicial tuvo aquel carácter por venir constituido por el ingreso del precio obtenido de la venta en escritura pública de un bien con naturaleza privativa acreditada, sino también que dicho saldo se haya mantenido en cuantía suficiente para que con cargo al mismo haya podido efectuarse posteriormente el pago del precio de la compra ahora realizada y que, además, durante el tiempo transcurrido desde la venta del bien privativo hasta la compra del nuevo bien no haya habido en la citada cuenta ingresos de otra procedencia, que impidieran otorgar al citado saldo de manera indubitada en el momento de la compra el carácter privativo que inicialmente pudo tener".

Por lo que, cabría reseñar que, la titularidad indistinta de las cuentas, lo único que atribuye a los titulares frente al banco depositario son facultades dispositivas

del saldo que arroje la cuenta "pero no determina, por sí solo la existencia de un condominio y menor por partes iguales, sobre dichos saldos, de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre la cuenta"[75].

De todas formas, en la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 2017[76] con relación a dos escrituras simultáneas, una de compra con precio privativo y un acta de manifestaciones en la que se ratifica por la esposa que se adquirió con cargo a unos fondos privativos, procedentes de un depósito realizado en estado de soltero; lo que es certificado por la entidad. El problema surge del hecho que esas imposiciones privativas, acreditadas al menos en 35.000 euros, pasan a formar parte de dos nuevas cuentas, abiertas ya casado, por el importe de 40.000 y 50.000 euros, sin que quede acreditado para el Centro Directivo el carácter privativo del exceso, por lo que ha de presumirse ganancial. No obstante, matiza al respecto que, de no haberse producido las operaciones de cancelación y nueva imposición, se hubiera tomado en consideración como suficiente prueba la certificación bancaria del carácter privativo del dinero incorporada al acta notarial. De ahí que, en esta línea, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 26 de febrero de 2020[77] ratifique el criterio que la inscripción de un bien como privativo legal exige de forma imperativa "que prueba del carácter privativo del precio abonado quede amparado bajo la fe pública notarial".

La esencial fungibilidad del dinero dificulta la demostración de su carácter privativo, así como la posible distancia temporal entre las operaciones que, pueden implicar la realización durante el tiempo intermedio de otros actos dispositivos que, impiden determinar ese necesario hilo conductor entre la cantidad recibida y la empleada[78]. A, lo que hay que añadir, que para justificar el carácter privativo del precio o contraprestación se debe aportar prueba documental suficiente, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente dado, sobre todo, el carácter fungible del dinero, como hemos manifestado[79]. En todo caso, no existiría dificultad en admitir como prueba del carácter privativo, la donación de dinero mediante escritura formalizada el día anterior[80]; o admitir la rectificación registral a petición de parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido cuando dicha rectificación se refiera a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto[81].

Sobre tales bases, para REBOLLEDO VARELA "es posible que acreditada la enajenación a título oneroso de bienes propios o adquisición de dinero a título gratuito, puede ser suficiente para desvirtuar la presunción de ganancialidad y aplicación del artículo 1346.3 del Código Civil el hecho del trascurso de un corto período de tiempo entre tales hechos y la adquisición del bien presuntamente ganancial, así como la circunstancia de que el patrimonio común en ese momento ni fuera suficiente para la adquisición"[82]. Por su parte, MONTERO GIMÉNEZ señala que "la concreción o individualización del dinero exige la trazabilidad del mismo, es decir que, seamos capaces de acreditar de modo fehaciente al Registrador, el camino que la seguido ese dinero y siempre que ha sido privativo". Por todo ello entiende que "para que el dinero se pueda considerar privativo, es necesario que el dinero procedente de la venta se ingrese en una cuenta abierta a nombre del

vendedor y que como único asiento contable figure el ingreso del dinero privativo. De esta manera, por un lado, se conseguiría acreditar el origen privativo de los fondos y, en segundo lugar, probar que ese mismo dinero privativo se ha invertido en la adquisición del bien". En caso de acudirse a la práctica bancaria, añade el autor "habría que prestar atención para acreditar una trazabilidad del dinero que no deje dudas sobre el carácter privativo del dinero. Un mecanismo sería, por ejemplo, si el dinero privativo procede de una herencia o donación o de una venta de un bien privativo y dado que los negocios se van a realizar seguidamente, con números de protocolos sucesivos, por ejemplo, es que la transferencia se realizada desde la cuenta del donante, causante o comprador directamente a la cuenta del vendedor del bien que queremos inscribir como privativo. Si dicho dinero se ingresara en una cuenta del donatario, heredero o vendedor que va a adquirir el bien como privativo, sería conveniente adoptar las precauciones advertidas con anterioridad, puesto que, si se ingresa en una cuenta común o, incluso, en una cuenta propia se podría plantear dudas, desde el punto de vista registral, que obligaría a considerar el dinero como ganancial"[83].

CALAZA LÓPEZ cree conveniente, incluso necesario, dotar de seguridad al ingreso, constante matrimonio, del metálico privativo, despejando con ello la imprecisión de la ganancialidad desde el momento inicial. En este sentido y en el marco del Derecho notarial propone instar dos tipos de actas notariales para acreditar la procedencia privativa del dinero —acta notarial de depósito y acta de notoriedad—. Asimismo, considera que en cuanto a su temporalidad "deberían coincidir con la entrada de metálico en el patrimonio del cónyuge titular, y bien podrían tener un carácter complementario de la escritura posterior de reinversión del dinero en la compraventa del bien privativo"[84].

Con respecto a las manifestaciones que el cónyuge adquirente realiza en la propia escritura de compra de haberse adquirido el bien con dinero privativo de la esposa/o, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2005[85] señala que "para destruir la presunción *iuris tantum* del artículo 1361, no basta la confesión que el marido hiciera en la escritura de compra de haberse realizado la adquisición con dinero de la mujer, pues, ha de constar esa procedencia para que pueda perjudicar a tercero, por medios distintos de la confesión de los cónyuges, habiendo de ser por la general, la prueba documental y pública la procedente, ya que no en vano se trata de contrarrestar una presunción legal contra la cual son ineficaces presunciones de signo contrario. En tal sentido, para desplazar la presunción legal que favorece el carácter común de los bienes del matrimonio, se requiere prueba expresa de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges.

En esta línea, la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 18 de octubre de 1999[86] manifiesta que "(…) a los efectos de obtener la inscripción del bien con el carácter de privativo, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario exige que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública; la simple manifestación del adquirente que emplea, para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad. El hecho que el adquirente haya enajenado con anterioridad un bien privativo, prueba que un día existió en su patrimonio privativo una cierta cantidad de dinero, pero no que sea ese dinero el que se está empleando ahora para la adquisición de otro

bien. El que el Notario oficie al compañero que autorizó la escritura por la que el ahora adquirente enajenó un bien privativo; el que éste se haga costar mediante la nota en la matriz la manifestación del entonces vendedor; el que dicha constancia que se le acredite al Notario ahora autorizante de la adquisición que se pretende inscribir como privativa, y el que dicha constancia se haga, a su vez, constar mediante diligencia en la escritura de compra, implican una serie de precauciones que pueden y deben tener ciertos efectos que no viene al caso enumerar, pero que no prueban el carácter privativo del precio o contraprestación satisfecho, ni destruyen la presunción de ganancialidad, no permitiendo, en consecuencia, inscribir el bien como privativo con carácter absoluto, sino solo como privativo confesado". Asimismo, respecto de la indicación en la escritura de pago que, el pago de la compra del bien se realiza con el metálico obtenido de la previa venta de bienes privativos o del dinero procedente de la donación efectuada en favor de uno de los cónyuges por sus padres, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 2000[87] destaca que "el hecho que el adquirente haya recibido con anterioridad una donación en metálico sólo prueba que un día existió en un patrimonio una cierta cantidad de dinero privativo, pero no que sea precisamente ese dinero el que se está empleando ahora en la adquisición y las simples manifestaciones del donatario adquirente acerca de que se propone destinar la cantidad recibida a la adquirida de determinado bien, y que el dinero entregado es precisamente el recibido con anterioridad en donación no son suficientes para destruir registralmente la presunción de ganancialidad, ya que obviamente, la manifestación hecha bajo la fe del notario es prueba documental pública de la realidad de la manifestación en sí misma considerada y no de la realidad de los actos a los que la manifestación se refiere". En esta línea, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de noviembre de 2018[88] manifiesta que "la prueba de privatividad de la contraprestación es especialmente difícil cuando consiste en dinero, circunstancia que se produce en los negocios adquisitivos, como la compraventa, en que media un precio. Ciertamente, su carácter fungible hace muy difícil demostrar que el dinero utilizado es privativo, pues para ello hay que acreditar de forma indubitada que el dinero invertido es justo el mismo que había adquirido anteriormente con igual carácter el cónyuge adquirente y que integraba su peculio privativo" y continúa "el rastro del dinero privativo que se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar aparejada la posibilidad de contradicción. Esa conclusión viene avalada por el contenido del artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario que, exige como el limitado alcance del regular su acceso registral que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. Fuera del proceso esa exigencia se viene entendiendo necesario que sea directamente la fe notarial —y no tanto las manifestaciones de parte interesada plasmadas en soporte documental público— la que ampare la privatividad del precio invertido". Y, concluye el Centro Directivo "en otro caso, la presunción de ganancialidad proyectada tabularmente sus efectos hasta la impugnación judicial, y esta es la solución estricta que rige en el ámbito registral en tanto no haya una modificación normativa (como la legislación civil espacial de Aragón,

por ejemplo) que flexibilice este extremo". En fin, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y de Fe Pública de 26 de febrero de 2020[89] exige, como ya señalamos, de forma imperativa "que la prueba del carácter privativo del precio abonado quede amparado bajo la fe pública notarial"; la de 3 de junio de 2021[90] que, no basta la simple manifestación que, se empleó dinero privativo; pues, que el adquirente haya enajenado con anterioridad el bien privativo prueba que un día existió en su patrimonio privativo una cierta cantidad de dinero, pero no que ese dinero, precisamente, se empleara para la adquisición del otro bien. Además, la prescripción no puede ser apreciada directamente por el Registrador; y, la de 8 de marzo de 2023[91] manifiesta, al respecto, que "en el ámbito del Registro de la Propiedad la destrucción de la presunción de ganancialidad a que se refiere el artículo 1361 del Código Civil requiere, para obtener la inscripción de un bien con carácter privativo —al margen del supuesto de confesión de privatividad por el consorte— que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública suficiente, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente, dado, sobre todo, el carácter fungible del dinero (artículo 95 del Reglamento Hipotecario)". Por lo que "fuera de este supuesto, para acceder a la modificación del contenido del Registro de la Propiedad y del carácter ganancial con que publica la titularidad del bien, es preciso o bien acreditar fehacientemente los hechos de los que resultaría no aplicable el régimen de gananciales, o bien contar con el consentimiento de aquellos cuya posición jurídica se vea afectada por el pronunciamiento registral o bien resolución judicial en la que estos hayan tenido la posibilidad de intervenir en la forma prevista por el ordenamiento". No obstante, la Resolución de 30 de mayo de 2022[92] admite como prueba el documento bancario (certificado bancario) del que resulta la correspondencia del pago realizado con el previo ingreso en una cuenta de titularidad del comprador de dinero procedente de donación constatada en escritura pública

De forma que, para el Centro Directivo las manifestaciones unilaterales carecen de entidad suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad.

En todo caso, tampoco es prueba suficiente para destruir la presunción de ganancialidad, como señala RAGEL SÁNCHEZ "la falta de inclusión del bien discutido en el inventario que se practica en la liquidación de la sociedad de gananciales"[93].

En este contexto, procede señalar que, la presunción de ganancialidad realizada en el momento de adquisición del bien, tiene reflejo en la esfera registral. Así el artículo 94.3 del Reglamento Hipotecario establece que, los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscriben con esta indicación a nombre del adquirente. El artículo 94.4 del Reglamento Hipotecario dispone que, se inscriben como bienes gananciales a nombre del cónyuge adquirente las adquisiciones inmobiliarias efectuadas a título oneroso por uno de los cónyuges expresando que adquiere para la sociedad de gananciales. En el caso de adquisiciones efectuadas por uno solo de los cónyuges sin expresar que adquieren para la sociedad de gananciales, se inscribirán a su nombre con carácter presuntivamente ganancial (artículo 94.1 del Reglamento Hipotecario). En todo caso, la prueba resulta más fácil, si el carácter ganancial del inmueble

proviene de la aplicación de la subrogación real que, se circunscribe en la práctica a adquisiciones por compraventa, permuta o dación el pago de inmuebles. Ahora bien, frente a esta declaración de adquisición para la sociedad de gananciales que lleva a cabo el cónyuge adquirente, cabe plantearse si luego puede formular declaración unilateral en sentido contrario, o simplemente oponerse a que se incluya el bien en el activo del inventario, cuando se proceda a liquidar la sociedad de gananciales. Al respecto, nuestro Tribunal Supremo admite que se pueda desvirtuar esa declaración cuando se acredite por el declarante que el bien adquirido tiene carácter privativo por incluirse en algunos de los supuestos regulados en el artículo 1346 del Código Civil[94]. También en el campo doctrinal se indica que la inicial declaración de ganancialidad puede ser sustituida por una declaración realizada conjuntamente por ambos cónyuges; si bien, respecto del cónyuge que en su día declaró que el bien era ganancial, supone una renuncia del derecho a considerar el bien como ganancial y será válida, salvo que perjudique a terceros (artículo 6.3 del Código Civil)[95].

En todo caso, existe una tendencia en nuestra jurisprudencia de considerar que, la admisión de prueba en contrario del carácter privativo del bien por parte del declarante que, en su momento manifestó que, adquiría para la sociedad de gananciales, no implica que con ello se actúe contra sus propios actos[96]. Por el contrario, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha entendido en algunas resoluciones que, estamos ante un supuesto de prohibición de ir contra los propios actos, lo que impide el acceso al Registro de la Propiedad de una declaración contraria a la ganancialidad inicialmente formulada por el adquirente y, en todo caso, la rectificación registral exige el consentimiento del otro cónyuge o resolución judicial[97].

En esta línea, RAGEL SÁCHEZ señala que "el cónyuge que adquiere individualmente un bien y declara al adquirir que, lo hace para la sociedad de gananciales, está descartando con su declaración que el bien sea considerado privativo en la relación entre cónyuges, lo que le impedirá posteriormente solicitar que se declarase judicialmente que, es de su exclusiva pertenencia, porque estaría yendo contra sus propios actos. Por la misma razón, la declaración de adquirir para la sociedad de gananciales impediría al declarante formular una declaración unilateral de ser un bien privativo suyo con la finalidad de neutralizar la declaración anterior"[98].

Ahora bien, la prueba de la no ganancialidad del bien puede hacerse en cualquier momento; por lo que como, indica acertadamente SERRANO FERNÁNDEZ "no ha de ser necesariamente coetánea al momento de adquisición del bien, ni en su caso, anterior a su inscripción en el Registro de la Propiedad"[99]. Y, puede ser desvirtuada mediante confesión del otro cónyuge; si bien, por sí sola no destruye la presunción de ganancialidad, como analizaremos, respecto de los herederos forzosos del confesante o los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.

En cuanto a la eficacia de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil, se indica que, ésta actúa dentro y fuera del proceso y tanto en la relación interna entre cónyuges, resolviendo entre ellos los problemas de prueba como frente a terceros adquirentes, acreedores, herederos en cuanto puede favorecerles como perjudicarles. En todo caso, favorece a los acreedores que tienen

acción sobre los bienes comunes, a los terceros que no tienen que probar la naturaleza de los bienes, pero perjudica a los acreedores particulares de los cónyuges que, ven reducidas su posibilidades de actuación, al limitar los bienes privativos y por ende la reclamación sobre los mismos, salvo la aplicación del artículo 1373 del Código Civil que, les permite, en todo caso, cobrar sobre la mitad de los bienes comunes correspondiente al cónyuge deudor[100].

Por otra parte, la presunción de ganancialidad determina que, en principio, todos los bienes son gananciales salvo prueba en contrario, por lo que no existen dudas sobre la calificación de los bienes, pues, todos los bienes son gananciales; por tanto, no hay, valga la redundancia, bienes dudosos[101]. De todas formas, cuando no se puede acreditar *a priori* el carácter ganancial o privativo de un bien, se aplica el artículo 1361 del Código Civil atribuyéndole el carácter de ganancial y operando, en consecuencia, la presunción de ganancialidad como medio de prueba[102]. Ciertamente, el carácter ganancial o privativo de un bien proviene de los supuestos legalmente establecidos, solo cuando hay dudas sobre si son privativos o gananciales, es cuando opera la presunción de ganancialidad y, precisamente, tiene lugar en las relaciones entre cónyuges, no cuando el debate se centra en determinar si un bien es ganancial o pertenece a un tercero[103]. En todo caso, como precisa RAMS ALBESA la presunción de ganancialidad por su propia esencia "favorece a los acreedores del consorcio y perjudica a aquellos que son titulares de créditos "privativos""[104].

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de julio de 2002[105] afirma que "la presunción del artículo 1361 del Código Civil constituye un medio de prueba que opera en las cuestiones de hecho (se presume que hubo algún hecho adquisitivo suficiente para la atribución de determinado bien a la sociedad de gananciales), pero no en las cuestiones de derecho (si cualquier hecho adquisitivo demostrado tiene como efecto jurídico la atribución del bien a uno u otro patrimonio)". REBOLLEDO VARELA no comparte esta forma de proceder, al entender que "la *vis atractiva* de la ganancialidad debe mantenerse incluso en las dudas puramente de Derecho"[106].

Sobre tales bases, en cuanto a la prueba que permite destruir la presunción de ganancialidad, tratándose de bienes privativos, ya le pertenezcan con carácter previo a la sociedad de gananciales o los adquiera después a título de herencia o donación, basta con mostrar los títulos de propiedad que así lo acrediten. Ahora bien, respecto de los inmuebles adquiridos por herencia conservan su naturaleza privativa, aun cuando el cónyuge adjudicatario haya pagado las deudas con dinero ganancial, o compensado en metálico a los coherederos por los excesos de adjudicación *ex* artículo 1062 del Código Civil; generándose, eso sí, un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales efectivo en la liquidación de ésta[107]. Resulta habitual que en las particiones hereditaria o en las extinciones de condominio en la adjudicación de lotes, algunos herederos o copropietarios reciban un exceso en su participación, y compensen a los otros coherederos o coparticipes en metálico y, como hemos señalado, empleando para ello dinero ganancial.

En cuanto al momento temporal de operatividad de tal presunción de ganancialidad tiene lugar respecto de bienes adquiridos constante matrimonio a título oneroso y no con anterioridad al mismo, además de existentes antes de la disolución del régimen de gananciales, sin que como señala REBOLLEDO VARELA "el

artículo 1361 del Código Civil implique presunción alguna que los bienes de los que un cónyuge figura como titular se encuentre en una posesión en concepto de dueño al tiempo de la liquidación hayan sido adquiridos precisamente mientras el régimen económico estuvo vigente"[108]. Por su parte, LACRUZ BERDEJO dispone que "el artículo 1361 del Código Civil ha de ponerse en relación con el 1347.3 (…); de forma que, todos los bienes adquiridos a título oneroso constante matrimonio son gananciales si no se demuestra que la adquisición se realizó con fondos inequívocamente propios"[109].

No obstante, no faltan quienes consideran que su virtualidad práctica puede tener lugar también una vez disuelto el matrimonio, así como en el momento de su liquidación. En esta línea, para MORALEJO IMBERNÓN esta presunción "se aplica durante la vigencia del régimen matrimonial, pero también tras su disolución para fijar la naturaleza de los bienes del matrimonio en la liquidación de la sociedad"[110].

Igualmente, se entiende por un sector de la doctrina que, la presunción de ganancialidad también opera, aunque los cónyuges se hallen separados de hecho[111]. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2008[112] indica que "producida, de modo irreversible la ruptura de la convivencia, los bienes obtenidos por cada uno de los cónyuges no se integran en la sociedad de gananciales, sin perjuicio del derecho de cualquiera de los citados cónyuges a instar su extinción en los términos previstos en el artículo 1393.3 del Código Civil, así como la facultad que les asiste para solicitar las medidas oportunas de carácter económico previas a la solicitud de separación o divorcio". Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 27 de septiembre de 2019[113] se reconoce que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo, no se consideran gananciales los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges, especialmente, cuando lo sean por el propio trabajo o industria. Y, precisa, a continuación que "esta doctrina como puso de relieve la sentencia 226/2015, de 6 de mayo no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso. Es lógico que sea así, porque frente a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsisten a pesar de la separación de hecho (artículos 1393.3, 1368 y 1388 del Código Civil) solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no han contribuido cuando se trata de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (artículo 7 del Código Civil)"

Sobre tales bases, al igual que, la confesión de privatividad, procede señalar que, la presunción de ganancialidad tiene lugar en el momento de adquisición del bien o con posterioridad a la misma, si existen dudas sobre la naturaleza privativa o ganancial del bien. Y, asimismo, como precisa, RAGEL SÁNCHEZ "la declaración para adquirir para la sociedad de gananciales se diferencia del pacto de atribución de ganancialidad en que la primera es una declaración unilateral y, en consecuencia, vincula al declarante, mientras que el segundo es una declaración bilateral, doble confesión de ganancialidad, lo que significa que vincula a ambos cónyuges"[114].

También, comparte con la confesión de privatividad, como hemos indicado que, tiene eficacia entre los cónyuges y frente a terceros[115].

En fin, por un lado, el artículo 1361 del Código Civil ha de ponerse en relación con el artículo 1347.3 de Código Civil que considera bienes gananciales *"los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos"*, salvo que se demuestre que la adquisición se hizo con dinero privativo o, se trata de bienes personalísimos (artículo 1346.5 y 6 del Código Civil), o de cualquiera de los enumerados en el citado artículo 1346.7 y 8[116]; por otro, que en nuestro Código Civil no existe una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (artículos 1362 y 1365 del Código Civil)[117]. Ninguna deuda contraída por uno solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal, mientras no recaiga la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges, pues a ambos corresponde, conjuntamente la gestión de la sociedad de gananciales (artículo 1376 del Código Civil). Entender lo contrario supondría la indefensión del titular registral, al no poder alegar ni probar nada en contra de dicha ganancialidad, con menoscabo de su derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 24 de la Constitución española[118]; y, finalmente, aún inscrito un bien como ganancial, privativo o presuntivamente ganancial se puede acreditar lo contrario en vía judicial, procediéndose a la rectificación del asiento[119].

La legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (artículo 217 de la LH). Asimismo, este Centro Directivo ha admitido en diversas Resoluciones (de 10 de marzo y de 5 de mayo de 1978; de 6 de noviembre de 1980; de 26 de noviembre de 1992; de 10 de septiembre de 2004; de 13 de septiembre de 2005; de 19 de junio de 2010; de 7 de marzo y de 2 de diciembre de 2011; de 29 de febrero; de 17 de septiembre, de 3 y de 16 de octubre de 2012) la posibilidad de rectificar el contenido del Registro sin necesidad de acudir al procedimiento general de rectificación antes apuntado, siempre que el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados, pues, en tales casos bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido. Asimismo, ha declarado este Centro Directivo que cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténtico, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es necesaria la aplicación del artículo 40 d) de la LH, pues, bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido. En aplicación de esta doctrina, el Centro Directivo ha aceptado la rectificación del contenido del Registro, y del carácter ganancial del bien, cuando de la documentación aportada ha resultado indubitadamente, que el bien carecía de la cualidad publicada por el Registro de la Propiedad. Asimismo, dicho Centro Directivo ha desestimado la rectificación del contenido del Registro y del carácter ganancial del bien inscrito cuando de la

documentación aportada no ha resultado de forma auténtica e indubitada que el bien inscrito carecía de aquella cualidad (Resolución de 8 de mayo de 1980 —bien inscrito como presuntivamente ganancial—, Resoluciones de 4 de febrero de 1999; de 13 de septiembre de 2005 y 4 de abril de 2006 —bien inscrito como ganancial de los dos cónyuges—; y Resoluciones de 6 de junio de 2001 y 15 de diciembre de 2006 —bien inscrito como ganancial de uno de los cónyuges—. En definitiva, como se ha afirmado en Resoluciones de 2 de marzo de 2016[120] y 15 de marzo de 2017[121] en el ámbito del Registro de la Propiedad la destrucción de la presunción de ganancialidad a que se refiere el artículo 1361 del Código Civil requiere, para obtener la inscripción de un bien con carácter privativo —al margen del supuesto de confesión de privatividad por el consorte— que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública suficiente, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente, dado, sobre todo, el carácter fungible del dinero. Por lo que, resulta preciso o bien acreditar fehacientemente los hechos de los que resultaría no aplicable el régimen de gananciales, o bien contar con el consentimiento de aquellos cuya posición jurídica se vea afectada por el pronunciamiento registral, o bien resolución judicial en la que estos hayan tenido la posibilidad de intervenir en la forma prevista por el ordenamiento (Resoluciones de 23 de marzo de 2004; de 1 de octubre de 2007; y de 23 de agosto de 2011, entre otras). De ahí que, atendiendo a la doctrina expuesta, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de julio de 2020[122] en relación con la rectificación del carácter de participaciones indivisas de determinada fincas que figuran inscritas con el carácter de presuntivamente ganancial, habiéndose adquirido por título de compraventa en virtud de la elevación a público del contrato privado siendo el estado civil de la adquirente el de casada, resulta que no concurre causa alguna, que justifique la rectificación del contenido del registro por no concurrir causa alguna, que justifique la rectificación del contenido del Registro, pues, no concurre consentimiento de la registradora, no el de aquellas personas a quien el asiento reconoce algún derecho, ni la oportuna resolución judicial; tampoco se aporta documento fehaciente independiente de la voluntad de los interesados; del que resulte el hecho susceptible de provocar la alteración del Registro. Del título publico aportado con la solicitud de rectificación y que provocó la inscripción en su día, resulta que la interesada compareció en estado de casada y que el precio fue satisfecho al vendedor. No puede hablarse de error por deficiencias del procedimiento representativo, sino de una valoración del título presentado que ha dado como resultado la inscripción debatida. Y, asimismo, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 30 de enero de 2023[123] en relación con la extinción de un usufructo por fallecimiento de la madre de la adjudicataria, previa inscripción del mismo a favor de dicha madre por herencia de su esposo, y previa liquidación de la disuelta sociedad de gananciales existentes entre sus padres, de modo que la adjudicación del dominio queda sujeta a condición suspensiva, según solicitan los interesados y recurrentes, manifiesta que la rectificación precisaría el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial, pues, la pura acción de rectificación, desligada de las acciones materiales, sólo parece posibles en los casos de error y de nulidad del asiento que derive de su contraste con el título, cuando no exista consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados, y no pueda

tampoco rectificarse de oficio por el registrador. En cualquier caso, el procedimiento registral se basa en la necesidad de titulación auténtica —salvo las excepciones en que se admiten documentos privados, que no concurren en este caso— por lo que, no reuniendo los requisitos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria las fotocopias aportadas por los interesados no pueden servir de título para la rectificación, ni pueden tenerse en cuenta.

III. LA CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO CIVIL.

1. Concepto, fundamento y requisitos.

Una de las formas de destruir la presunción genérica de ganancialidad tiene lugar mediante la denominada confesión de la privatividad por uno de los esposos contenida en el artículo 1324 del Código Civil conforme al cual *"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"*[124]. Este precepto encuentra sus antecedentes en la elaboración por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 1951[125] y de 28 de octubre de 1965[126]) de un criterio por el que se estiman vinculantes *inter partes* las declaraciones hechas por un cónyuge en el sentido de ser propios del otro determinados bienes o el previo pagado por su adquisición, alcanzando esta vinculación a los herederos respectivos en cuanto no resultasen lesionadas sus legítimas. Esta doctrina, facilitada por las circunstancias de haberse suprimido la prohibición de donaciones entre cónyuges en la reforma efectuada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo es la que informa el precepto. Según la doctrina más extendida, el artículo 1324 recoge la antigua teoría sobre la confesión de la dote. En él, frente a la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 del Código Civil, se introduce un medio de destruir la presunción, permitiendo la confesión por parte de un cónyuge de que los bienes son propiedad del otro, facilitándose así una prueba de la autonomía de las titularidades[127].

Su ubicación en el marco del régimen económico matrimonial primario ha determinado por la doctrina que, la confesión de privatividad es aplicable a todo régimen económico. Ciertamente, las presunciones de comunidad (artículos 1361 y 1441 del Código Civil) quedan desvirtuadas; de forma que, el bien objeto de la confesión deja de ser común y habrá de ser considerado como propio del confesante[128]. Efectivamente, queda sin efectos la mencionada presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil y la presunción que los bienes pertenecen por mitad, en los regímenes de separación y participación conforme el artículo 1441 del citado cuerpo legal.

Sobre estas bases, para RAGEL SÁNCHEZ la confesión de privatividad consiste "en la declaración unilateral realizada por el cónyuge que no adquiere el bien, expresando que dicho bien es privativo del cónyuge adquirente"[129].

Por su parte, GAVIDIA SÁNCHEZ señala que, el término confesión tiene dos acepciones: "Una amplia, que coincidiría con el sentido gramatical de la palabra

según el diccionario de la Real Academia, como equivalente a declaración de conocimiento, es decir, manifestación de lo que uno sabe; y otras más concreta o estricta, que estaría referida a uno de los posibles contenidos de la declaración de conocimiento, cuando su autor reconoce algo contrario a su propio interés, esto es, la *contra se pronuntiato*"[130].

En cuanto a su naturaleza, el debate se centra en determinar si puede la confesión entrañar un negocio de desplazamiento de bienes o, simplemente, constituir un medio de prueba de un negocio jurídico. La doctrina y la jurisprudencia disponen, al respecto, que "la confesión no es un negocio traslativo de dominio, sino un medio de prueba. No tiene *per se* eficacia traslativa, ni atribuye título, se limita a constatar que unos determinados bienes tienen como titular exclusivo a uno de los cónyuges"[131]. En esta línea, se expresa la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública). Así la resolución de 13 de febrero de 1999[132] señala que "es cierto que la confesión de privatividad no aparece configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad que fija frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil; pero no es menos cierto que, la presunción de ganancialidad tampoco es un título de atribución legal de esa cualidad a los bienes del matrimonio en tanto no conste que pertenecen privativamente a uno u otro cónyuge —o a ambos en *pro indiviso*—, sino uno más de los medios de prueba". Por su parte, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 2012[133] señala que "la confesión de privatividad se configura como un negocio de fijación de la verdadera naturaleza del bien, cuando existe incertidumbre sobre la pertenencia a uno o a otra masa patrimonial. En resumen, respecto de los cónyuges la confesión de privatividad se configura como un medio de prueba especialmente hábil para acreditar que la adquisición del bien se realizó por el patrimonio privativo del cónyuge confesante. En definitiva, destruye el juego de las presunciones de los artículos 1361 y 1441 del Código Civil, creando otra presunción de privatividad que puede ser destruida, a su vez por la prueba fehaciente y suficiente de la ganancialidad o privatividad del cónyuge confesante. (…) una vez disuelto el matrimonio tendrá los efectos propios que le otorga la Ley de Enjuiciamiento Civil, un efecto limitado ya que dispone que tendrá eficacia probatoria si no lo contradice el resultado de las demás pruebas". A tal fin, entiende la doctrina mayoritaria que estamos ante una declaración de unilateral válida en Derecho; una declaración de conocimiento con valor estrictamente probatorio pleno *inter partes* —entre cónyuges—, no así frente a los herederos forzosos y acreedores, pues, en ningún caso puede depararles ningún perjuicio, además de prevenir situaciones de posibles fraudes; de modo que, no es suficiente con esta prueba por sí sola, sino que ha de complementarse con otros medios de prueba. Efectivamente, la prevalencia confesoria que el artículo 1324 establece, efectivamente no es absoluta y cabe prueba en contrario, pruebas que han de ser eficaces y contundentes[134]. Por lo que, la confesión de privatividad es un medio de prueba de un negocio jurídico y no un negocio jurídico en sí mismo. La *ratio essendi* de la

norma no es otra que el respeto a la voluntad de los cónyuges[135], a lo que hay que sumar la fuerza vinculante de los propios actos de quien tiene la oportunidad de poner de manifiesto la naturaleza privativa del dinero invertido en la adquisición de la vivienda y no lo hace, siendo por ello aplicable la doctrina jurisprudencial de los "actos propios", puesta en relación con el artículo 1355 del Código Civil, cuya formulación responde a "la fuerza vinculante del acto propio (*nemine licet adversus sua facta venire*) estriba en ser éste expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho o al explícito reconocimiento de una situación jurídica, generando una actitud desacorde con la posterior conducta del sujeto"[136]. Sin embargo, no faltan autores como MORALEJO IMBERNÓN "el artículo 1324 del Código Civil comprende no sólo la confesión *stricto sensu* (esto es, la declaración sobre la certeza de tales o cuales hechos relacionados con la adquisición), sino también los negocios jurídicos de reconocimiento o fijación de la naturaleza de un bien cuando ésta fuera dudosa (en ese caso la declaración versara más sobre situaciones jurídicas que sobre hechos)"[137]. O, como indica RAGEL SÁNCHEZ en la mayoría de los casos "la confesión es un negocio de fijación que, consolida entre cónyuges lo que existe en la realidad". Si bien, añade que como puede ser difícil probar que el bien es privativo "la confesión actúa como refuerzo de la prueba de la privatividad"[138].

A tal efecto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de febrero de 1999[139] "la confesión de privatividad no aparece configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad que fija frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia que, opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil; pero no lo es menos que la presunción de ganancialidad tampoco es título de atribución legal de esa cualidad a los bienes del matrimonio en tanto no conste que pertenece privativamente a uno u otro cónyuge —o a ambos *pro indiviso*—, sino uno más de los medios de prueba". Por tanto, se destaca en dicha resolución el valor estrictamente probatorio de la confesión de privatividad y que en la esfera inter conyugal provoca la plena destrucción de la presunción de ganancialidad, pero que tal efecto no se extiende a los acreedores y herederos forzosos, por lo que se puede afirmar que, carece *per se*, de la suficiente virtualidad para desvirtuar la presunción de ganancialidad *ex* artículo 1361 del Código Civil. A su vez, señala que, tampoco puede calificarse propiamente de título de atribución legal de esa cualidad de bienes del matrimonio en tanto no conste que pertenecen privativamente a uno u otro cónyuge —o a ambos en *pro indiviso*—, sino uno de los medios de prueba. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2001[140] señala que "el artículo 1324 contempla una prueba lícita, que se presenta prejudicial a los intereses económicos del que la presta, pero refuerza su autonomía y libre decisión, que ha de relacionarse con su voluntad expresada de poner de manifiesto la realidad de las cosas, por lo que la privacidad de la finca se presenta plenamente en todos sus efectos, ya que la manifestación tuvo lugar vigente el matrimonio, pues los litigantes se divorciaron por sentencia muy posterior"; y, asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 8

de octubre de 2004[141] reconoce el valor de prueba suficiente o bastante de la confesión de la privatividad *inter partes*, es decir, en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, más concretamente, de uno frente a otro al preservar los intereses de los herederos forzosos y de los acreedores, para no "blindar" situaciones de posibles fraudes y la prevalencia confesoria que el artículo 1324 establece, efectivamente, no es absoluta y cabe prueba en contrario, pruebas que han de ser eficaces y contundentes. Se trata de una "fuerte presunción legal que se establece por encima de la regla común del *onus probandi* y que evita acudir a la prueba corriente de las presunciones; si bien, no con el carácter de presunción *iuris et de iure*, sino que se admite prueba en contrario. No obstante, para ser destruida se requiere una "fuerte prueba en contrario". Esa fuerza que otorga el artículo 1324 de poder eludir, mediante declaración de voluntad, el valor o la regla de ganancialidad de los bienes del artículo 1361 hace que "situaciones como aquellas en que se produzca la falta de precio (se permite que sin él la causa de tal traspaso de propiedad sea la mera declaración de voluntad del perjudicado), o la precariedad o desproporción del mismo, o afecten a la validez de la declaración, salvo que exista una prueba muy fuerte y eficiente en contrario, o que se dé la existencia de situaciones enervantes, como serían las del error, el dolo o el engaño o la falta de capacidad del que la hace, en cuyos casos faltaría propiamente el consentimiento"[142]. En fin, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2006[143] indica, al respecto, que "la confesión de privaticidad de un bien produce plena eficacia entre los cónyuges a quienes afecta"; y, además "el artículo 1324 contempla una prueba lícita, que se presenta perjudicial a los intereses económicos del que la presta, pero refuerza su autonomía y libre decisión, que ha de relacionarse con su voluntad expresada de poner de manifiesto la realidad de las cosas, por lo que la privacidad de la finca se presenta plenamente en todos sus efectos, ya que la manifestación tuvo lugar vigente el matrimonio, pues, los litigantes se divorciaron en sentencia muy posterior".

Como hemos señalado, la confesión de privatividad tiene plenos efectos *inter partes*; constituye prueba suficiente entre los cónyuges[144]. De manera que, entre los cónyuges el reconocimiento del hecho del carácter de los bienes ha de constituir un acto propio vinculante para ellos[145]. De ahí que, el cónyuge en cuyo favor se verifique la confesión es el titular del bien en exclusiva y puede ejercitar todas las facultades inherentes a su condición de propietario, sin que el cónyuge confesante pueda formular oposición *a posteriori*, ni pretender tipo alguno de asentimiento o consentimiento a los actos de disposición y/o administración que el titular realice, por ser contrarios a la buena fe y la doctrina de los actos propios[146]. La confesión vincula a quien la hizo, de modo que independientemente del origen de los bienes invertidos y de si existió o no un negocio jurídico subyacente que incluyese la confesión; lo cierto es que, los bienes objeto de la misma, tienen la cualidad de privativos del cónyuge favorecido por la confesión, salvo prueba en contrario. La confesión de privacidad no tiene *per se* eficacia traslativa, ni atribuye un título; se limita a constatar que unos determinados bienes tienen como titular exclusivo a uno de los cónyuges y no la masa ganancial[147].

El Tribunal Supremo considera la confesión como un medio de prueba suficiente entre cónyuges e insuficiente en relación con los herederos forzosos y acreedores. Si bien, entre los cónyuges, aun siendo suficiente y hábil por sí sola

para destruir las presunciones de comunidad vigentes, puede, no obstante, ser desvirtuada por otras pruebas que determinen el carácter ganancial o privativo del bien confesado. Y, en relación a los herederos forzosos y acreedores de por sí la confesión no resulta suficiente, debiendo ser acreditada por otros medios de prueba la privatividad del bien, propiedad del cónyuge del confesante. Al respecto, la sentencia de 26 de septiembre de 1996[148] declaró que el precepto "no supuso la introducción de ninguna variación en perjuicio de los derechos adquiridos con arreglo a la legislación anterior, estableciendo, tan sólo, un instrumento probatorio en torno a la apreciación valorativa sobre determinados bienes existentes en el matrimonio". En la misma línea, la sentencia de 25 de septiembre de 2001[149] señala que "el artículo 1324 contempla una prueba lícita, que se presenta perjudicial a los intereses económicos del que la presta, pero refuerza su autonomía y libre decisión, que ha de relacionarse con su voluntad expresada de poner de manifiesto la realidad de las cosas". Efectivamente, entre cónyuges será suficiente la confesión de privatividad para probar que un determinado bien tiene carácter privativo del cónyuge no confesante.

Indica en la doctrina, GAVIDIA SÁNCHEZ[150] y en la jurisprudencia, por citar entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2006[151] los requisitos o presupuestos para que esta confesión produzca efectos entre los cónyuges serán: 1. Que el autor de la declaración sea uno de los cónyuges y, que se realice a favor del otro[152]. No obstante, se ha admitido que pueda hacer la confesión también sus herederos, cuando aquél hubiera fallecido, o incluso el mismo cónyuge beneficiario en representación de su cónyuge (confesante), al no tratarse de un acto personalísimo[153]; 2. Que el confesante sea aquel a quien deba perjudicar la confesión. Si bien, como afirma la jurisprudencia, refuerza su autonomía y libre decisión[154]; 3. Que el confesante tenga capacidad jurídica suficiente, sin perjuicio de las medidas de apoyo que pueden haberse adoptado en relación a las personas con discapacidad; 4. Que la confesión se haya efectuado constante matrimonio, aun cuando se encuentren separados legalmente o de hecho. Y, asimismo, disuelto el matrimonio, cuando aún no se ha liquidado la sociedad de gananciales[155]. Dicho extremo no concurre cuando tiene lugar el divorcio[156]; y, 5. El objeto de la confesión ha de ser la declaración que, un determinado o concreto bien, suficientemente identificado, es propiedad del otro —bien porque se han adquirido antes del matrimonio, o a costa de dinero privativo, o fue donado exclusivamente a ese cónyuge durante el matrimonio—. No bastando manifestaciones genéricas, como la no existencia de bienes gananciales[157]. Ahora bien, aunque, se sostiene que el artículo 1324 del Código Civil implica, en principio, atribuir un bien privativo completo a uno de los cónyuges; no obstante, es posible que la confesión de privatividad confiera carácter privativo a una parte del bien (cuota), dejando que opere respecto para el resto la presunción de ganancialidad[158]. A tal fin, lo corrobora el artículo 95.5 del Reglamento Hipotecario al establecer que *"Si la justificación o confesión de privatividad se refiriese solamente a una parte del precio o contraprestación, la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla en la participación indivisa que se indique en el título y a nombre de uno o ambos cónyuges, según proceda, para su sociedad de gananciales, en la participación indivisa restante del bien adquirido"*. Se trata de una copropiedad de un bien inmueble, inscribiéndose la parte indivisa sobre la que recaiga la confesión a

nombre del cónyuge del confesante, y las demás cuotas a nombre de uno o ambos cónyuges en su condición de ganancial.

Concurriendo estos requisitos, la confesión por parte de un cónyuge acerca de que los bienes comprados por el otro constante matrimonio son privativos es perfectamente válida y eficaz y desvirtúa la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil[159]. En todo caso, la confesión puede recaer sobre hechos personales del confesante, sobre situaciones jurídicas y también, sobre titularidades jurídicas (de bienes)[160]. Y, puede ser confesión judicial, extrajudicial, *inter vivos* y *mortis causa*. Tratándose de confesión judicial habrá de tenerse en cuenta lo establecido en los artículos 301 a 316 de la LEC. En caso de ser extrajudicial no está sujeta a ningún requisito de forma, por lo que puede contar en cualquier documento (público o privado). Si bien, para acceder al Registro de la Propiedad será necesario escritura pública por aplicación del artículo 3 de la Ley Hipotecaria[161]. La confesión en testamento habrá de sujetarse a los requisitos formales de éste[162]. En fin, la confesión extrajudicial, como manifestación de voluntad del confesante puede estar viciada por error, violencia o intimidación y, por eso, puede ser impugnada por el cauce de los artículos 1266 a 1270 del Código Civil o por falsedad y simulación. Si bien, quien articula la impugnación es el propio confesante; de forma que, para destruir los efectos de la confesión deberá acreditar cumplidamente su error, ignorando conocimiento, violencia, intimidación, falsedad o simulación[163]. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2020[164] señala que "(…) responde a la idea de lo que se dice probablemente es verdad, por lo que debe mantenerse mientras no se perjudique a terceros (señaladamente, acreedores o legitimarios del confesante). Pero no se trata de un medio de prueba absoluto y esta Sala tanto para las manifestaciones de privatividad realizadas por un esposo bajo el régimen derogado en 1981, como para las realizadas bajo la vigencia del actual 1324 del Código Civil, ha continuado reconociendo la posibilidad de que el confesante impugne su propia confesión, si bien, ha exigido para ello prueba "eficaz y contundente"; en el supuesto concreto, no se admite que el cónyuge confesante pueda impugnar su declaración, habida cuenta que con posterioridad se constituyó hipoteca sobre el bien inmueble para garantizar un préstamo en el que el marido aparecía como prestatario, y ambos manifestaron su carácter ganancial.

Sobre tales bases, el artículo 95.4 del RH regula el acceso registral a nombre del cónyuge adquirente "como privativos confesados"; así dispone el citado precepto *"si la privaticidad resultare sólo de la confesión del consorte se expresará dicha circunstancia en la inscripción y esta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla"*.

El Reglamento Hipotecario, a la hora de fijar los términos de la inscripción de tales bienes y a diferencia del criterio seguido en otros casos —*vgr.,* artículos 93.1 y 95.1— se abstiene de exigir su calificación en el asiento como privativos o gananciales, limitándose a ordenar que se inscriban a favor del cónyuge favorecido por la confesión, con expresión de esta circunstancia, produciéndose una cierta indeterminación registral en os relativo al carácter de la titularidad de ese bien. Y, precisamente, por esta indeterminación es por lo que el Reglamento Hipotecario, ante la necesidad de evitar en todo caso el acceso al Registro de negocios eventualmente claudicantes, por lo que impone el consentimiento de los herederos

forzosos del confesante, como veremos, para la realización de actos dispositivos por parte del cónyuge beneficiado por la confesión, salvo que el carácter privativo del bien resulte de la partición hereditaria del confesante. En este sentido, anticipamos que, el citado artículo 95.4 del RH configura una auténtica limitación de las facultades que corresponden al favorecido por la confesión.

Ahora bien, partiendo de la inadmisión de manifestaciones genéricas en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de abril de 2015[165] se dispone al efecto que "no puede atribuirse virtualidad confesoria a la escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada con posterioridad a la compra en la que se hace constar genéricamente que, no existen bienes gananciales, sin referencia alguna al carácter de la finca que se trata en este expediente. Dada su trascendencia jurídica es necesario que la declaración de confesión sea específica al bien concreto y expresión del carácter privativo del dinero, al objeto de romper la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil". A dicha pretensión añade que "además, se oponen: a) La específica naturaleza del procedimiento registral en el que no cabe el desenvolvimiento de la prueba en la forma contradictoria, ni se concede al registrador las amplias facultades de apreciación que goza el juez en los procedimientos declarativos; b) La exigencia de acreditación fehaciente de los actos y negocios que pretenden su acceso al Registro (artículo 3 de la Ley Hipotecaria), exigencia que se extiende a todos los extremos del negocio que han de reflejarse en el asiento (artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria); c) El rigor de los mecanismos de rectificación del Registro de la Propiedad, en cuanto se precisa el consentimiento de todos aquellos a quienes el asiento a rectificar conceda algún derecho o, subsidiariamente, una resolución judicial firme dictada en juicio ordinario entablado contra ellos (artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria); c) El rigor de los mecanismos de rectificación del Registro de la Propiedad, en cuanto se precisa el consentimiento de todos aquellos a quienes el asiento a rectificar conceda algún derecho o, subsidiariamente, una resolución judicial firme dictada en juicio ordinario entablado contra ellos (artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria); y, d) El alcance *"erga omnes"* de la presunción de ganancialidad, cuya desvirtuación requiere prueba satisfactoria, y en su conjunto, suficiente (sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 1994)".

Por su parte, en el párrafo 6 *in fine* del mismo precepto se proscribe, precisamente, la contraconfesión al señalar que *"no se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona"*. Señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2012[166] que: "la citada disposición tiene carácter imperativo, dada la naturaleza de la norma y sus términos ("no se consignará"), se ajusta a lo dispuesto en el artículo 1324 del Código Civil y los principios generales del ordenamiento. En cuanto al artículo 1324 del Código Civil porque bien claramente expresa que la confesión del otro cónyuge es a los efectos de hacer prueba "entre cónyuges", disponiendo el mismo precepto que no puede perjudicar a los acreedores. En cuanto a los principios generales, porque uno de esos principios es la coherencia de la propia conducta, reiteradamente reconocido por la jurisprudencia, según el cual "nadie puede ir válidamente contra sus propios actos" (doctrina de los actos propios). El artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario alude precisamente a la confesión contraria de la misma persona, lo que implica que se basa en dicho

principio general: quienes declararon expresa y reiteradamente que el bien inscrito es ganancial no pueden a través de una simple confesión cambiar el carácter ganancial del bien, pasándolo a privativo de uno de ellos". A la misma conclusión, añade la mencionada resolución que "se llega con los principios generales del sistema registral (en particular, el principio de expresión necesaria de la causa) en la mano. Siendo nuestro sistema hipotecario de expresión causal, según ha declarado en numerosas resoluciones este Centro Directivo, no es posible que un bien ya inscrito como bien ganancial e integrado por tanto en el patrimonio ganancial, por declaración reiterada de ambos cónyuges, pase a ser bien privativo por una mera confesión contraria a la registrada, pues este acto de confesión carece de expresión causal suficiente para provocar una salida del patrimonio ganancial para entrar en el patrimonio de uno de los cónyuges, pues el mero consentimiento no es causa suficiente para provocar una transmisión patrimonial en nuestro sistema. Las salidas y entradas de bienes de un patrimonio a otro, es decir, las atribuciones patrimoniales, cuando el bien está ya inscrito como reconocidamente ganancial por declaraciones de ambos cónyuges, repetidamente realizadas, solo puede tener lugar por un acto que sirva de causa al desplazamiento patrimonial, que no puede ser sustituido por una mera confesión de privatividad contraria a la propia confesión registrada". En fin, concluye que "de nada serviría tampoco plantear la existencia de un error obstativo o una discordancia entre la voluntad interna y la declarada, porque aparte de que la rectificación exigiría la intervención de los otorgantes de todos los títulos otorgados y el consentimiento de los titulares inscritos o anotados, no tendrían tampoco causa suficiente, partiendo de los actos concluyentes realizados con posterioridad y reiteración por ambos cónyuges, y por ello sin necesidad de entrar en este momento acerca de las consecuencias de un hipotético error de esa naturaleza, que tampoco se ha planteado en este recurso". Por lo que, la norma registral tiene sentido, pues, en aras de la seguridad jurídica no se puede permitir que la confesión pueda ser modificada por su autor a su arbitrio, ya que dicha actitud sería contraria a la buena fe y a la doctrina de los actos propios. No obstante, señala MONTERO GIMÉNEZ que es posible impugnar la confesión, si la confesión se ha emitido por error, al no poderse imponer como verdad inatacable lo inscrito. Además, entiende que "se ha de permitir dicha impugnación por parte del cónyuge del confesante, incluso por los herederos, por analogía con lo contenido en la regulación de la impugnación de la filiación, aunque es entendible que existan limitaciones desde el punto de vista registral y que dicha impugnación debe sustentarse en el ámbito judicial"[167]. Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ se muestra crítico con la redacción del artículo 95.6 del RH al entender que no hay armonía sino contradicción con el artículo 1324 del Código Civil, que es un precepto de rango superior, de ahí que manifieste que "el artículo 1324 del Código Civil concede plenos efectos entre cónyuges a la confesión, sin supeditar su eficacia a que no contradiga declaraciones anteriores de uno o ambos cónyuges. Al imponer esa limitación del alcance a la confesión, el artículo 95.6 del RH no debe ser tenido en cuenta"[168].

Ahora bien, el artículo 95.4 dispone que *"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 éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia". Por lo que, practicándose la inscripción a nombre del cónyuge en cuyo favor se realizó la declaración, se le considera propietario y titular registral, pudiendo realizar todos los actos de disposición y administración correspondiente a tal condición[169]; si bien, a la hora de concretar los términos de la inscripción de tales bienes no se califica ni de privativo ni ganancial, limitándose el precepto reglamentario a exigir que se inscriba a favor del cónyuge favorecido por la confesión, con expresión de esta circunstancias, produciéndose una cierta indeterminación registral en lo relativo a la titularidad de ese bien; por lo que, en esencia, se impone la cautela de no otorgar una publicidad definitiva sobre el carácter privativo del bien confesado. De ahí que, en vida del cónyuge confesante el titular registral podrá operar en el tráfico realizando todo tipo de negocios jurídicos que accederán al Registro de la Propiedad de modo similar a los bienes privativos puros o consolidados. Frente a los cónyuges la confesión produce plenos efectos y confiere una titularidad no sólo eficaz *inter partes*, sino también *erga omnes*, con la excepción de acreedores y legitimarios[170]. Por lo que, en las relaciones internas la confesión es prueba bastante.

Producido el fallecimiento del cónyuge confesante y hasta la partición de herencia, se procede a un tratamiento jurídico diferente, pues, el cónyuge supérstite que pretendiera realizar actos o negocios dispositivos habrá de contar con el consentimiento de los legitimarios del confesante, salvo que se acredite su inexistencia. Lo que no resulta entendible, pues, ya es difícil conseguir el consentimiento de los herederos forzosos cuando lo son de ambos cónyuges ante las complicadas relaciones familiares, que se pueden derivar del fallecimiento de uno de ellos; de lo que no cabe duda es que, puede resultar una acción imposible, si se trata de herederos legitimarios del causante difunto y no del supérstite que, pueden negarse a prestarlo. En ambos supuestos se perjudica al cónyuge viudo que, puede necesitar disponer, de forma inmediata, de bienes para hacer frente a sus necesidades más perentorias y se le deja en una posición vulnerable. Además, el tercero que adquiera bienes sin contar con el consentimiento de los herederos del cónyuge confesante, desconociendo su fallecimiento y, por ende, la citada exigencia formal —si no se le da publicidad registral— va a resultar protegido en su adquisición por la vía del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siendo su posición inatacable y, quedando a los legitimarios el recurso de la impugnación de la confesión por su carácter fraudulento[171]. De todas formas, resulta muy acertada la precisión que hacen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, pues tras manifestar que, trata de una medida de protección de los herederos forzosos del confesante, acorde con el "no perjudicará" del artículo 1324 del Código Civil; este requisito se refiere "exclusivamente a la inscripción de actos de disposición, no a efectos sustantivos"[172].

En este contexto, como dispone la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de abril de 2021[173] resulta necesario hacer constar —por mera manifestación— que no ha fallecido el cónyuge supérstite, dada la relevancia que respecto del acto dispositivo formalizado en la escritura calificada tiene el hecho que viva o no el *ex* cónyuge de la otorgante divorciada, el notario autorizante debe recoger en tal instrumento público la manifestación de esta sobre tal extremo. De este modo, quedan suficientemente cubiertas, fuera del proceso, las necesidades del tráfico jurídico. Por lo que, no puede compartirse

la afirmación de la recurrente al sostener que si el *ex* cónyuge confesante hubiera fallecido, el divorciado sería viudo y, por tanto, la expresión sobre el estado de divorciada en la escritura pública implica que el *ex* cónyuge está vivo.

Ahora bien, relacionada con la citada indeterminación registral, es por lo que el Reglamento Hipotecario en este caso impone ese consentimiento de los herederos forzosos para evitar, en todo caso, el acceso al Registro de negocios eventualmente claudicantes. De forma que, una vez fallecido el cónyuge confesante será necesaria siempre la concurrencia del cónyuge supérstite y los herederos forzosos del confesante para evitar tales situaciones[174]; y, por ende, la necesaria acreditación del fallecimiento del cónyuge confesante ante la protección de terceros adquirentes. Es, por ello que, la doctrina se muestra mayoritariamente acorde en considerar que el requisito del consentimiento de los herederos forzosos para los actos de disposición, lo es a los efectos de inscripción, y no a efectos sustantivos, para cuya producción no se precisa de tal consentimiento[175].

En este contexto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª, de 17 de marzo de 2014[176] dispone que el artículo 95.4 ha sido interpretado por la doctrina en el sentido que a los herederos forzosos del confesante no les afecta la confesión siempre y cuando concurran dos requisitos: que el cónyuge beneficiado por la confesión no acredite el carácter privativo del bien por cualquiera de los medios de prueba admitidos en nuestro ordenamiento, ya que la confesión "por sí sola" no es bastante frente a legitimarios y acreedores, sino que son necesarias otras pruebas; y que los herederos forzosos acrediten que esa confesión perjudica a su legítima, puesto que si no hay perjuicio, carece de sentido su intervención en el acto dispositivo llevado a cabo por el cónyuge viudo o por su heredero. Si falta alguno de los dos requisitos, los indicados terceros tienen que pasar por la manifestación de privatividad realizada por el cónyuge fallecido". Por su parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de junio de 2003[177] señala que la finalidad de la citada norma "no es otra que la de evitar que una supuesta confabulación entre cónyuges, especialmente en caso de segundas o posteriores nupcias, puede perjudicar los derechos hereditarios de los legitimarios del confesante y está claro que lo perseguido es que una vez fallecido el cónyuge confesante, el sobreviviente no pueda consolidar una adquisición que deriva privativa únicamente por la manifestación de su consorte, contra la presunción general de ganancialidad de los bienes adquiridos por los cónyuges constante su matrimonio", a lo que añade que "la prohibición de disposición al cónyuge beneficiario con la confesión debe afectar tanto a los actos *inter vivos* como a los *mortis causa*".

En todo caso, para REPRESA POLO la exigencia de consentimiento de los herederos forzosos para la realización de actos dispositivos de los bienes privativos por confesión "es una medida garantista del cobro de la legítima al impedir que unos bienes que se hubieran visto afectado por la presunción de ganancialidad y que hubiera integrado el patrimonio del causante del cónyuge fallecido, al menos en la mitad de su valor, puedan desaparecer después de su fallecimiento sin que se haya asegurado el pago de la legítima"[178].

Ahora bien, el *dies a quo* tiene lugar desde el fallecimiento del cónyuge confesante hasta que *"resulte la privatividad del bien de la partición de la herencia"*. A tal efecto, no se considera suficiente la falta de inclusión del bien confesado como privativo en el inventario de la partición de la herencia del cónyuge confesante y

conforme a la regla de la inadmisión de manifestaciones genéricas —todos son gananciales o privativos—, se suele requerir una manifestación expresa en tal sentido en la partición. La confesión de privatividad puede ser realizada por el cónyuge confesante, simultáneamente a la adquisición del bien; o, emitirse después, esto es, fallecido aquél resultando de la partición hereditaria[179]. Si bien, la constancia registral de la confesión realizada con posterioridad a la inscripción tiene lugar mediante la extensión de la nota marginal a la que se refiere el artículo 95.6 del RH, disponiendo, a tal fin, el citado precepto que: *"La justificación o confesión de la privatividad hechas 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"*[180].

De forma que, tras el fallecimiento del cónyuge del confesante, en la liquidación de la sociedad de gananciales habrá de verificarse si se incluye el bien confesado en la masa ganancial o en la privativa, ratificando expresamente esta última naturaleza por los legitimarios, si el cónyuge supérstite logra probar la privatividad del bien. De no probarse que el bien tiene tal carácter privativo, aquéllos podrá impugnar la titularidad de los bienes confesados y, proceder a incluir en la masa activa de la sociedad de gananciales los bienes confesados o su valor. Si no procede la impugnación, se liquida la sociedad de gananciales y se lleva a cabo la correspondiente partición de la herencia, deviniendo por ello firme la confesión[181].

Ahora bien, si la liquidación de la sociedad de gananciales tiene lugar antes del fallecimiento del cónyuge confesante, no habiéndose podido probar el carácter privativo del bien confesado y tampoco incluido el bien como ganancial; los herederos podrán ejercitar la correspondiente acción de complemento o adición de la liquidación.

En todo caso, no se puede hacer constar una confesión contraria a la realizada, y, puede hacerse en cualquier momento, no siendo un acto personalísimo; por lo que, fallecido el cónyuge, la posibilidad de confesar se transmite a sus herederos, sin que exista precepto legal alguno que, imponga que se haga dentro de una partición hereditaria[182]. De todas formas, el hecho que se exceptúe de la necesidad de consentimiento de los herederos forzosos cuando el carácter privativo del bien resulte de la partición, para la doctrina mayoritaria no tiene mucho sentido, pues, en la partición de la herencia del causante confesante no debería aparece el bien, si en su momento confesó que no era suyo, ni, por ende, de la sociedad de gananciales[183].

Atendiendo a lo expuesto, la confesión de la privatividad se extiende a los cónyuges y herederos voluntarios del confesante —en cuanto, sucesores de la personalidad del difunto—; determinando para ellos que, el bien al que la confesión se refiere, se repute privativo con todas sus consecuencias[184]. No así a los herederos forzosos —que tengan la condición de legitimarios— y terceros acreedores[185]. Ciertamente, la prevalencia confesoria del artículo 1324 del Código Civil no es absoluta y puede recaer prueba en contrario eficaz y contundente[186]. Si bien, nunca podrá valer por sí sola. En todo caso, sí puede tener valor, si se conjuga con otros medios probatorios. De todas formas, no tiene mucha lógica la referencia en el citado artículo 1324 a los acreedores de cada uno de los cónyuges, pues, a los del no confesante, la confesión les beneficia[187].

2. Eficacia de la confesión: herederos forzosos y acreedores.

En cuanto a los herederos a los que se refiere el artículo 1324 del Código Civil son los del confesante; pues, los del cónyuge del confesante resultarán favorecidos por la confesión de privatividad.

En todo caso, solo se refiere a los herederos que tengan el carácter de legitimarios, extendiéndose los efectos de la confesión en tanto no perjudique su legítima. Por tanto, el fallecimiento del confesante tiene como consecuencia que la confesión no vincula a sus legitimarios, salvo que éstos la corroboren; y que, aquéllos sólo se verán afectados si, además, son herederos y en la parte de la herencia que excediera del importe de su legítima. Si bien, como precisa, GAVIDIA SÁNCHEZ tratándose de hijos y descendientes, la protección alcanza tanto al tercio de legítima como al de mejora[188].

Por otra parte, no bastaría con invocar su condición de herederos forzosos para impugnar el carácter privativo que el causante atribuyó a los bienes adquiridos por su consorte, sino que tendrán que acreditar que con tal confesión se perjudican sus derechos legitimarios. Para ello será necesario practicar la partición hereditaria, con las correspondientes computaciones e imputaciones, al objeto de determinar si la confesión realizada, perjudica efectivamente su legítima, debiéndose recordar que la reducción de una donación inoficiosa no es un efecto producido *ope legis*, sino que se produce a petición de quien resulte legitimado por su cualidad de heredero forzoso y por el concurso del hecho de la inoficiosidad de la disposición[189]. De forma que, a la hora de pagar las legítimas, ésta se satisface con bienes distintos a los confesados. De no ser suficientes, primero se reducirán los legados, de acuerdo con los artículos 817 y 820 del Código Civil; a continuación, las donaciones (artículos 654 y 656 del Código Civil); y, por último, se atacarán los bienes confesados, acogiéndose a las presunciones de comunidad[190]. Por su parte, MONFORT FERRERO señala que llegados a este punto "hay autores que consideran que los legatarios deben impugnar la confesión, aunque sin tener que demostrar su falsedad, para lo cual tendrán que dirigirse contra el patrimonio del cónyuge confesante o de sus herederos"[191]. En todo caso, como indica acertadamente MONTERO GIMÉNEZ "sería conveniente que el bien confesado privativamente se incluya en la partición de la herencia y se efectúe una manifestación al respecto por parte de los herederos forzosos, sobre todo, para evitar que posteriormente, el cónyuge favorecido por la confesión tenga que recabar el consentimiento de dichos herederos forzosos, lo que supone una incomodidad evidente". Y, por ello el autor destaca que "los propios herederos forzosos han de adoptar una actitud activa y recabar todos los bienes que pertenecían al causante y, por tanto, su no inclusión ha de entender como un consentimiento tácito a esa confesión de privatividad"[192].

Todo ellos, sin perjuicio de las posiciones doctrinales que, entienden que la expresión "no perjudicará" supone que la confesión de privatividad es relevante frente a todos, incluidos los acreedores y legitimarios del confesante, mientras no sea impugnada[193]; como aquella que los legitimarios pueden desconocer la confesión y, en consecuencia, actuar como si no se hubiera producido[194].

Por otra parte, al margen de la existencia de determinadas resoluciones judiciales que reconocen determinada eficacia a la confesión frente a los herederos forzo-

sos tras el fallecimiento del confesante, creando una prueba de la privatividad que les afecta y recayendo sobre dichos legitimarios la carga de la prueba necesaria para desvirtuar dicha presunción; lo cierto es que, en el ámbito registral la Dirección General, respecto del citado artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, ha puesto de relieve que "aunque se establece distinción cuando exige, en tales casos, el consentimiento de los herederos forzosos del cónyuge confesante para la inscripción de la enajenación realizada por el supérstite, dicha regla no es aplicable cuando los derechos legitimarios aparecen configurados como un mero derecho a un valor patrimonial atribuible por cualquier título (como ocurre con la legítima en el Derecho catalán conforme al artículo 451-1 del Código Civil de Cataluña)"[195].

Por lo que respecta a los acreedores "sean de la comunidad o de uno u otro cónyuge", la doctrina se muestra dividida. Para un sector doctrinal, la declarada ausencia de perjuicio "no perjudicará" supone que los acreedores pueden desconocer la confesión y proceder respecto de tales bienes como si la confesión no se hubiera producido, esto es, considerándolos como gananciales y siendo la confesión de privatividad inoponible. Por lo que, pueden agredir directamente los bienes confesados como si fueran gananciales, cuando se trate, por ejemplo, de una deuda de la que deban responder los bienes gananciales[196]. A tal fin, si se les impusiera la carga de litigar para destruir la eficacia de la confesión, ello supondría que ésta les perjudica. No obstante aunque la confesión por sí misma no es prueba bastante para destruir las presunciones frente a terceros; ello no implica que, puede tener valor probatorio junto a otros medios[197].

Por el contrario, otro sector dispone que, el "no perjudicará" no implica la ineficacia absoluta de la confesión frente a acreedores y legitimarios; de ahí que, los acreedores tengan que litigar, impugnando la confesión, aunque la carga de la prueba del carácter privativo del bien corresponde al cónyuge del confesante. En consecuencia, la confesión tiene efectos similares a la donación; por lo que, corresponde a los acreedores y legitimarios desvirtuar la confesión de privatividad, impugnándola. En realidad les afecta, mientras no sea contradicha y, les perjudica en cuanto la confesión produce plenos efectos frente a ellos, pues, han de accionar para destruir su eficacia. De forma que, si existe perjuicio, nada impide a los acreedores y herederos forzosos ejercer las acciones correspondientes con el objeto de evitar el daño, que se deriva de la confesión (acción rescisoria, simulación, etc., entre otras)[198]. De ahí que, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2001[199] establezca que "(…) en relación a terceros, los herederos forzosos del confesante puede impugnar el acto simulado o por perjudicarse con él su legítima y los acreedores que basándose en la permanencia de la propiedad en el confesante o en la sociedad de gananciales que pudiera regir entre uno y otro cónyuge, podrán impugnar el acto confesado por ser fraudulento o simplemente disimulado —para los que no existe la limitación que supone la exigencia del artículo 1317—". Por lo que, el acreedor no pueda simplemente desconocer la existencia de la confesión, sino que, ha de impugnarla, recayendo sobre él la prueba del fraude o de la simulación. Tal acción de impugnación opera con carácter subsidiario como la acción rescisoria y así lo establece la citada resolución cuando indica que, opera "a falta de otros bienes en los que pueda resarcirse para cobrar sus créditos".

Entre ambas posiciones, encontramos una tesis intermedia o ecléctica que, podemos calificar de mayoritaria y es formulada por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ que sostiene que los acreedores y legitimarios pueden desconocer la confesión de privatividad en tanto que no les perjudique. Por lo que, de perjudicarles, pueden actuar sobre los bienes confesados; si bien, no les corresponde a probar la insuficiencia de bienes del deudor en su patrimonio privativo y en el ganancial para satisfacer el crédito —ya que sería excesivo imponerles la carga de la prueba de ese hecho negativo—; sino que, por el contrario, corresponde al cónyuge titular de los bienes privativos por confesión, acreditar que el cónyuge confesante dispone de bienes privativos y/o gananciales consolidados o puros suficientes para oponerse al embargo de los bienes privativos confesados. Desde tal posición, el acreedor no se ve obligado a probar que no existen bienes suficientes por parte del cónyuge deudor, sino que será el propio cónyuge favorecido por la confesión el que habrá de oponerse al embargo, alegando y probando para ello que, en el patrimonio del cónyuge deudor o en el patrimonio ganancial existen otros bienes suficientes con los que hacer frente a los créditos de dichos acreedores. En esencia, entiende el autor que "el artículo 1324 cuando establece que la confesión no perjudicará a los acreedores debe interpretarse, pues, en el sentido que "prima facie" los acreedores puede desconocer la confesión y dirigirse contra los bienes privativos confesados como si fueran comunes, aunque la ejecución no debe prosperar, si se demuestra la inexistencia de perjuicio, o la naturaleza realmente privativa de los bienes embargados"[200].

Esta, como dice el citado autor, parece ser la posición acogida por el Reglamento Hipotecario al disponer en su artículo 144 apartado 2 que, para anotar el embargo de estos bienes, la demanda se ha de dirigir contra el cónyuge titular registral, con independencia de que sea o no el cónyuge deudor[201]. Por su parte, MANZANO FERNÁNDEZ añade a esto, acertadamente, que "ha de existir una relación causa efecto, es decir, que resulte probado que para los legitimarios el perjuicio se ha producido como consecuencia de la exclusión de la mitad del valor del bien confesado del patrimonio del causante"[202].

En todo caso, el artículo 1324 del Código Civil emplea la expresión "por sí sola" lo que, para BLANQUER UBEROS, que compartimos, se refiere a la "mera y simple confesión", esto es, a la confesión considerada en sí misma "como hecho jurídico autónomo, mediante la que se atribuye a un bien determinado un concreto carácter en relación a una de las masas de bienes privativos existentes en el matrimonio"[203].

Ahora bien, hay quienes consideran que la norma solo se refiere a los acreedores cuyos créditos sean anteriores a la confesión de privatividad, y no a los créditos posteriores a la confesión, respecto de los cuales la confesión es válida y eficaz, salvo que los acreedores la impugnen, probando el fraude o falsedad, o la realización de una donación encubierta[204]; mientras otra parte de la doctrina, entiende que la confesión del artículo 1324 del Código Civil carece de virtualidad, y, en consecuencia, no es oponible ni respecto de los créditos anteriores y posteriores a la confesión. De todas formas, en régimen de gananciales, si el deudor es el confesante y estamos ante deudas de responsabilidad de la sociedad de gananciales, los acreedores deberán actuar sobre los bienes gananciales y sus bienes privativos y, después de haber ejercitado las acciones, rescisoria y subrogatoria, podrá actuar sobre los bienes confesados. Si la deuda es privativa, el acreedor deberá perseguir los bienes privativos del deudor, la mitad de los gananciales y, por última, la mitad

de los confesados, después de haber agostado cualquier otra forma de satisfacer el crédito. Si bien, el cónyuge del deudor confesante podrá oponerse al embargo de la mitad de los bienes confesados, probando su carácter privativo por medios diferentes a la confesión, y, también podrá oponerse, señalando bienes propios del deudor o la mitad de los de titularidad incierta no confesados[205].

En todo caso, mientras a los acreedores se les ofrece una protección limitada (artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario), para los legitimarios del cónyuge confesante la protección es mayor.

Ahora bien, de lo que, no cabe duda es que, la protección de acreedores y legitimarios no sólo es necesaria cuando se confiesa el carácter privativo del dinero, sino que lo es siempre, pues, podrán frente a los cónyuges o sus herederos ejercitar las acciones que en derecho les asistan, con independencia de la mayor o menor dificultad probatoria derivada del juego de las presunciones legales y del carácter personal o real de las mismas.

Todo lo expuesto, viene referido a los acreedores del cónyuge confesante. Respecto de los acreedores del cónyuge del confesante, si se trata de una deuda privativa, podrán trabar embargo del bien confesado como si fuera privativo. En consecuencia, la confesión les favorece[206].

En fin, resulta evidente que el artículo 1324 del Código Civil no se aplica a los regímenes económicos regulados en la normativa foral. A tal efecto, la Ley 89.5 de la Compilación Navarra son bienes privativos: "los adquiridos con cargo a bienes de conquista, si en el título adquisitivo ambos cónyuges hacen constar la atribución privativa a uno de ellos".

El artículo 213 del Código Foral aragonés relativo a la presunción de privatividad dispone que: *"1. Adquirido bajo fe notarial dinero privativo, se presume que es privativo el bien que se adquiera por cantidad igual o inferior en escritura pública autorizado por el mismo notario o sucesor, siempre que el adquirente declare en dicha escritura que el precio se paga con aquel dinero y no haya pasado el plazo de dos años entre ambas escrituras; 2. La presunción admite en juicio prueba en contrario"*. Precisamente, MONTERO GIMÉNEZ entiende sobre la base de este precepto, otra la posibilidad de lograr la individualización del dinero privativo, desvirtuando con ello la presunción de ganancialidad, es la existencia de un breve lapso de tiempo entre la venta o el negocio que dio origen a los fondos privativos y la compra. Por ejemplo, el plazo de dos años que establece el citado artículo 213. Si bien, precisa a continuación que "el breve lapso de tiempo sí que es cierto puede ayudar en cuanto a la prueba del dinero privativo, no es concluyente"[207]. El artículo 214 relativo al reconocimiento de privatividad establece que: *"1. Se considera privativo un bien determinado cuando la atribución por uno de los cónyuges de tal carácter al dinero o contraprestación con que lo adquiera sea confirmada por declaración o concesión de otro que, habrá de constar en documento público, si ha de acceder al Registro de la Propiedad; 2. La titularidad y libre disposición del bien, así adquirido, aun fallecido el otro cónyuge, no puede quedar afectada o limitada, sino por el ejercicio de las acciones que, puede corresponder a los acreedores y legitimarios en defensa de sus derechos"*. Finalmente, el artículo 217 se refiere a la presunción de comunidad indicando que: *"1. Se presumen comunes todos aquellos bienes cuyo carácter privativo con arreglo a los artículos anteriores no pueda justificarse; 2. La adquisición de bienes de cualquier clase a título oneroso, durante el consorcio, se considera hecho a costa del caudal común"*.

En fin, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco refuerza el principio de autonomía de la voluntad que rige en el sistema de régimen económico matrimonial del Código Civil. En efecto, según su artículo 127: *"1. A falta de capitulaciones o cuando resulten insuficientes o nulas, el matrimonio se regirá por las normas de la sociedad de gananciales establecidas en el Código Civil. (...)"*. Y a esto añade, el artículo 133 que durante *"la vigencia de la comunicación foral, la distinción entre bienes ganados y bienes procedentes de uno de los cónyuges se ajustará a las normas de la legislación civil general sobre bienes gananciales y privativos"*.

Es discutible que, son aplicables los principios generales de la legislación civil vasca que implican la aplicación del derecho supletorio, siempre en forma que no sea contraria a los principios inspiradores del derecho civil vasco, entre los cuales tiene carácter destacado, como fuente del derecho, el principio de libertad civil.

En consecuencia, una interpretación rigorista de los preceptos del Código Civil y del Reglamento Hipotecario, abrogatoria o limitativa de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, podría ser contraria a los principios y preceptos que inspiran el derecho civil vasco.

De todas formas, si falta prueba suficiente sobre la titularidad privativa del bien confesado resulta de aplicación la presunción de ganancilidad del artículo 1361 del Código Civil —y el carácter ganancial del bien—; o la existencia de una copropiedad de los cónyuges sobre el citado bien atendiendo a lo previsto en el artículo 1444 del Código Civil, al no desvirtuarse por la confesión de privatividad ambas presunciones de comunidad[208].

3. El concurso de personas casadas respecto de los bienes inmuebles confesados privativos

Cuando uno de los cónyuges está en concurso no se procede automáticamente a la disolución de la sociedad de gananciales, así el artículo 125 de la Ley Concursal —Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal— manifiesta que: "*1. El cónyuge del concursado tendrá derecho a solicitar del juez del concurso la disolución de la sociedad o comunidad conyugal cuando se hubieran incluido en el inventario de la masa activa bienes gananciales o comunes que deban responder de las obligaciones del concursado. 2. Presentada la solicitud de disolución, el juez acordará la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges. Estas operaciones se llevarán a cabo de forma coordinada, sea con el convenio, sea con la liquidación de la masa activa. 3. El cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso"*.

En coherencia con ello, cuando estamos ante deudas privativas del cónyuge concursado, el artículo 1373 del Código Civil señala que: *"Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la*

traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla".

Por su parte, el artículo 193 de la Ley Concursal respecto de la composición de la masa activa del concurso dispone que: *"1. En caso de concurso la persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado; 2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado"*.

Por lo que, procede diferenciar entre si el concursado es el cónyuge confesante o lo es el cónyuge favorecido por la confesión. En este último caso, los bienes privativos por confesión integrar en patrimonio de su deudor, siendo, en consecuencia, favorecidos por la confesión. En el caso de que el deudor sea el cónyuge confesante, el artículo 1324 del Código Civil nos recuerda que "la 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"; por tanto, deberán los bienes privativos confesados integrar la masa activa del concurso como bienes gananciales.

Relacionado con lo anterior, el artículo 198.2 de la citada Ley Concursal señala que: *"2. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en el inventario la relación y la valoración de los bienes y derechos privativos del concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales o comunes cuando deban responder de todas o algunas de las obligaciones de este, con expresa indicación de ese carácter"*. Por tanto, se incluirán en el inventario y su valoración tanto los bienes privativos como los gananciales del concursado, con la expresión de su naturaleza, siempre que, vayan a responder de las deudas del concursado; de no ser así, no formarán parte los bienes privativos y comunes de la masa activa.

En todo caso, frente a la tesis mayoritaria, si el acreedor no pueda simplemente desconocer la existencia de la confesión de privatividad para incluir los bienes confesados en la masa activa, deberá impugnar aquélla, recayendo sobre él la prueba del fraude o de la simulación. Tal acción de impugnación opera con carácter subsidiario como la acción rescisoria. De forma que, el deudor concursado deberá ejercitar las acciones de reintegración que procedan. A ellas se refiere el artículo 226 de la Ley Concursal "*1. Son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activ realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de declaración de concurso, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. 2. Son igualmente rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas, para alcanzar un plan de reestructuración, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración de concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, siempre que concurran las dos siguientes condiciones: 1º Que no se hubiera aprobado un plan de reestructuración o que, aun aprobado, no hubiera sido homologado por el juez. 2º Que el concurso se declare dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de esa comunicación o de la prórroga que hubiera sido concedida"*.

NOTAS

[1] Vid., la Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2009 (RJ 2009,337095).

[2] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales". En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 6ª ed., Madrid: Edisofer, p. 230.

[3] Vid., la Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 1992 (RJ 1992,7230).

[4] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). "La sociedad de gananciales". En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 6ª ed., Madrid: Edisofer, p. 251. Para DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 11ª ed., Madrid: Tecnos, p. 160 la idea de ganancia o beneficio "es esencialmente contable: ganancia es lo que queda después de detraer los gastos a que se halla sujeta la sociedad; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, p. 151 por su parte, indica que "ganancias o beneficio como expresión de un resultado económico final, pero durante el matrimonio la masa común está formada, no por el exceso de capital actual sobre el capital inicial de los cónyuges, sino por las adquisiciones hechas con fondos cuyo origen privativo no se puede demostrar y por los frutos, sea de los bienes de los cónyuges, sea de su actividad". Además, este autor indica que "el concepto de ganancia se suele hacer presente cuando a la disolución de la comunidad, la masa de gananciales ha de liquidarse" (p. 154). Asimismo, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de Familia, decimoséptima edición, Madrid: Marcial Pons, p. 182 indica al respecto que, las ganancias o beneficios que se obtienen durante la convivencia matrimonial "se comparten por mitad por ambos cónyuges, pero no cabe reparto alguno hasta el momento de la disolución de la sociedad de gananciales". En fin, GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). "La sociedad de gananciales". En. V. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2º, 2ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 327 entiende que "la acepción de "ganancias" se hace referencia al activo neto partible entre los cónyuges después de la liquidación de la sociedad de gananciales".

[5] GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). "La sociedad de gananciales", *op. cit.,* pp. 311-312 destacando que "esta noción es admitida si no de forma expresa, sí al menos implícita también por quienes se declaran partidarios del régimen de comunidad" (…). En realidad, añaden "los obstáculos que impiden el reconocimiento actual de la sociedad de gananciales como forma específica de sociedad civil, son principalmente de origen histórico y doctrinal, centrados los primeros en el arrastre que suponen las concepciones tradicionales, hoy inservibles por haberse modificado los postulados en que asentaban y, en relación con lo anterior, de orden dogmático, relacionados con el difícil reconocimiento y juego de la sociedad civil en su auténtica configuración, significado y efectos y con el significado de la comunidad y sus efectos jurídicos".

[6] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). "La sociedad de gananciales"; *op. cit.,* p. 258; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* pp. 160-161; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 183; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 165; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). "Comentario al artículo 1344 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. VII, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 9498; SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). "El régimen económico de gananciales (I)". En: FCO.J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia y Sucesiones*, 9ª ed., Valencia: tirant lo blanch, p. 175; CALAZA LÓPEZ, C.A. (2017). "El inmisericorde camino del capital privativo hacia la comunidad ganancial: controversias jurídicas y propuestas *de lege ferenda*", *LA LEY Derecho de familia, número 15, julio*, p. 4; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, Valencia: tirant lo blanch, p. 293. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1967

(RJ 1967,1871); y, de 8 de febrero de 2007 (RJ 2007,1488); y las Resoluciones de la DGRN de 25 de noviembre de 2004 (RJ 2004/8154); de 19 de junio de 2010 (RJ 2010,3758); y, de 17 de agosto de 2010 (RJ 2010,5009).

[7] RAGEL SÁNCHEZ L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)". En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III Los regímenes económicos matrimoniales, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 728.

[8] Se trata de entidades sin personalidad jurídica a que se refieren los artículos 6 y 7 de la LEC cuya representación y defensa corresponde a cualquiera de los cónyuges (artículo 1385.2 del Código Civil, RAGEL SÁNCHEZ L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 710.

[9] GARDEAZABAL DEL RÍO F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ J.C. (2015). "La sociedad de gananciales", *op. cit.,* p. 323; LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 167; RAGEL SÁNCHEZ L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (1)", *op. cit.,* p. 729.

[10] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. (1993). "Comentario al artículo 1345 del Código Civil", *Comentarios del Código Civil*, T. II, Madrid: Ministerio de Justicia, p. 637; RAGEL SÁNCHEZ L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 730. En esta línea, el artículo 197.3 del Código Foral aragonés cuando dispone que *"en cualquier caso, los otorgantes pueden someter la eficacia de las estipulaciones a condición o término, incluso darles efecto retroactivo, sin perjuicio de os derechos adquiridos por terceros"*. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2007 (RJ 2007,3420). En contra, la Resolución de la DGRN de 16 de abril de 2003 (RJ 2003,4035).

[11] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2002 (RJ 2002,3293).

[12] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2007 (RJ 2007,3561) señala que el artículo 1353 del Código Civil establece una presunción de ganancialidad de los bienes donados por tercero a los cónyuges y exige para ello que concurran los requisitos previstos en el citado artículo: a) Que la liberalidad haya sido aceptada por ambos cónyuges; b) Que el donante no haya establecido lo contrario; c) Que se trate de una presunción que admite prueba en contrario; y, las sentencias de la Audiencia Provincial Islas Baleares, secc. 3ª, de 29 de abril de 2005 (JUR 2005,113349); de la Audiencia Provincial Valladolid, secc. 3ª, de 20 de octubre de 2005 (JUR 2006,143747); de la Audiencia Provincial Salamanca, secc. 1ª, de 28 de diciembre de 2007 (AC 2008,1905); de la Audiencia Provincial Guadalajara, secc. 1ª, 23 de enero de 2008 (JUR 2008,208477); de la misma Audiencia y sección, de 28 de febrero de 2008 (AC 2008,1867); y, de la Audiencia Provincial Pontevedra, secc. 3ª, de 4 de marzo de 2013 (JUR 2013,126153).

[13] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Palencia, secc. Única, de 20 de marzo de 2000 (AC 2000,3629) vivienda en la que ha convivido el matrimonio adquirido por la actora exclusivamente con dinero privativo procedente de la indemnización percibida por el fallecimiento de su hijo no matrimonial y no reconocido por el demandado. Además, hay ausencia de declaración conjunta de ambos cónyuges atribuyendo el carácter ganancial al piso litigioso.

[14] En la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020 (RJ 2020,123) no se discute el carácter ganancial que, al amparo del artículo 1347.2 del Código Civil corresponde a los dividendos sociales devengados vigente el consorcio. En este sentido la sentencia de 15 de junio de 1982 proclama que "(…) en cuanto a los beneficios es indiscutible su configuración de frutos, no en el sentido de contraprestación al disfrute de otros de una cosa (cual sucede con el usufructo), pero sí como resultado de una actividad productiva de una organización económica coordinadora de una serie de elementos materiales y personales, para que "fructifiquen" y desde luego incluibles en el número tercero del artículo 1401 del Código Civil" (en la actualidad artículo 1347.2 del Código Civil). Tampoco se duda que son privativas las acciones o participaciones sociales que correspondan a uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, las nuevas acciones u otros títulos o participaciones

sociales suscritos, como consecuencia de la titularidad de otros privativos, así como las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho de suscribir, por normativa imposición de los artículos 1346.1 y 1352 del Código Civil. Sólo, si para el ejercicio del derecho de suscripción se utilizasen bienes gananciales o se emitieran acciones con cargo a beneficio, se reembolsará el valor satisfecho, como señala el último párrafo de este último precepto.

La cuestión controvertida, que subyace en este recurso de casación radica en determinar el carácter ganancial de los beneficios destinados a reservas por una sociedad de capital de la que es socio uno solo de los cónyuges; y, por lo tanto, si, una vez disuelta la comunidad ganancial, existe un derecho de crédito contra el cónyuge accionista o participe por las ganancias sociales no repartidas. Ciertamente, no se haya contemplado expresamente el tratamiento jurídico de los beneficios destinados a reservas en la regulación del régimen económico matrimonial de gananciales en el Código Civil; por lo que este Tribunal, ante la discrepancia de criterios entre nuestras audiencias provinciales y el vacío normativo existente, se inclina por la tesis que niega carácter ganancial a las reservas que permanecen en el patrimonio de la sociedad mercantil asentadas en su contabilidad con la particularidad que se dirá en el caso de existencia de fraude. También concluye que, los dividendos cuyo reparto acordó la Junta General de socios, tienen carácter ganancial; asimismo que, no pierden tal condición jurídica y deberán incluirse como activo de la sociedad de gananciales, los beneficios cuyo acuerdo social de reparto se hubiera acordado vigente la sociedad de gananciales, aunque su efectiva percepción se materialice tras la disolución de la misma; y, en los supuestos de fraude de ley, los beneficios no repartidos se podrán reputar gananciales y como tales incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común. Estamos ante actuaciones del cónyuge titular encaminadas a evitar el reparto de dividendos, con la intención que no se integren en el haber común de la sociedad de gananciales en la que participa el otro cónyuge, como integrante y, coparticipe de la misma (artículo 1344 del Código Civil). Todo ello sin perjuicio además de la aplicación de lo normado en los artículos 1390 y 1391 del Código Civil.

[15] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2006 (RJ 2006,4975); y, las sentencias de la Audiencia Provincial Granada, secc. 3ª, de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005,138786), y, de la Audiencia Provincial La Rioja, secc. 1ª, de 4 de diciembre de 2013 (AC 2013,2364).

[16] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 1992 (RJ 1992,2224); de 7 de abril de 1993 (RJ 1993,2992); de 7 de junio de 1996 (RJ 1996,4826); de 3 de abril de 2000 (RJ 2000,2341); de 1 de junio de 2006 (RJ 2006,3060) el artículo 1354 del Código Civil se aplica a la adquisición de bienes constante matrimonio, es decir, vigente el régimen de comunidad de gananciales, por precio en parte ganancial y en parte privativo cuyo bien adquirido será ganancial y privativos en proporción al dinero aportado. En este caso, no se aplica, pues, el bien es ganancial desde el principio por la aplicación del artículo 1347.3, y si posteriormente, a su disolución uno de los ex cónyuges abona todo o en parte los plazos del préstamo, tendrá derecho de crédito contra la comunidad"; y, de 7 de julio de 2016 (RJ 2016,3722); y, las sentencias de la Audiencia Provincial Málaga, secc. 4ª, de 2 de marzo de 1999 (AC 1999,4417); de la Audiencia Provincial Segovia, 17 de julio de 2002 (JUR 2002,245902); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 10ª, de 14 de enero de 2003 (JUR 2003,92958); de la Audiencia Provincial Jaén, secc. 2ª, de 22 de enero de 2003 (AC 2003,147); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 12ª, de 24 de octubre de 2003 (JUR 2003,259958); de la Audiencia Provincial Málaga, secc. 6ª, de 16 de junio de 2005 (JUR 2005,233818); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 10ª, de 16 de enero de 2006 (AC 2006,720); de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 2ª, de 19 de febrero de 2007 (JUR 2007,152513); de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 24ª, de 31 de marzo de 2008 (JUR 2008,189791); de la Audiencia Provincial Castellón, secc. 2ª, de 26 de noviembre de 2012 (JUR 2013,47328); de la Audiencia Provincial Cuenca, secc. 1ª, de 27 de septiembre de 2016 (JUR 2016,228022); y, de la Audiencia Provincial Álava, secc. 1ª, de 16 de mayo de 2019 (JUR 2019,222480).

[17] GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). "La sociedad de gananciales", *op. cit.*, p. 333.

[18] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). "La sociedad de gananciales", *op. cit.,* p. 262. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Cáceres, secc. 2ª, de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/99679) el primer desembolso se realizó con dinero privativo.

[19] GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). "La sociedad de gananciales", *op. cit.,* p. 330.

[20] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", *op. cit.,* p. 262; GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). "La sociedad de gananciales", *op. cit.,* p. 334.

[21] RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 893.

[22] RJ 1989,2468.

[23] RJ 1989,3403.

[24] RJ 1992,8302; y RJ 1992,8582.

[25] Para la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2022 (RJ 2022,17) manifiesta que "el pacto de atribución de carácter ganancial a bienes que pertenecían privativamente a un esposo está comprendido dentro de la amplia libertad que el artículo 1323 del Código Civil reconoce a los cónyuges para celebrar entre sí toda clase de contratos. En virtud del negocio de aportación celebrado, los cónyuges acordaron atribuir a bienes privativos del marido el carácter de gananciales; de modo que, los bienes pasaron de una masa patrimonial a otra". Y añade que, "Frente a lo que entiende la Audiencia, para que nazca el derecho de reintegro o reembolso a favor del aportante no es preciso establecer expresamente el carácter oneroso de la aportación, ya que no hay razón para presumir una donación, si no se dispone que lo sea. Por el contrario, si no se ha dispuesto a título gratuito, ni se ha excluido el reintegro, la regla es que toda atribución real tiene su contrapartida obligacional y genera a favor del aportante un reintegro por el valor de lo aportado al tiempo de la aportación, valor que deberá actualizarse monetariamente al tiempo de la liquidación (tal como se establece reiteradamente en los artículos 1358, 1464 y 1398.2 del Código Civil)". en el caso, no sólo no se ha atribuido a la aportación carácter gratuito ni se ha excluido el reintegro a favor del aportante, sino que, por el contrario, de lo pactado en la escritura resulta con claridad que las partes estaban atribuyendo a la aportación carácter oneroso. Así resulta tanto de la expresión de la causa de contribuir a las carga del matrimonio (que no ha sido cuestionada y que conduciría la aplicación del artículo 1364 del Código Civil), como de la solicitud de tramitación fiscal de la aportación acogiéndose a la expresión prevista en el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal; a estos efectos, era notorio cuando se otorgó la escritura que la Administración tributaria venía aplicando a las aportaciones onerosas, como explica el recurrente, la mencionada exención, mientras que sometía a las aportaciones gratuitas a liquidaciones impositivas por transmisiones a título lucrativo.

[26] Vid., la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 2006 (RJ 2022,3084). Por su parte, la resolución de esta misma Dirección General de 29 de marzo de 2010 (RJ 2010,2375) manifiesta que, el propio artículo 1355 del Código Civil se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía privada y constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323. Precisamente, la aplicación de este principio hace posible también que, aun cuando no concurran los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos. Así lo ha admitido esta Dirección General de 10 de marzo de 1989 que, respecto del pacto específico de atribución de ganancialidad a la edificación realizada con dinero ganancial sobre suelo privativo de uno de los cónyuges, señaló que "aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito definido por la norma del artículo 1355 del Código Civil (que contempla la posibilidad de asignar de modo definitivo el carácter ganancial solamente respecto de los bienes adquiridos a título oneroso, tanto si hubiere indeterminación sobre la naturaleza de la contraprestación al tiempo de adquisición como si ésta fuera inequívocamente privativa), no por ello ha de negarse la validez

y eficacia del acuerdo contenido en la escritura calificada, toda vez que, los amplios términos del artículo 1323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto —entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos y características—, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículo 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil". Este criterio ha sido posteriormente confirmado en Resoluciones de 14 de abril de 1989 (RJ 1989,3493); de 7 y 26 de octubre de 1992 (RJ 1992,8302); de 11 de junio de 1993 (RJ 1993,5418); de 28 de mayo de 1996 (RJ 1996,4012); de 15 y 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999,9163; RJ 1999,9428); de 8 de mayo de 2000 (RJ 2000,5831); de 21 de mayo de 2001 (RJ 2002,8099); de 17 de abril de 2002 (Boletín Oficial del Estado, número 134, de 5 de junio de 2002, pp. 20137-20138); de 12 de junio y 18 de septiembre de 2003 (RJ 2003,4917; RJ 2003,6334); y, de 22 de junio de 2006 (RJ 2022,5084).

[27] RJ 2019,2143.

[28] LA LEY 100700,2019.

[29] RJ 2019,5212.

[30] RJ 2020,80.

[31] RJ 2020,326.

[32] LA LEY 3681,2020.

[33] RJ 2020,599.

[34] LA LEY 160685,2020.

[35] LA LEY 92489,2020.

[36] LA LEY 2021,4817.

[37] LA LEY 220456,2021.

[38] LA LEY 232327,2021.

[39] LA LEY 63136,2022.

[40] LA LEY 279376,2022.

[41] Roj STS 1000/2023; ECLI:ES:TS:2023:1000.

[42] LA LEY 45222,2023. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1ª, de 17 de enero de 2020 (LA LEY 12337,2020).

[43] GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). "La sociedad de gananciales", *op. cit.,* p. 437; MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *LA LEY Derecho de familia, número 25, enero*, p. 4. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2005 (RJ 2005,5088).

[44] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, *op. cit.*, p. 181 añade que, "asimismo, practicadas mejoras en bienes privativos, los fondos se presumen gananciales, si no se puede demostrar la condición privativa del dinero empleado". En esta línea, SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). "El régimen económico de gananciales (I)", *op. cit.,* p. 189 al considerar también gananciales las mejoras e incrementos de los bienes, cuando no se demuestre el carácter privativo del dinero empleado para su generación.

[45] RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* pp. 761 y 767.

[46] RJ 2009,4246.

[47] CALAZA LÓPEZ, A. (2022). "Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastre del artículo 1324 del Código Civil (1)", *LA LEY. Derecho de familia, número 35, julio*, p. 4.

[48] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1ª, de 24 de marzo de 2015 (JUR 2015,113489).

[49] RJ 1999,688.

[50] RJ 1965,4748.

[51] DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012*). Sistema de Derecho Civil, vol. I (Tomo 1) Derecho de familia*, *op. cit.,* p. 172.

[52] RJ 1992,4906.

[53] GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal. Análisis crítico del precepto contenido en el artículo 1324 del Código Civil*, Madrid: Tecnos, p. 26; RAMS ALBESA, J.J. (1992). *La sociedad de gananciales*, Madrid: Tecnos, p. 151; LASARTE ÁLVAREZ C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 185; RAGEL SÁNCHEZ, J.L. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 761; GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). "La sociedad de gananciales", *op. cit.,* p. 438; MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *op. cit.,* p. 4; RUIZ ALCARAZ, S. (2016). "La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil", *Actualidad Civil, número 12, diciembre*, p. 4 precisa que, esta *vis atractiva* encaja a la perfección con el contenido del artículo 1318 del Código Civil. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 2000 (RJ 2000,809); y, de 29 de diciembre de 2001 (RJ 2002,3096); y, las sentencias de la Audiencia Provincial Jaén, secc. 3ª, de 7 de julio de 2003 (JUR 2003,218974); y, de la Audiencia Provincial Almería, secc. 1ª, de 29 de noviembre de 2016 (JUR 2017,89193).

Por su parte, MANZANO FERNÁNDEZ, Mª DEL M. (2016). "Los bienes privativos por confesión en el Código Civil y en la legislación hipotecaria", *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil, número 10, noviembre*, pp. 2 y 4 habla de una desmesurada *vis atractiva* de la presunción de ganacialidad y que "no se comprende tan amplia fuerza expansiva ni la dificultad —propiciada por el propio ordenamiento jurídico al no señalar qué medios de prueba son aptos parar contradecir lo que se presume— en muchos casos insalvable para desmotar la privatividad de un bien.

[54] RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 767.

[55] GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). "La sociedad de gananciales", *op. cit.,* p. 437.

[56] RAGEL SÁNCHEZ L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 768.

[57] SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). "Comentarios al artículo 1361 del Código Civil". En: Cañizares Laso, De Pablo Contreras P., Orduña Moreno J., y Valpuesta Fernández R., *Código Civil comentado, vol. III*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, p. 960; RAGEL SÁNCHEZ, J.L. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 965; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil". En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch (dirs). *Comentario del Código Civil, T. II*, Madrid: Secretaria General Técnica. Ministerio de Justicia, p. 679; DE LOS MOZOS, J.L. (1984). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil". En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol*. 2º, Madrid: Edersa, p. 224; MORALEJO IMBERNÓN, N., (2021). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil". En: Bercovitz Rodríguez-Cano R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 1761; RUIZ ALCARAZ, S. (2016). "La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 7. Vid., también, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de julio de 2002 (RJ 2002,6938).

[58] GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). "La sociedad de gananciales", *op. cit.,* p. 439.

[59] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 185; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 172; SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). "Comentarios al artículo 1361 del Código Civil", *op. cit*., p. 961; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2021). "La sociedad legal de gananciales". En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.); *Derecho Civil IV (Derecho de Familia),* 4ª ed., Valencia. tirant lo blanch, p.201. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 1991 (RJ 1991,8415); de 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992,10717); de 18 de julio de 1994 (RJ 1994,6447) no es suficiente la confesión de uno de los cónyuges del

carácter privativo del bien. Procede una apreciación conjunta de la prueba; de 12 de diciembre de 1994 (RJ 1994,9440); de 20 de junio de 1995 (RJ 1995,4931); de 2 de julio de 1996 (RJ 1996,5550) necesidad de prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento en la situación de privacidad; de 24 de julio de 1996 (RJ 1996,6052); de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997,6825) "no vincula, con la categoría de actos propios, el hecho que actúa como fórmula o confesión extrajudicial, que los esposos en la escritura de adquisición hubieran declarado que "compran para su sociedad conyugal"; de 22 de febrero de 2000 (RJ 2000/1339); de 25 de septiembre de 2001 (RJ 2001,8152); de 29 de diciembre de 2001 (RJ 2002/3096); de 26 de diciembre de 2002 (RJ 2002,67); y, de 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008,29); y, las sentencias de la Audiencia Provincial Sevilla, secc. 5ª, de 31 de octubre de 1997 (AC 1997/2351); de la Audiencia Provincial Ciudad Real, secc. 2ª, de 3 de febrero de 1999 (AC 1999,3993); de la Audiencia Provincial Salamanca, secc. Única, de 3 de abril de 2000 (AC 2000,3409) la separación de hecho de los cónyuges en relación con los bienes adquiridos por cada uno de ellos, destruye la presunción *iuris tantum*. Se trata de una vivienda adquirida por el demandado transcurridos dos años desde que la pareja se hallaba separada de hecho; de la Audiencia Provincial Zamora, secc. Única, de 5 de mayo de 2000 (AC 2000,945); de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 4ª, de 26 de diciembre de 2000 (JUR 2001,67523); de la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, de 1 de julio de 2002 (JUR 2002,252030); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 3ª, de 27 de enero de 2004 (LA LEY 22946,2004); de la Audiencia provincial de Valencia, secc. 10ª, de 14 de septiembre de 2015 (JUR 2016,2262); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 15 de noviembre de 2016 (JUR 2017,20950); de la Audiencia Provincial Almería, secc. 1ª, de 29 de noviembre de 2016 (JUR 2017,89193); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7ª, de 13 de abril de 2022 (LA LEY 143888,2022). Asimismo, las resoluciones de la DGRN de 21 de mayo de 1998 (RJ 1998,4456); 7 de diciembre de 2000 (RJ 2001,2580); y, de 4 de julio de 2018 (RJ 2018,3885).

[60] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). "La sociedad de gananciales", *op. cit.*, p. 268 para quien también actúa como criterio de atribución de ganancialidad; DE LOS MOZOS, J.L. (1984). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.*, p. 221; RAGEL SÁNCHEZ, J.L. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.*, p. 763; RUIZ ALCARAZ, S. (2016). "La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil", *Actualidad Civil, número 12, diciembre*, pp. 5-6; CALAZA LÓPEZ, C.A. (2017). "El inmisericorde camino del capital privativo hacia la comunidad ganancial: controversias jurídicas y propuestas *de lege ferenda*", *op. cit.*, p. 6; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, *op. cit.*, p. 318.

Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de noviembre de 1960 (RJ 1960,3761); de 8 de febrero de 1993 (RJ 1993,688); de 18 de julio de 1994 (RJ 1994,6447) no es suficiente la confesión de uno de los cónyuges del carácter privativo del bien; de 20 de junio de 1995 (RJ 1995,4931); de 10 de julio de 1995 (RJ 1995,5557) insuficiente el reconocimiento del carácter privativo del bien realizado por el otro cónyuge; de 2 de julio de 1996 (RJ 1996,5550) la prueba en contrario debe ser suficiente, satisfactoria y convincente respecto del desplazamiento en la situación de privacidad; de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996,1939); de 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002,7834) prueba indudable que la casa pertenecía al marido; no obsta a ello el que en la escritura pública se hubiese dicho que se adquiría para la sociedad conyugal; de 26 de septiembre de 1996 (RJ 1996,6657); de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997,6825); de 24 de febrero de 2000 (RJ 2000,809); de 15 de enero de 2002 (RJ 2001,1310); de 27 de mayo de 2005 (RJ 2005,5760) insuficiente la confesión del marido por haber realizado la adquisición del bien con dinero privativo de la esposa; de 19 de junio de 2006 (RJ 2006,3381); de 24 de enero de 2008 (RJ 2008,217); de 13 de julio de 2009 (RJ 2009,4465) presunción de ganancialidad de cuentas corrientes: incumbe la prueba de su carácter privativo a quien lo afirma; de 30 de junio de 2017 (JUR 2018,1261); y, de 21 de septiembre de 2022 (RJ 2022,3875) destaca que la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 del Código Civil para desvirtuarla no basta con la prueba indiciaria, sino que es precisa una prueba expresa y cumplida. Por lo que, la prueba del carácter privativo

del dinero incumbe al que lo alegue cuando se trata de una cuestión controvertida entre las partes. Por lo que, se declara que debe incluirse en el activo del inventario un crédito contra el esposo por las aportaciones realizadas a su plan privativo de pensiones durante la vigencia del régimen económico de gananciales; y, las sentencias de la Audiencia Provincial Cantabria, 20 octubre de 1994 (AC 1994,1791); de la Audiencia Provincial Huesca, 7 de mayo de 1997 (AC 1997,1083); de la Audiencia Provincial Ourense, 5 de noviembre de 1998 (AC 1998,7850); de la Audiencia Provincial Zamora, secc. Única, de 5 de mayo de 2000 (AC 2000,945); de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 4ª, de 10 de julio de 2000 (JUR 2001,258281) la prueba en contrario tiene que ser suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento de la situación de privatividad; de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2ª, de 16 de mayo de 2003 (JUR 2003,160714); de la Audiencia Provincial Granada, secc. 3ª, de 5 de noviembre de 2003 (AC 2003,1836); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1ª, de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005,90687); de la Audiencia Provincial Granada, secc. 5ª, 23 de marzo de 2007 (JUR 2007,2029) falta de acreditación del carácter privativo del dinero empleado en la compra de los inmuebles; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, de 23 de julio de 2009 (JUR 2009,361580); de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5ª, de 11 de mayo de 2010 (JUR 2010,337951); de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 4ª, de 22 de julio de 2010 (JUR 2010,302487); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3ª, de 20 de junio de 2013 (Roj. SAP TF 805/2013; ECLI:ES:APTF:2013:805); de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc.1ª, de 14 de enero de 2014 (Roj. SAP SA 12/2014; ECLI:ES:APSA:2014:12) siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, sobre lo que significa dicha presunción en relación con la carga de la prueba dispone que "A este respecto, hemos de tener en cuenta que, como declara el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 8 de diciembre de 2004 que "si bien, el artículo 1361 del Código Civil establece, como regla general, a falta de otras pruebas o declaración al respecto, la presunción de ganancialidad de los bienes "existentes" en el matrimonio, debiendo probar la parte que pretenda la privacidad de los mismos o de alguno de ellos, que en realidad lo son del cónyuge que así lo exija; existen otras normas, no obstante, que permiten alterar esa regla, como son la de del artículo 1355, por cuanto que, autoriza a los citados cónyuges a establecer, de común acuerdo, la facultad de atribuir esa condición de ganancialidad a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio; y, por otro, la del artículo 1324 que, a su vez, permite mediante confesión hecha por el que, de ellos, puede resultar perjudicado, que tal declaración se constituya en prueba eficaz y bastante para que determinados bienes sean considerados, aun perteneciendo a la comunidad o al cónyuge que la hace, como propios del otros""; de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1ª, de 25 de noviembre de 2014 (Roj. SAP ZA 354/2014; ECLI:ES APZA:2014:354) afirma que "Es cierto que no puede olvidarse que el artículo 1361 del Código Civil determina que se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges, estableciéndose, así una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada mediante prueba cumplida y satisfactoria en contrato. Ahora bien, la determinación de la cualidad de ganancial o privativo de un bien no depende de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, salvo el supuesto previsto en el artículo 1324 del Código Civil, sino que debe llevarse a cabo de conformidad con la ley o la voluntad concorde de los cónyuges en los negocio que puedan efectuar. La presunción de ganancialidad opera en relación con los bienes respecto de los que hay duda sobre dicha naturaleza y, por tanto, debe relacionarse con bienes a los que pueda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1347 del Código Civil, otorgársele la cualidad de bienes gananciales por haberse adquirido en alguna de las formas previstas en el artículo 1346 del Código Civil, resultarían ser en todo caso privativos o exigirían una prueba cumplida de ganancialidad, como sucedería en los supuestos de bienes adquiridos a título gratuito. (…) De esta forma, la presunción *iuris tantum*, además de admitir prueba en contrario, debe relacionarse con la regulación de que bienes tienen naturaleza ganancial y cuales son privativos, conformando una serie de presupuestos básicos, como son los de la adquisición a título oneroso y durante la vigencia del matrimonio"; de la misma Audiencia y sección, de 12 de di-

ciembre de 2014 (Roj. AP ZA 335/2014; ECLI:ES:APZA:2014:335) manifiesta al respecto que "la presunción *iuris tantum* del artículo 1361 del Código Civil puede ser desvirtuada mediante prueba cumplida y satisfactoria en contrario. Ahora bien, la determinación de la cualidad de ganancial o privativo de un bien no depende de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, salvo supuesto previsto en el artículo 1324 del Código Civil, sino que debe llevarse a cabo de conformidad con la ley o por la voluntad concorde de los cónyuges en los negocios jurídicos que puedan efectuar. La presunción de ganancialidad opera en relación con los bienes respecto de los que haya duda sobre dicha naturaleza"; de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1ª, de 24 de marzo de 2015 (JUR 2015,113489); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1ª, de 26 de marzo de 2019 (LA LEY 46620,2019); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5ª, de 26 de mayo de 2020 (JUR 2020,217694). Asimismo, la Resolución de la DGRN de 9 de marzo de 2005 (RJ 2005,1961).

Precisamente, se considera prueba en contrario que acredita el carácter del bien privativo de la casa la prueba testifical que se presentó en la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2ª, de 16 de enero de 2004 (JUR 2004,52863) al respecto, se significa que tanto D. Cornelio como D. Jesús María, manifestaron que la casa era de sus padres y que fue adjudicada a Dª. Monserrat por lo que, en virtud del artículo 1346.2º del Código Civil estaríamos ante un bien privativo de Dª. Monserrat tal y como sostuvo la juzgadora a quo. La otra testigo también propuesta por la parte actora y ahora apelante, Dª. Carmen refirió que la "casa de Cartelle era de Monserrat porque la compro cuando estaba soltera".

[61] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 1997 (RJ 1997,2741); y, de 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008,29) requiere la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva por parte de uno de los cónyuges; y, las sentencias de la Audiencia Provincial Pontevedra, secc. 5ª, de 14 de septiembre de 2000 (JUR 2001,5089); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 10ª, de 8 de julio de 2004 (AC 2004,2287) señala la primacía de los documentos públicos sobre los privados; de la Audiencia Provincial Granada, secc. 5ª, de 12 de abril de 2013 (JUR 2014/125496) no es suficiente la confesión de uno de los cónyuges del carácter privativo del bien; y, de la Audiencia Provincial Salamanca, secc. 1ª, de 21 de noviembre de 2016 (JUR 2016/275354) el documento privado suscrito por el apelante con sus hermanos y madre sobre lo que uno de aquellos declara como testigo en el juicio, no es tampoco suficiente para destruir la presunción de ganancialidad.

Por su parte, aboga la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008,29) por la aportación de documentos que acrediten fehacientemente la propiedad exclusiva por parte de uno de los cónyuges; y, también las resoluciones de la DGRN de 7 de diciembre de 2000 (RJ 2001,2580) el carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido se justifique mediante prueba documental pública; de 10 de abril de 2015 (RJ 2015,1758) hay que justificar el carácter privativo del dinero o de la contraprestación mediante documento público; y, de 22 de julio de 2016 (RJ 2016,5482) las aportaciones de certificaciones bancarias no indubitadas acerca del dinero empleado que no permiten destruir la presunción de ganancialidad. En esta línea, RUIZ ALCARAZ S. (2016). "La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.*, p. 6.

[62] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 1994 (RJ 1994,6447) no es suficiente la confesión de uno de los cónyuges del carácter privativo del bien; de 10 de julio de 1995 (RJ 1995,5557); de 21 de mayo de 1996 (RJ 1996,3882) presunción de ganancialidad desvirtuada por tratarse de finca adquirida con dinero privativo de uno de los cónyuges; de 24 de febrero de 2000 (RJ 2000/809); y, de 13 de julio de 2009 (RJ 2009,4465); y las sentencias de la Audiencia Provincial Asturias, secc. 4ª, de 11 de mayo de 1996 (AC 1996,2471) presunción de ganancialidad no desvirtuada. Se trata de una vivienda adquirida con dinero procedente de una donación a ambos cónyuges que, se ingresa en una cuenta bancaria común; de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 1ª, de 30 de octubre de 2000 (JUR 2001,45771) incumbe desvirtuar la presunción de ganancialidad a aquel que niega tal condición con prueba cierta y debidamente justificada; de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 13ª, de 17 de mayo de 2004 (AC 2004,1235) presunción de ganancialidad desvirtuada

al otorgarse capitulaciones matrimoniales pactándose un régimen de separación de bienes; de la Audiencia Provincial Asturias, secc. 5ª, de 13 de septiembre de 2006 (JUR 2006,25142) falta de acreditación de la compra del bien con dinero privativo del esposo procedente de su padre; y, de la Audiencia Provincial Ciudad Real, secc. 2ª, de 15 de febrero de 2010 (JUR 2010,156484) insuficiencia de la declaración como privativo realizada por el otro cónyuge del dinero para su adquisición, además de la ausencia de ingresos que, puedan acreditar el origen privativo de dicho dinero.

[63] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de diciembre de 2002 (RJ 2003,67).

[64] RUIZ ALCARAZ, S. (2016). "La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 4-5.

[65] RAMS ALBESA, J. (1992). *La sociedad de gananciales*, Madrid: Tecnos, p. 151.

[66] LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, *op. cit.*, p. 181. En esta línea, DE LOS MOZOS, J.L. (1984). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 221-222.

[67] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil". En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovtiz, L. Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civi, T. II*, Madrid: Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, p. 679.

[68] RJ 2013,5439.

[69] En esta línea, GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). "La sociedad de gananciales", *op. cit.,* pp. 442-443.

[70] GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). "La sociedad de gananciales", *op. cit.,* p. 445. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN de 7 de diciembre de 2000 (RJ 2001,2580); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 8 de abril de 2003 (JUR 2003,142917).

[71] RJ 1998,4456.

[72] Esta doctrina se reitera en las Resoluciones de la DGRN de 7 de diciembre de 2000 (RJ 2001,2580); y, de 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006,9707) que, asimismo, precisan que, la manifestación hecha ante notario no es prueba documental pública que, tal manifestación se ha realizado, pero no de la realidad de los hechos a que la manifestación se refiere.

[73] RJ 2007,9250 (*Fundamento de Derecho cuarto*). En este caso, se parte que, el cónyuge que vendió un bien que se indica ser privativo y que ahora compra mediante escritura calificada, no determina por si sola el carácter privativo del saldo de la misma.

[74] Roj. STS 5730/1997; ECLI:ES:TS:1997:5730.

[75] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997,6825) que remite a las sentencias de 6 de febrero de 1991 (RJ 1991,1156); de 15 de julio de 1993 (RJ 1993,5805); de 19 de diciembre de 1995 (RJ 1995,9425); y, de 7 de junio de 1996 (RJ 1996,4826). Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3ª, de 28 de enero de 2010 (JUR 2010,113222) saldos bancarios y productos financieros de titularidad compartida. Falta de acreditación de esa propiedad que se atribuye en exclusiva, pues, de no ser así, se remite a la propiedad presuntiva y la distribución igualitaria que resulta de la titularidad formal y consentida de los mismos; y, de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1ª, de 14 de febrero de 2017 (LA LEY 15545,2017).

[76] RJ 2017,536.

[77] En la misma línea, la Resolución de la DGSJFP de 30 de mayo de 2022 (RJ 2022,3354).

[78] Vid., la Resolución de la DGRN de 5 de marzo de 1999 (RJ 1999,1376).

[79] Vid., la Resolución de la DGRN de 22 de julio de 2016 (RJ 2016,5482).

[80] Vid., la Resolución de la DGRN de 3 de mayo de 2016 (RJ 2016,3007).

[81] Vid., las Resoluciones de la DGRN de 29 de febrero de 2012 (RJ 2012,5968) no procede la modificación registral de la titularidad de una finca, mientras los legitimarios no ratifiquen expresamente la confesión de privatividad hecha por el causante en su testamento, no será posible que los legatarios del cónyuges favorecido por la confesión inscriban a su

favor los bienes como si de bienes privativos de éste se tratara; y de 14 de mayo de 2013 (RJ 2013,4847) no procede la rectificación de errores, pues, no resulta suficiente que se acredite fehacientemente el estado de soltero de los compradores, pues, debiendo hacerse constar la porción que cada uno de los dos compradores adquieren *pro indiviso*, es ineludible el consentimiento de ambos, sin que baste el prestado por uno solo de ellos con determinación unilateral de dicha cuota.

[82] REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. VII, Valencia: tirant lo blanch, p. 9630.

[83] MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *op. cit.,* pp. 10-11.

[84] CALAZA LÓPEZ, C.A. (2017). "El inmisericorde camino del capital privativo hacia la comunidad ganancial: controversias jurídicas y propuestas *de lege ferenda*", *op. cit.,* pp. 9-10.

[85] RJ 2005,5760. En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2ª, de 15 de febrero de 2010 (JUR 2010,156484) no puede entenderse suficiente para desvirtuar la presunción de ganancialidad, pues no ha venido a acreditarse la existencia a favor de la misma de recursos económicos propios con los que justificar el alegado origen privativo del precio de la compraventa abonado, ya que la testifical evacuada por los tres testigos propuestos por la parte actora no puede conducir a dicha acreditación al desconocer los dos testigos que declararon en la alzada el origen privativo o ganancial del dinero empleado en la compraventa y contándose únicamente con la testigo que depuso por auxilio judicial en la primera instancia en afirmación del defendido carácter privativo, lo que se considera insuficiente a los efectos pretendidos por el apelante.

Por su parte, precisa RAGEL SÁNCHEZ, J.L. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 764 que la presunción de ganancialidad activa es "tan fuerte que no quedaría destruida en las relaciones con los terceros por una declaración en contrario de los cónyuges, sin que perjuicio que tuviera plena eficacia entre ellos".

[86] RJ 1999,7674. En la misma línea, la Resolución de la DGRN de 10 de abril de 2015 (RJ 2015,1758).

[87] RJ 2001,2580.

[88] RJ 2018,4856.

[89] RJ 2020,2943.

[90] RJ 2021,3888.

[91] JUR 2023,130643.

[92] Boletín Oficial del Estado, número 149, de 23 de junio de 2022, pp. 88675-86979.

[93] RAGEL SÁNCHEZ, J.L. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 764. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2008 (RJ 2008,4262).

[94] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 2001 (RJ 2001,6633).

[95] RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 770.

En todo caso, si el bien se transmite como ganancial —siendo presuntivamente ganancial— a un tercero; dicha transmisión es válida y el adquirente resulta protegidos (artículo 34 de la LH). Ahora bien, como precisa SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 961 "si el bien se transmite como ganancial exclusivamente por uno de los cónyuges; si después resulta que el bien era en realidad privativo del otro cónyuges, la transmisión será nula". En consecuencia, para la autora "la fuerza civil de esta presunción de ganancialidad no llega hasta el extremo de proteger al adquirente de un bien que se presume ganancial y se ha operado como en este caso".

[96] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 1997 (RJ 1997,2741); de 28 de enero de 2000 (RJ 2000,455); y, de 26 de junio de 2007 (RJ 2007,3448); y, la sentencia de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 22ª, de 25 de octubre de 2013 (JUR 2014,4844).

En todo caso, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1994 (RJ 1994,5225); de 16 de octubre de 1999 (RJ 1999,7331); y, de 10 de noviembre de 2000 (RJ 2000,8500) entienden como doctrina de los actos propios como "aquellos que por su carácter trascendental o por construir convención, causen estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho por el que el citado principio solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieran creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se halla obligado a respetarlo".

[97] Vid., la Resolución de la DGRN de 19 de junio de 2010 (RJ 2010,3758).

[98] RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (1)", *op. cit.,* p. 773.

[99] SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 961.

[100] GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). "La sociedad de gananciales", *op. cit.,* p. 439; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 181; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 680; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, *op. cit.,* p. 319. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 1996 (RJ 1996,6052); y, de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997,6825).

[101] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 24ª, de 1 de julio de 2009 (JUR 2010,22319); y, de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 9ª, de 18 de marzo de 2019 (AC 2019,923) se presumen gananciales las cantidades depositadas en cuentas corrientes comunes, pero puede ser destruida por prueba en contrario, consistente en acreditar que las sumas aportadas tienen carácter privativo.

En este sentido, señala RUIZ ALCARAZ, S. (2016). "La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 4 que "la comunidad de gananciales es un régimen económico pro familia, por lo que la solución más honesta y convincente es inclinarse por la ganancialidad de los bienes dudosos".

[102] REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 9627.

[103] REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 9628; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 181; DÍEZ-PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS A. (2012). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 172.

[104] RAMS ALBESA, J.J. *La sociedad de gananciales*, *op. cit.,* p. 155.

[105] RJ 2002,6938.

[106] REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 9628.

[107] Vid., la resolución de la DGRN de 14 de abril de 2005. Por su parte, en la resolución de la DGRN de 4 de julio de 2018 (RJ 2018,3885) en el presente caso en la adjudicación del bien hereditario interviene el cesionario de derechos hereditarios de uno de los hermanos. Y de estos derechos adquiridos a título oneroso constante matrimonio en régimen de gananciales debe aplicarse la presunción de ganancialidad que con carácter *iuris tantum* establece el artículo 1361 del Código Civil. Por ello, es imprescindible el consentimiento del cónyuge de quien comparece en la escritura no sólo en su condición de heredero, sino también como cesionario a título oneroso de tales derechos hereditarios.

[108] REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 9629. En la misma línea, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 172.

[109] LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 181.

[110] MORALEJO IMBERNÓN, N., (2021). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1761. En este mismo sentido, RUIZ ALCARAZ, S. (2016). "La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 7; SERRANO FERNÁNDEZ, M.

(2016). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 961; RIVERA SABATÉ, V. (2006). "Acerca de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil", *Revista de Derecho Privado, número 90, mayo-junio*, p. 67; GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2019). "Régimen económico de gananciales (I)". En: Fco. J. Sánchez Calero (coord*.), Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia y Sucesiones*, 9ª ed., Valencia: tirant lo blanch, p. 189.

[111] RUIZ ALCARAZ, S. (2016). "La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 7; GONZÁLEZ GARCÍA J. (2019). "Régimen económico de gananciales (I)", *op. cit.,* p. 189.

[112] Roj. STS 994/2008; ECLI:ES:TS:2008:994.

[113] Roj. STS 2951/2019; ECLI:ES:TS:2019:2951.

[114] RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 768.

[115] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 1996 (RJ 1996,6052); y, de 15 de enero de 2001 (RJ 2001,1310).

[116] LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 181; RUIZ ALCARAZ, S. (2016). "La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 5.

[117] MORALEJO IMBERNÓN, N., (2021). "Comentario al artículo 1361 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1761; VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Á. (2017). "La confesión de privatividad del artículo 1324 del Código Civil: sus repercusiones registrales". En: J.M. Emid Irujo, J.M. Miquel González, y A.M. Morales Moreno (dirs.); C. Arija Soutillo y M.J. Santos Morón (coords.), *Estudios Jurídicos Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, p. 735.

[118] Vid., las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de junio de 2002 (RJ 2002,8984); y, de 17 de marzo de 2005 (RJ 2005,5485) no es asimilable a la declaración judicial la declaración de la Agencia Tributaria atribuyendo a la deuda el carácter de ganancial.

[119] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2002 (RJ 2002,3293) manifiesta que "(…) en nada se opone esta calificación —como bienes privativos— el que al poco del matrimonio se elevara a escritura pública el documento privado de compraventa, sin hacerse en este indicación formal de ser privativos; ni tampoco el hecho que en el Registro de la Propiedad se diga que los mismos tienen el carácter de presuntivamente ganancial, mención correcta que hace el Registrador al tratarse de una escritura, en que, aunque no intervenga en ella el esposo, aparece en la misma la condición de casada, en el momento de otorgarla, de la compradora. Tal mención es de "presuntivamente ganancial" presunción que obviamente solo persiste hasta que una decisión judicial acabe con la misma".

[120] RJ 2016,1744.

[121] RJ 2017,1387.

[122] RJ 2020,3421.

[123] RJ 2023,1396.

[124] Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, de 28 de octubre de 2010 (LA LEY 219256,2010) se acredita que el solar donde se construyó la vivienda, era privativa de la esposa, siendo éste hecho reconocido por el marido en escritura pública; lo que implica que la confesión de privatividad como medio de acreditar en las relaciones entre los cónyuges el carácter privativo de un determinado bien.

[125] RJ 1951,248 en su *Considerando quinto* destaca que "(….) no es posible tampoco desconocer que la manifestación del marido en la escritura afirmando que la compra se realizó con dinero perteneciente a la mujer, no puede menos de vincular a aquel con respecto a éste, mientras no se demuestre su vinculación, sin que le sea lícito ir contra sus propias manifestaciones, pretendiendo ahora negar lo que en dicha escritura se reconoció, porque no es lo mismo discutir la eficacia de tal confesión, cuando a ella se opone un tercero que puede resultar perjudicado como consecuencia de un posible concierto doloso entre los cónyuges, que cuando estos convienen sobre si los bienes pertenecen a uno u otro de los esposos y, así vino a reconocerlo esta Sala en su sentencia de 30 de junio de 1948".

[126] RJ 1968,4748.

[127] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2012 (Roj. STS 4410/2012; ECLI:ES:TS:2012:4410).

[128] En esta línea, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.,* p. 69; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VII*, Valencia: tirant lo blanch, p. 9365; LATAS ESPIÑO, Mª.J. (2022). "La confesión de privatividad: un análisis del artículo 1324 del Código Civil y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública relativa al mismo", *LA LEY Derecho de familia, número 35, julio*, p. 3; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, *op. cit*., p. 258; MASIDE MIRANDA, J.E. (1989). "Aspectos del artículo 1324 del Código Civil", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, separata del vol. IV*, Madrid: Consejo General del Notariado, pp. 707-708; DE LOS MOZOS, J.L. (1982). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil". En: M. Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol. 1º*; 2ª ed., Madrid: Edersa, p. 172; REPRESA POLO, Mª.P. (2019). *Negocio entre cónyuges en fraude de legitimarios*, Madrid: Reus, p. 23.

[129] RAGEL SÁNCHEZ, J.L. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 836; del mismo autor (2017). *El régimen de gananciales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 188.

[130] GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.*, p. 46.

[131] Vid., MONFORT FERRERO, Mª.J. (2016). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs), *Código Civil comentado*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, p. 831; RAMS ALBESA, J.J. *La sociedad de gananciales*, *op. cit*., p. 159; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2002). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, *op. cit*., p. 199 no obstante, matiza que "los cónyuges emplean frecuentemente la confesión como instrumento atributivo de propiedad"; HERRERO GARCÍA, M.J. (1991). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil". En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovtiz, L. Díez-Picazo Pone de León, y P. Salvador Cordech, *Comentario del Código Civil, T. II*, Madrid: Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, p. 599; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). "LA economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", *op. cit.,* p. 244; MASIDE MIRANDA, J.E. (1989). "Aspectos del artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 698 la confesión de privatividad es "una acto jurídico probatorio cuyos efectos se determinan directamente por la ley, no por la voluntad de los cónyuges. Son actos jurídicos los actos humanos externos, conscientes y voluntarios a los que el Derecho atribuye efectos jurídicos"; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2020). "Confesión de privatividad. Impugnación por el confesante de la manifestación realizada en el momento de la adquisición, de que el dinero invertido en la compra del inmueble pertenecía en exclusiva a su esposa", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 114, septiembre-diciembre*, pp. 11-12 precisa que "la confesión es algo distinto a una declaración de conocimiento o de ciencia: es un acto por medio del cual una persona reconoce o afirma como verdadero un hecho, susceptible de producir contra ella consecuencias jurídicas"; LATAS ESPIÑO, Mª.J. (2022). "La confesión de privatividad: un análisis del artículo 1324 del Código Civil y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública relativa al mismo", *op. cit.,* p. 4 parte de la creencia que no es un negocio jurídico de fijación; y, no es un negocio jurídico dispositivo, pues, "no supone ningún desplazamiento patrimonial, y no tiene virtualidad traslativa, por lo que, en ningún caso, puede constituir título inmatriculador"; REPRESA POLO, Mª.P. (2019). *Negocio entre cónyuges en fraude de legitimarios*, *op. cit.,* pp. 27 y 30 tras señalar que como medio de prueba "ha querido el legislador y así lo aplica la Jurisprudencia que lo es un medio para fijar la naturaleza de los bienes entre cónyuges, no se convierta en perjuicio para acreedores y legitimarios que se verían beneficiados por dicha presunción, frente a los cuales seguiría siendo operativa y una vez impugnada la confesión serán los cónyuges o el cónyuge supérstite quienes deberán probar por otros medios la naturaleza privativa de los

bienes", configura la confesión "como una prueba para fijar la titularidad de un bien, es una declaración de voluntad por la cual uno de los cónyuges, ante la falta de pruebas en contrario, declara que ese bien pertenece al otro cónyuge". Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero y 25 de septiembre de 2001 (RJ 2001,1310; RJ 2001,8152); y de 29 de noviembre de 2006 (RJ 2006,10030).

Para GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.,* pp. 55-56 y 58 la confesión es "un acto jurídico y, por consiguiente, un acto voluntario, en el sentido que el confesante declarar libremente no cuál es su voluntad, sino lo sabe o conoce. Por lo tanto, la voluntad opera en el plano de la emisión de la declaración, pero es irrelevante en la configuración de su contenido". Con esto advierte el autor "la confesión, como cualquier otro acto jurídico, ha de ser realizada voluntariamente, en el sentido de libremente". A lo que añade que "además, se trata de un medio de prueba consistente "en un acto jurídico, por tanto, voluntario en el sentido de libre, que está constituido por una declaración o manifestación representativa, de conocimiento, de ciencia".

Por su parte, MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *op. cit.,* p. 12 en la confesión de privatividad parece existir una declaración de ciencia o creencia, es decir que, el cónyuge confesante se limita a manifestar algo que le es conocido y por ello, caree de virtualidad traslativa", a lo que añade que "parece obvio es que si los cónyuges utilizaran esta confesión con una finalidad traslativa, el acto debería de reconducirse a la categoría de los negocios jurídicos indirectos". En fin, para RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.,* p. 193 "en la mayoría de los casos, la confesión es un negocio de fijación, consolida entre cónyuges lo que existe en la realidad. Como puede ser difícil probar que el bien es privativo, la confesión actúa como refuerzo de la prueba de privatividad. Se trata de un bien privativo confesado que se podría convertir en un bien privativo acreditado si hiciera falta y las pruebas fueran suficientes. En los casos menos frecuentes, la confesión puede ser vehículo para conferir carácter privativo a un bien, de no existir esa confesión, sería presuntiva o definitivamente ganancial"; y, asimismo, BLANQUER UBEROS, R. (2003). "La presunción de ganancialidad. La confesión de privaticidad. La fijación negocial de privaticidad", *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, T.III*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, p. 4485 le parece apropiado reconocer a la confesión de privatividad la naturaleza atribuida por la doctrina a los llamados negocios de fijación jurídica "a los negocios mediante los que pretende obtener la superación de una situación o de un régimen jurídico aparente o inicialmente aplicable mediante asegurar la vigencia de otro régimen considerado real".

[132] RJ 1999,628.

[133] RJ 2012,10045. En el mismo sentido, la resolución de la DGRN de 8 de octubre de 2014 (RJ 2014,5521).

[134] Vid., la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 2001 (RJ 2002,2126) se presenta en el Registro solicitud del marido para que se haga constar al margen de la inscripción el carácter de bien privativo de la finca, alegando que en la adquisición la esposa declaró con falsedad haberse adquirido con dinero ganancial. Para la prueba de privatividad se presenta testimonio de la confesión de dicha esposa en juicio de medidas provisionales de separación, en el cual, a uno de las preguntas responde la confesante que la finca se adquirió con dinero privativo del marido y otro que, fue así parcialmente. El Registrador deniega la práctica de la nota marginal por no ser suficiente el documento presentado, al no pronunciare el Auto en cuestión y por ser una aseveración contraria a otra anterior; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8ª, de 24 de diciembre de 2003 (JUR 2004,164407).

[135] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de mayo de 2004 (RJ 2004,3477) atribuye valor esencial a la voluntad declarada de los miembros de una pareja de hecho respecto a la propiedad de la vivienda común que, pese a ser adquirida con dinero exclusivo de él, se escrituró como de propiedad mitad indivisa de cada uno de los miembros de la pareja, pues, como razona la sentencia, no se puede ignorar que "una convivencia es

no sólo una comunidad económica, sino además una comunidad de vida y las aportaciones personales a la convivencia".

[136] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero, de 5 de octubre y de 5 de diciembre de 1984 (RJ 1984,654; RJ 1984,4758; y RJ 1984,6030); y, de 12 de diciembre de 1985 (RJ 1985,6436). Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 29 de junio de 2010 (JUR 2010,311921).

[137] MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.*, p. 9367.

[138] RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.*, p. 841.

[139] RJ 1999,628.

[140] RJ 2001,8152.

[141] RJ 2004,5993. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2020 (RJ 2020,649); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, de 22 de junio de 2009 (Roj. SAP SE 2796/2009; ECLI:ES:APSE:2009:2796); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 5 de mayo de 2010 (JUR 2010,252940); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, de 31 de octubre de 2011 (JUR 2012,67766) manifiesta que "esta presunción es aplicable no solo a los casos de obtención de la privatividad de bienes que en relación con su adquisición serían gananciales, sino también a los supuestos contrarios, en cuanto un bien privativo pase a ganancial, por declaración del que ello resulte perjudicado: y es asimismo aplicable, por igual razón, a situaciones similares"; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 24 de octubre de 2012 (JUR 2013,26285); de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1ª, de 24 de marzo de 2015 (JUR 2015,113489); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 27 de abril de 2016 (JUR 2016,152069); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1ª, de 21 de junio de 2018 (JUR 2018,281651); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8ª, de 14 de marzo de 2019 (LA LEY 22617,2019); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4ª, de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019,239483); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 12 de diciembre de 2019 (JUR 2020,116002).

[142] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 3ª, de 19 de noviembre de 2008 (JUR 2009,118552).

[143] RJ 2006,10030.

[144] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2004 (LA LEY 14029,2004); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2ª, de 16 de mayo de 2003 (JUR 2003,160714); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 21ª, de 9 de mayo de 2017 (LA LEY 86086,2017).

[145] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5ª, de 20 de abril de 2001 (JUR 2001,264692).

[146] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16ª, de 3 de octubre de 2000 (JUR 2001,20324) el actor consintió que la finca fuese escriturada exclusivamente a nombre de la esposa. Para posibilitarlo otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales y no formuló objeción alguna a dicha situación hasta iniciarse el procedimiento de separación. Esta conducta, inicialmente decisiva y reveladora y luego mantenida a lo largo del tiempo, constituye un acto propio del demandante, reconocedor de la titularidad dominical de la esposa, que no puede ser desconocido.

[147] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1ª, de 21 de noviembre de 2016 (JUR 2016,275354).

[148] RJ 1996,6657.

[149] RJ 2001,8152.

[150] GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.*, p. 68.

[151] RJ 2006,10030. Vid., también la Resolución de la DGRN de 8 de junio de 2012 (RJ 2012,10045).

[152] Precisa MASIDE MIRANDA, J.E. (1989). "Aspectos del artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.*, p. 708 que quedan excluido de su ámbito: "a) La confesión que formule una

persona en favor de otra no unida por vínculo matrimonial; b) la que realice un cónyuge en favor de una persona diferente de su consorte; c) La que emita una tercera persona, ajena a la sociedad conyugal; d) la emitida por un cónyuge en el sentido que ciertos bienes de la sociedad conyugal son de su exclusiva propiedad".

Por su parte, nos parece oportuno mencionar la resolución de la DGSJFP de 30 de enero de 2023 (RJ 2023,1391) en relación a la escritura de compraventa —otorgada el día 18 de mayo de 2022— cuya calificación ha sido impugnada por la apoderada del comprador, manifiesta que su representado, de nacionalidad holandesa, está casado antes de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/1003, de 24 de junio de 2016 en "régimen legal supletorio de comunidad de bienes en Holanda, país de su nacionalidad común al tiempo de contraer matrimonio, a falta de capitulaciones". Se indica que dicho señor compra y adquiere, con carácter privativo, las fincas descritas y solicita la inscripción con el citado carácter. En el presente caso, la totalidad ha sido satisfecho con fondos del comprador, según resulta en la manifestación otorgada por Doña K.M.V.C., mediante documento con la firma legitimada por Doña María de los Ángeles Argibay Pérez, Notario de Voorschoten—Países Bajos— de fecha de 12 de mayo de 2022, debidamente apostillado. En el referido documento suscrito por la esposa del comprador —el día 12 de mayo de 2022— e incorporado a la escritura aquélla "hace constar expresamente que la adquisición efectuada tiene carácter privativo por haber sido empleado dinero de su exclusiva y particular propiedad —por tanto, privativo—; ratificando con ello la anterior manifestación de su cónyuge, prestando, asimismo, su consentimiento a dicha aseveración y consistiendo que la adquisición efectuada por su cónyuge lo sea con carácter privativo; quedando ambos enterados del alcance de sus declaraciones conforme al artículo 1324 del Código Civil. En base a tales hechos, tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico matrimonial esté sujeto a una ley extranjera (…) el notario español está obligado a aplicar la norma de conflicto española (artículo 12.6 del Código Civil) y a determinar, de acuerdo a dicha norma, la ley material que resulte aplicable al régimen económico de los cónyuges. Así, aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera, reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público, cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligación de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable. (…) Tales normas de conflicto, si el matrimonio se contrajo antes del día 29 de enero de 2019 —fecha de entrada en vigor del Reglamento (UE) nº 2016/1103— son las contenidas en el artículo 9.2 del Código Civil; (…) si por el contrario, la fecha de celebración del matrimonio de los compradores fuera posterior al día 29 de enero de 2019, es indudable que la norma de conflicto aplicable es el Reglamento (UE) , nº 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos-matrimoniales en el que España participa entre diecisiete Estados miembros. Este Reglamento establece con carácter universal, es decir, aunque la norma de conflicto conduzca a la aplicación del Derecho de un tercer estadio —sin posibilidad de reenvío, por el contrario, al Reglamento (UE) nº 650/2012— distintas reglas de conflicto para los matrimonios que se contraigan con posterioridad al 19 de enero de 2019, sin perjuicio de las disposiciones transitorias establecidas en el artículo 69. Por lo demás, tanto la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, como el artículo 53 de la Ley del Notariado —en los casos en que resulte aplicable—, tienen como objetivo facilitar la certeza de la ley aplicable a los aspectos patrimoniales de la relación conyugal, mediante la aplicación de la norma de conflicto que corresponda. Asimismo, este Centro Directivo ha recordado reiteradamente tanto a registradores como notarios la convivencia de avanzar en el conocimiento de ordenamientos jurídicos más usuales en la práctica jurídica en España, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no sólo a los medios previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario y, excepcionalmente a los artículos de la ley de cooperación jurídica internacional, sino también a los medios que proporciona el entorno E-Justicia, en el ámbito

europeo, colaborando activamente en la resolución de conflictos de derecho internacional privado. Pues bien, en el presente caso debe entenderse que, con la diligencia extendida por el notario y objeto de la calificación impugnada, ha quedado acreditado —conforme el artículo 36 del Reglamento Hipotecario— el contenido del Derecho holandés vigente a los efectos de practicar la inscripción a nombre del cónyuge comprador, con sujeción a su régimen económico-matrimonial de comunidad universal como régimen legal supletorio en Holanda en el momento de celebración del matrimonio —año 2009—; pero habida cuenta que en la escritura calificada el comprador solicitó que se inscribieran los bienes adquiridos como privativos (a lo que debe añadirse a referencia que su esposa hizo al artículo 1324 del Código Civil), la diligencia extendida sólo por el notario debe contar con el consentimiento del adquirente. Además, por las razones indicadas, debe concluirse que la modificación o eliminación de las manifestaciones sobre el carácter privativo de los bienes que se adquieren, está exclusivamente reservada al adquirente y, al implicar verdadera prestación de consentimiento de naturaleza negocial, solo de él o de sus representantes puede proceder. Debe también entenderse que, es improcedente hacer constar en la inscripción que el cónyuge titular registral podrá disponer él solo de dicho bien (salvo que se trate de la vivienda familiar o de donación). En fin, lo fundamental es que conocida la ley extranjera aplicable, el bien adquirido se inscriba según la determinación de la disciplina aplicable al mismo conforme al régimen económico-matrimonial del adquirente en ese momento, tal como establece el artículo 51.9ª a) del Reglamento Hipotecario; de modo que, será el momento de la ulterior realización de actos dispositivos sobre dicho bien cuando deberán observarse las normas y pactos que, como consecuencia del indicado régimen económico matrimonial, sean aplicables y pudieran no coincidir —en caso de modificaciones legales o convencionales— con las que en el preciso momento de la adquisición estuvieran vigentes.

[153] MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 9367; MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *op. cit.,* p. 12; LATAS ESPIÑO, Mª.J. (2022). "La confesión de privatividad: un análisis del artículo 1324 del Código Civil y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública relativa al mismo", *op. cit.,* p. 5; RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 839; del mismo autor (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.,* p. 191; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. (2012). "La confesión sobre el carácter de los bienes realizada entre cónyuges", *Revista Crítica de Derecho Civil, número 734, noviembre*, p. 3201 habla de la intervención en la escritura mediante apoderado con poder especial al efecto; MASIDE MIRANDA, J.E. (1989). "Aspectos del artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 702 señala, asimismo que "no existe ninguna norma legal ni razón lógica que impida a uno de los cónyuges otorgar poder a favor de otra persona para hacer confesión de privatividad"; LATAS ESPIÑO, Mª.J. (2022). "La confesión de privatividad: un análisis del artículo 1324 del Código Civil y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública relativa al mismo", *op. cit.,* p. 9 considera que "tampoco será suficiente hacer constar en la escritura de transmisión por el titular registral del bien privativo por confesión que el estado civil del mismo es el de "casado"; dado que cabe la posibilidad de que el transmitente hubiese contraído nuevas nupcias con persona distinta del confesante, pudiendo este haber fallecido". Vid., asimismo, las resoluciones de la DGRN de 27 de junio de 2003 (RJ 2003,6080); y, de 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006,9707) permiten que la confesión pueda ser realizada por los herederos del cónyuge fallecido a favor del supérstite.

Por su parte, el artículo 95 apartado sexto del RH establece que la confesión se puede realizar en un momento posterior, si bien se hará constar por nota marginal.

[154] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2001 (RJ 2001,8152; y, de 8 de octubre de 2004 (RJ 2004,5993).

[155] GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.,* p. 73; MONFORT FERRERO, Mª.J., (2016). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 832; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 9368. Vid., también las sentencias de la Audiencia

Provincial de Las Palmas, secc. 3ª, de 17 de febrero de 2021 (LA LEY 68882,2021); y, de la misma Audiencia y sección, de 4 de marzo de 2022 (LA LEY 141069,2022).

[156] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 24 de junio de 2016 (AC 2016,882).

[157] MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 9367; RAGEL SÁNCHEZ, F.L. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.,* p. 188. Asimismo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de abril de 2015 (RJ 2015,1758) entendió que no era confesión la declaración formulada por los cónyuges de forma conjunta, en capitulaciones matrimoniales en la que se disolvía el régimen de gananciales y, en la que se manifestaba de forma genérica que, no existían bienes gananciales, sin referencia alguna al carácter de la finca que trataba el expediente registral. Para la Dirección General "es necesario que la declaración de confesión se especifique el bien concreto y la expresión del carácter privativo del dinero, al objeto de romper la presunción de ganancialidad del artículo 1361 de Código Civil".

Por su parte, el apartado quinto del artículo 95 del RH contempla que la confesión de privatividad se refiera solamente a una parte del precio o contraprestación. De todas formas, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.,* p. 74 indica que, en la expresión bienes "se ha de entender también los derechos de crédito y, en general, cualesquiera de contenido patrimonial y no sólo las cosas".

[158] RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.,* p. 195.

[159] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 14 de febrero de 2022 (JUR 2022,159510).

[160] GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.,* pp. 95-96 y añade "no puede ser objeto de confesión, como de ningún otro medio de prueba, los datos de Derecho". En el mismo sentido, HERRERO GARCÍA, M.J. (1991). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 599-600.

[161] La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 2007 (Boletín Oficial del estado, núm. 148, de 21 de junio de 2007) entiende que, aunque no haya confesión de privatividad expresa, podría deducirse su existencia, sin que sea necesaria "una ritual repetición de ciertas palabras o fórmulas que, si bien facilitan la labor de los operadores jurídicos, no son en sí mismas imprescindibles", por lo que debe inscribirse la finca privativa por confesión. De forma que, el Centro Directivo admite que una confesión de privatividad no sea expresa, sino deducida de la propia escritura pública y de los actos del cónyuge que ha de realizar la confesión.

[162] GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.,* pp. 108-111; HERRERO GARCÍA, M.J. (1991). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 600. Para MASIDE MIRANDA, J.E. (1989). "Aspectos del artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 714 la confesión será normalmente extrajudicial y como el artículo 1324 no exige que conste en una forma determinada; siéndole aplicable, con carácter general, el principio de libertad de forma.

[163] MONFORT FERRERO, Mª.J., (2016). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 832; GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.,* p. 243 y 246; RAGEL SÁNCHEZ, F.L. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.,* p. 190. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8ª, de 8 de marzo de 2016 (LA LEY 166721,2016); y, de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1ª, de 4 de diciembre de 2020 (LA LEY 220481,2020).

Para REPRESA POLO, Mª.P. (2019). *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, *op. cit.,* pp. 33-34 "la impugnación por parte del cónyuge confesante, debería limitarse a los casos de error de hecho o de derecho o vicios de la voluntad"; por lo que, añade la autora "no debería admitirse alegando una falsedad en la declaración y presentando pruebas en contrario del contenido de la confesión que probaran la ganacialidad del bien pudiera dejar sin efecto la confesión demostrando en ese momento lo que parecía desconocer cuando hizo la

confesión por cuanto iría contra los actos propios quien en un determinado momento declara la pertenencia de los bienes a si cónyuge".

[164] RJ 2020,649.

[165] RJ 2015,1758.

[166] RJ 2012,7951. Asimismo, vid., la Resolución de la DGRN de 2 de abril de 2012 (RJ 2012,6165) en un supuesto de un bien que se adquiere por in cónyuge para la sociedad de gananciales y se inscribe como ganancia, en el Registro de la Propiedad, pero, posteriormente, en la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, los cónyuges declaran que el bien era privativo, señala, al efecto que, "los principios de especialidad y determinación, así como el de rogación, exigen que el acto o contrato inscribible quede determinado en el documento presentado de modo indubitado. El mismo recurrente reconoce lo confuso de la redacción de la escritura; porque no resulta con claridad si se está efectuando una liquidación de gananciales, como se afirma en la escritura o si, por el contrario, tan solo se formaliza una confesión de privatividad, como afirma el escrito de recurso. En tanto no se otorgue la oportuna escritura de rectificación, no puede procederse a la inscripción; pues la aclaración formulada en el escrito de recurso no es documento hábil para rectificar lo pactado entre cónyuges en escritura pública. Esto sentado, resulta del expediente que en la inscripción de la declaración de obra nueva consta que comparecieron ambos cónyuges y manifestaron que para tal obra emplearon fondos de su sociedad de gananciales (…). Por tanto, no puede hacerse constar en el Registro una aseveración contraria a otra anterior ya registrada, salvo que se aporte la prueba del carácter privativo del dinero; prueba que, además, los cónyuges ofrecen en la propia escritura cuando, tras manifestar la procedencia del dinero, afirman que lo acreditarán donde corresponda, pero que no ha sido aportada al Registro".

[167] MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *op. cit.,* pp. 14-15. Por su parte, recordamos que, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.*, pp. 243-247 fija como causas de ineficacia el error de hecho, la falsedad material y la violencia e intimidación; asimismo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). "LA economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", *op. cit.,* p. 245 manifiesta que, la confesión puede ser impugnada por el propio confesante, ya sea por vicios del consentimiento, ya por no coincidir la titularidad confesada con la real". Y, SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). "El matrimonio". En: Fco.J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia y Sucesiones*, 9ª ed., Valencia: tirant lo blanch, p. 161 igualmente, señala que, la confesión "puede ser impugnada por el propio confesante o sus herederos voluntarios, si prueba que fue simulada o falsa o que concurrió en la declaración de voluntad del confesante algún vicio del consentimiento".

[168] RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.,* p. 198.

[169] Precisa MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). "LA economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", *op. cit.,* p. 245 salvo que se trate de vivienda familiar, siendo en este caso aplicable lo previsto en el artículo 1320 del Código Civil.

[170] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, *op. cit.,* p. 183 matiza que "nos hallamos ante una clase particular de bienes que funcionan, en principio, como gananciales *erga omnes* y privativos *inter partes*".

[171] REPRESA POLO, Mª.P. (2019). *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, *op. cit.,* p. 41. Para GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.,* p. 235 manifiesta que esta exigencia resulta excesiva y no del todo conforme con lo preceptuado por el artículo 1324 del Código Civil y ello por varias razones: "1ª. Porque el precepto civil sustantivo no dice que la confesión no afecte a los legitimarios de su autor, sino que no les perjudica por sí sola; por lo que éstos no pueden sin más desconocerla y pretender actuar respecto de los bienes que fueron objeto de aquella como si no se hubiese producido y fueran presuntamente comunes; 2ª. Porque los legitimarios del confesante, cuando sean herederos de éste, deben hacer suyos los actos propios del causante; y, por lo tanto, también la confesión, lo que ocurre es que no deben resultar perjudicados en

sus legítimas y la disposición de los bienes confesados, en principio, no les perjudica en sí misma; (…) y 3ª. Porque esa exigencia supone tratar a la confesión de privatividad peor que la donación". Asimismo, MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *op. cit.,* p. 13 indica que, resulta excesivo exigir que los herederos forzosos tengan que prestar su consentimiento. Por su parte, CALAZA LÓPEZ, C.A. (2017). "El inmisericorde camino del capital privativo hacia la comunidad ganancial: controversias jurídicas y propuestas *de lege ferenda*", *op. cit.,* p. 13 manifiesta al respecto que ante esta situación "el instrumento probatorio analizado debería limitarse a aquellos negocios, en los que habiendo manifestado los interesados razones de urgencia (pensemos en situaciones de enfermedad grave con riesgo de muerte de uno de ellos, habiéndose entregado grandes sumas de dinero a cuenta) opten por concertarlos sin disponer de la garantía que implica la prueba documenta fehaciente del carácter privativo del precio o contraprestación", y acertadamente señala que "los bienes privativos por confesión irrumpen en el patrimonio y penetran en una especie de "limbo" que arrastra a todo su historial jurídico; constante matrimonio el cónyuge a cuyo favor se practica la confesión goza de la apariencia de propietario que la titularidad registral le confiere, pero esta zona de confort decae el fallecimiento del consorte confesante, imponiéndose de una u otra forma, según la tesis doctrinal que se sostenga, el no perjuicio a acreedores, de absoluta justifica y el consentimiento expreso de los legitimarios de su consorte".

[172] DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012*). Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 145. En la misma línea, HERRERO GARCÍA, M.J. (1991). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 600 tras señalar que "parece razonable pensar que sólo debe afectar a la inscripción de tales actos de disposición, añade que "(…) el artículo 1324 no dice que la confesión no afecte a los legitimarios de su autor, sino que no les perjudica por sí sola y el no perjuicio no ha de significar que deba contarse con su consentimiento para disponer de esos bienes, sino que al final del proceso de liquidación no vean disminuida su legítima y hasta entonces, el viudo o sus herederos podrán seguir disponiendo por sí solos". Concluye, al respecto, que "sería ilógico que se tratase a la confesión, peor que a la donación entre cónyuges que, no precisa consentimiento".

[173] RJ 2021,1620 venta de un inmueble del que una participación indivisa del 25% pertenece a una persona que, según se expresa en la escritura de compraventa es divorciada. Esta participación indivisa está inscrita con carácter privativo de dicha persona por haber confesado su esposo, en el momento de la adquisición, el carácter privativo del precio pagado por ella.

Por su parte, este Centro Directivo en resolución de 7 de noviembre de 2018 (RJ 2018,4852) manifiesta si lo que existe, mientras viva el cónyuge confesante, es la disolución del matrimonio o de la sociedad de gananciales del aportante, es innecesario, según la regulación normativa, acreditar la ratificación del carácter privativo del bien objeto de aportación o la adjudicación del mismo, por liquidación de gananciales, al disponente; en resolución de 7 de junio de 2022 (RJ 2022,3187) ante la venta de dos inmuebles que pertenecen a una persona casada, procede a la suspensión de la inscripción al no constar los datos de identificación del cónyuge de la vendedora; por lo que, no puede deducirse de la escritura si dicha persona continúa casada con el mismo esposo, ni si el esposo confesante continúa vivo y, por ello, no puede descartarse que la disposición requiera el consentimiento de los herederos forzosos del cónyuge confesante; y, en la resolución de 30 de junio de 2022 (RJ 2022,5158) en la venta de la mitad indivisa de una finca perteneciente a una persona viuda, inscrita con carácter privativo a su favor por haber confesado su esposo en el momento de su adquisición, el carácter privativo del precio pagado por ella. No procede a la inscripción de la compraventa porque hay una falta de constancia de que el confesante estuviese vivo en el momento de la compraventa, o de que hayan dado su expreso consentimiento los herederos forzosos del confesante que, no están vinculados por tal confesión.

[174] Vid., la Resolución de la DGSJFP de 3 de junio de 2021 (RJ 2021,3888).

[175] MONFORT FERRERO, Mª, J., (2016). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 833.

[176] JUR 2014,106055. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8ª, de 16 de febrero de 2022 (JUR 2022,214309).

[177] RJ 2003,4225.

[178] REPRESA POLO, Mª.P. (2019). *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, *op. cit.,* p. 40.

[179] RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 838; del mismo autor (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.,* pp. 191-192. Sin embargo, para VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Á. (2017). "La confesión de privatividad del artículo 1324 del Código Civil: sus repercusiones registrales", *op. cit.,* pp. 722-723 la confesión posterior a la adquisición tiene que tener lugar "antes de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, siempre que esa confesión posterior no sea contraria a una aseveración o a otra confesión previa del mismo cónyuge que la realiza o a una determinación legal de ganancialidad".

[180] En la Resolución de la DGRN de 5 de diciembre de 2009 (RJ 2010,649) se afirma en primer lugar que, a falta de prueba documental pública y directa sobre el carácter privativo de la contraprestación, no podrá procederse a inscribir la finca como privativa al amparo del apartado 2º del artículo 95 del RH, sino como privativa por confesión, conforme al apartado 4º del mismo artículo. De forma que, cuando pide el consentimiento de todos los interesados, concretamente de la esposa del recurrente, parece desconocer que dicho consentimiento ya fue prestado en la propia escritura de compraventa. En efecto, de la tercera copia presentada resulta que dicha esposa compareció al otorgamiento y, confesó la privatividad de la adquisición por su cónyuge, según resulta de la adición a la escritura, cuya adecuación a las formalidades extrínseca del documento no se ponen en duda en ningún momento. De ahí que, se concluya que "la falta de constancia registral de dicha confesión en su momento, por las razones que sean, y el tiempo transcurrido no afectan *per se* a su eficacia; de manera que, la nueva presentación de una copia de la escritura es suficiente para que pueda procederse a hacer constar el carácter privativo por confesión al amparo del artículo 95, apartado 4º del RH, mediante la práctica de la nota marginal a que se refiere el apartado 6º del mismo precepto".

[181] En este línea, REPRESA POLO, Mª.P. (2019). *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, *op. cit.,* p. 42.

[182] Vid., la Resolución de la DGRN de 27 de junio de 2003 (RJ 2003,6080).

[183] MONFORT FERRERO, Mª. J. (2016). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 833.

[184] MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *op. cit.,* p. 13. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5ª, de 20 de abril de 2001 (JUR 2001,264692); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5ª, de 30 de junio de 2020 (LA LEY 94629,2020).

[185] Vid., la resolución de la DGRN de 27 de junio de 2005 (RJ 2005,5399).

[186] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 1994 (RJ 1994,6447); y 25 de septiembre de 2001 (RJ 2001,8152).

[187] En este línea, DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012*). Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* pp. 143 y 144.

[188] GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.,* p. 173.

[189] Vid., las Resoluciones de la DGRN de 29 de febrero de 2012 (RJ 2012,5968); y de 7 de noviembre de 2018 (RJ 2018,) recuerda que la reducción de una donación inoficiosa no es un efecto producido "*ope legis*", sino que se produce a petición de quien resulte legitimado por su cualidad de heredero forzoso y por el concurso del hecho de la comprobada inoficiosidad de la disposición; y, la Resolución de la DGSJFP de 19 de abril de 2021 (RJ 2021, 1620).

En todo caso, para RAMS ALBESA, J.J. *La sociedad de gananciales*, *op. cit.,* p. 158 los legitimarios "deberían tener sobre los bienes que fueron presuntivamente consorciales y aho-

ra son privativos del cónyuge no causante, como máximo, la posición que ostentan respecto de las donaciones de su causante y ello corriendo con la carga de la prueba para demostrar que la confesión de su causante constituyó una verdadera donación disimulada". A lo que añade que "la posición actual de la norma constituye un verdadero atentado para la seguridad jurídica y la estabilidad predicadas, aunque parece que tan solo de palabra, de las masas privativas de los cónyuges, que constituyen intereses tan dignos de protección como lo es la integridad cuantitativa de las legítimas"; por lo que no se le escapa "las dificultades de la prueba de la simulación, pero éstas son, más o menos, las mismas que las que tendrá el consorte, sobre todo si se trata de la titularidad de bienes muebles o de la privatividad del dinero invertido en la adquisición".

MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *op. cit.,* p. 17 manifiesta, al respecto, que "habría que incluir la mitad del valor del bien confesado, puesto que, si fuera ganancial a cada cónyuge le correspondería la mitad del mismo, en las operaciones de computación e imputación que calculan la legítima de cada heredero forzoso". Asimismo, precisa que "existe una diferencia entre los acreedores y los herederos forzosos, ya que frente a los acreedores, el cónyuge favorecido por la confesión podría oponer o bien que él es el verdadero propietario mediante las oportunas pruebas, o bien que existen otros bienes suficientes en el patrimonio del deudor con los que hacer efectivos los créditos. Sin embargo, frente a los herederos forzosos, solo podrá oponerse que el bien confesado es efectivamente de la titularidad privativa del cónyuge a cuyo favor se realizó la confesión, pero no la existencia de otros bienes, dado el carácter de *pars bonorum* que posee la legítima en nuestro derecho común que, impone que se haga efectiva sobre los mismos bienes de la herencia".

En fin, BLANQUER UBEROS, R. (2003). "La presunción de ganancialidad. La confesión de privaticidad. La fijación negocial de privaticidad", *op. cit.,* p. 4491 recuerda que los herederos forzosos pueden demandar la reducción de aquellas donaciones que una vez hechos los cálculos de computación y los de imputación (artículos 636 y 819 del Código Civil y concordantes) resulten que exceden de las facultades de libre disposición del causante y perjudican el derecho a recibir legítima correspondiente al demandante".

[190] MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 9370. Asimismo, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1986). "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", *Anuario de Derecho Civil, T. XXXIX, Fasc. II, abril-junio*, pp. 453-454 quien manifiesta, al respecto que "a los herederos la confesión, supuesto que fuese inexacta, les afectaría en un doble sentido, cálculo de la legítima y posibilidad de que ésta pudiera satisfacerse a expensas del bien privativo confesado supuesto que el "*relictum*" fuese insuficiente para cubrirla. En consecuencia, el reconocimiento o confesión ha de ser tratado, en principio, respecto de los herederos forzosos del confesante, como si estuviéramos en presencia de una donación, donación que habrá de estimar en la mitad del valor del bien, supuestamente donado toda vez que la otra mitad de ese valor ya correspondía al presunto donatario".

[191] MONFORT FERRERO, Mª. J. (2016). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 834.

[192] MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *op. cit.,* p. 14.

[193] OLIVARES JAMES, J. Mª. (1983). "Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1324 del Código Civil", *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXV*, p. 320.

Se muestra contrario a esta posición MASIDE MIRANDA, J.E. (1989). "Aspectos del artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 719 en base a varias consideraciones: "en primer lugar, porque se toma como punto de partida la teoría negocial, aplicando a la confesión la doctrina general de la defensa frente a actos en fraude de tercero, por lo que, en consecuencia, sus efectos son los propios de cualquier negocio jurídico, en otros términos, que mientras no sea impugnada es relevante frente a todos; (….) en segundo lugar, una interpretación literal y

lógica del artículo 1324 no permite llegar a esta concusión que, obligaría a los legitimarios a tener que impugnar la confesión; (…) en tercer lugar, la confesión no se produce en materia de propiedad de bienes, sino de clasificación de actos jurídicos en función del régimen económico matrimonial".

[194] VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1995). *Panorama de Derecho Civil*, 2ª ed., Barcelona: Bosch, pp. 259-260.

[195] Vid., la Resolución de la DGRN de 25 de julio de 2017 (RJ 2017,5849); y las Resoluciones de la DGSJFP de 7 y 30 de junio de 2022 (RJ 2022,3187; RJ 2022,5158).

[196] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia, op. cit.*, p. 183 destaca, al respecto, "la *inocuidad* de la confesión de cara a los acreedores y legitimarios del artículo 1324 del Código Civil"; lo que significa que "si los cónyuges se hallan sometido al régimen legal, se puede comportarse respecto de los bienes como si la confesión no se hubiera producido". A su vez, precisa que "tales terceros, sí podrán valerse como medio de prueba y frente a los cónyuges de las manifestaciones y confesiones hechas por ellos en orden a la cotitularidad de los bienes y, en general, de los actos propios suyos"; DE LOS MOZOS, J.L. (1982). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 173.

[197] ÁLVAREZ OLALLA, Mª.P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Navarra: Aranzadi, p. 388.

[198] GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de los bienes de la sociedad conyugal*, Madrid: Tecnos, pp. 200-202; RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 842; REPRESA POLO, Mª.P. (2019). *Negocio entre cónyuges en fraude de legitimarios*, *op. cit.,* pp. 32 y 36 para quien resulta imprescindible la impugnación; y, en consecuencia (…) "el no perjuicio al que se refiere el artículo 1324 del Código Civil no equivale a inoponibilidad, no puede afirmase que dicha norma disponga que los acreedores y legitimarios pueden ignorar la confesión y actuar en la reclamación de sus derechos como si los bienes fueran gananciales". En todo caso, con una salvedad que "acreedores y legitimarios se verán beneficiados por una inversión de la carga de la prueba e impugnada la confesión, el otro cónyuge deberá probar su titularidad, mientras que el resto de terceros tendrán que probarlo ellos".

[199] RJ 2001,1301.

[200] DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1986). "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", *op. cit.,* pp. 450-453. En esta línea, MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *op. cit.,* p. 16; LATAS ESPIÑO, Mª.J. (2022). "La confesión de privatividad: un análisis del artículo 1324 del Código Civil y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública relativa al mismo", *op. cit.,* p. 10; MASIDE MIRANDA, J.E. (1989). "Aspectos del artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 720-721.

Para BLANQUER UBEROS, R. (2003). "La presunción de ganancialidad. La confesión de privaticidad. La fijación negocial de privaticidad", *op. cit.,* p. 4497 al acreedor "le corresponde la prueba del perjuicio, sin que tenga que probar intención fraudulenta al hacerse la confesión, cuyos efectos ataca, y que su pretensión, frente al cónyuge beneficiario debe concretarse a la privación de los efectos propios de la confesión en la medida necesaria para evitar el perjuicio de su derecho de crédito. Parece que es oportuno el recuerdo de los principios generales inspiradores del régimen de la acción pauliana o rescisoria, salvo la innecesidad del concurso de intención fraudulenta".

Por su parte, REPRESA POLO, Mª.P. (2019). *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, *op. cit.,* p. 39 dispone que "si la confesión oculta una transmisión gratuita, fallecido el cónyuge confesante y abierta la sucesión, se computará en su herencia la mitad del valor de los bienes objeto de la confesión y en el caso que en el momento de la partición no hubiera bienes suficientes para realizar el pago, podrán los legitimarios ejercitar la acción de reducción de donaciones inoficiosas contra el cónyuge supérstite, momento en el cual podrán éstos probar su titularidad" y continúa la autora "en este sentido, sólo cuando en el momento de la partición no hubiera bienes para cubrir la legítima y la acción de reducción de donaciones inoficiosas".

[201] DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1986). "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", *op. cit.,* p. 453; HERRERO GARCÍA, M.J. (1993). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil". En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León, P. Salvador Cordech, *Comentario del Código Civil, T. II*, Madrid: Ministerio de Justicia, p. 601; GAVIDIA SÁCHEZ, J.L. (1987), *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.*, pp. 197-199; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al*. *Elementos de Derecho Civil, IV, op. cit*., p. 182; COSTA RODAL, L. (2021). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil". En: R. Rodrigo Bercovtiz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 1729. En contra, OLIVARES JAMES, J.Mª. (1983). "Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme el nuevo artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.*, pp. 324-326.

En todo caso, para DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil IV*, *op. cit.,* p. 145 no tiene fácil explicación la anotación del embargo sobre el bien; además, hay que demandar al cónyuge en cuyo favor conste la titularidad privativa, sea o no deudor. Por lo que, entienden que, si no es deudor, no está legitimado previamente para soportar el proceso.

[202] MANZANO FERNÁNDEZ, Mª DEL M. (2016). "Los bienes privativos por confesión en el Código Civil y en la legislación hipotecaria", *op. cit.,* p. 10.

[203] BLANQUER UBEROS, R. (2003). "La presunción de ganancialidad. La confesión de privaticidad. La fijación negocial de privaticidad", *op. cit.,* pp. 4491-4492.

[204] GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.,* p. 197; HERRERO GARCÍA, M.J. (1991). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 601; RAMS ALBESA, J.J. *La sociedad de gananciales*, *op. cit.,* pp. 158-159; HERRERO GARCÍA, M.J. (1993). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 601; RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). "La sociedad de gananciales (2)", *op. cit.,* p. 842; COSTAS RODAL, L. (2021). "Comentario a los artículos 1324 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1729: MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 9371; MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *op. cit.,* p. 16.

[205] GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.,* pp. 200-202; HERRERO GARCÍA, M.J. (1993). "Comentario al artículo 1324 del Código Civil", *op. cit.,* p. 601.

[206] GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, op. cit.,* p. 202.

[207] MONTERO GIMÉNEZ, J.Mª. (2020). "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *op. cit.,* p. 11.

[208] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, duodécima edición puesta al día por Silvia Diaz Alabart, Madrid: Edisofer, p. 147.

1.2. Derecho de Familia

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ante el resurgir de la curatela romana en aras a fomentar que las medidas de apoyo a las personas con discapacidad sean proporcionadas y respeten su máxima autonomía

The recent jurisprudence of the Supreme Court before the resurgence of the roman conservatorship in order to promote that support measures for people with disabilities are proportionate and respect their maximum autonomy

por
ELISA MUÑOZ CATALÁN
PDI
Universidad Internacional de la Rioja

RESUMEN: Con la elaboración del presente análisis jurisprudencial, pretendemos dar a conocer cuál es la doctrina más reciente sobre el novedoso sistema de provisión de apoyos en aplicación de la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Como tendremos ocasión de exponer, la Sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 ha sido la primera sentencia en la que el Alto Tribunal ha aplicado el nuevo régimen de apoyos a un enfermo de síndrome de Diógenes que vivía solo, acumulaba en su vivienda efectos y alimentos que recogía de los cubos de la basura de la vía pública, y no acudía al médico desde hacía años; por lo que tal patología le condicionaba en el cuidado correcto de su salud y su higiene, así como de la higiene del inmueble en el que residía, con riesgo evidente para la salubridad de sus vecinos de edificio. Y, en el caso que examinaremos, dichas medidas tendrían el carácter esencialmente asistencial y consistentes en que la entidad designada curadora realizase los servi-

cios de limpieza y orden de la casa del interesado, así como asegurase su efectiva atención médico-asistencial.

ABSTRACT: With the elaboration of this jurisprudential analysis, we intend to make known what is the most recent doctrine on the new support provision system in application of Law 8/2021 of June 2, which reforms civil and procedural legislation for support for people with disabilities in the exercise of their legal capacity. As we will have the opportunity to explain, Supreme Court Judgment 589/2021, of September 8, 2021, has been the first judgment in which the High Court has applied the new support regime to a patient with Diogenes syndrome who lived alone, he accumulated effects and food in his home that he collected from the garbage cans on public roads, and he had not gone to the doctor for years; therefore, such pathology conditioned him to take proper care of his health and hygiene, as well as the hygiene of the property in which he resided, with an obvious risk to the health of his building neighbors. And, in the case that we will examine, said measures would have an essentially welfare nature and consist of the entity designated as curator carrying out the cleaning and ordering services of the interested party's house, as well as ensuring their effective medical care.

PALABRAS CLAVES: Discapacidad, apoyo, autonomía, fiscal, capacidad, igualdad.

KEY WORDS: Disability, support, autonomy, fiscal, capacity, equality.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA DESDE LA STS 589/2021, DE 8 DE SEPTIEMBRE. II.1. Hechos en que consiste el supuesto planteado. II.2. Pretensiones de las partes ante su discapacidad. II.3. Contexto jurídico, problema principal y relevancia de la sentencia. II.4. Fallo del tribunal y resolución del problema jurídico.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—IV.1. Referencias bibliográficas y/o recursos electrónicos. IV.2. Fuentes legislativas. IV.3. Índice de resoluciones citadas.

I. INTRODUCCIÓN

Con la realización del presente estudio jurisprudencial nuestro objetivo principal es analizar, desde un punto de vista jurídico, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 (STS), de la Sala de lo Civil, al configurarse como la primera que el Tribunal Supremo (TS) dictó en aplicación de la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Como tendremos ocasión de detallar, el Alto Tribunal argumenta que en casos como el analizado en que existe una clara necesidad asistencial —*dado que como se acredita el demandado padecía síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad y dicha patología le condicionaba en el cuidado correcto de su salud y su higiene, así como de la higiene del inmueble en el que residía, con riesgo evidente para la salubridad general y en concreto, la de sus vecinos de edificio*— sí está jus-

tificada la adopción de las medidas asistenciales aun en contra de la voluntad del interesado, D. Damaso, al entenderse que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. De modo que el TS estima en parte el recurso de casación, dejando sin efecto la declaración de modificación de capacidad, sustituye la tutela por la curatela, así como confirma y completa las medidas de apoyo con algunas de las propuestas por el Ministerio Fiscal (MF), como por ejemplo, la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener; sin olvidar que todas ellas sean proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona.

No obstante, partimos de la premisa generalmente admitida de que el tratamiento social y jurídico de la capacidad de las personas y de su posible discapacidad no es algo nuevo en nuestro sistema jurídico, sino que ya el Derecho Romano tuvo ocasión de abordarla. Ahondando, especialmente, en la discapacidad psíquica y en la figura de la curatela en Roma, la cual, parece haber resurgido como figura jurídica tuitiva y de protección para las personas que necesiten apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica; aunque bien es cierto que en nuestros días se han introducido importantes cambios, tal y como veremos a lo largo de nuestro trabajo.

En este sentido, justificamos la importancia jurídica de la mencionada sentencia en el hecho de que, del examen de la propia regulación legal contenida en los artículos 249 y siguientes del Código Civil español (CC), así como del artículo 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad se observan cuáles son los elementos esenciales del régimen legal de provisión de apoyos aplicable desde septiembre de 2021 en nuestro ordenamiento, los cuales, exponemos seguidamente en base a lo contenido en el Fundamento de Derecho (FD) 4º de la sentencia que estamos examinando:

a) Es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

b) La finalidad de estas medidas de apoyo es expresamente permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, y han de estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales.

c) Las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas.

d) No se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona.

e) La provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

Por lo anterior, en primer lugar, ofreceremos un estudio de lo que se conoce como la PARTE DESCRIPTIVA de la sentencia, esto es, un examen de los hechos en que consiste el caso planteado *(procediendo a construir el relato de los hechos de manera cronológica, secuenciada y resaltando los que resultan de interés para la resolución del caso, así como el itinerario procesal seguido en la sentencia)*, y de las

pretensiones de las partes intervinientes *(las posturas que adoptan las partes legitimadas en dicho proceso);* a través de dicha descripción objetiva de la sentencia y sus principales elementos.

En un segundo momento de nuestro comentario jurídico, abordaremos la llamada PARTE CRÍTICA centrada en el análisis, valoración y crítica constructiva que ofrecemos sobre los FD y el fallo del Tribunal, a la luz de los hechos y datos objetivos tratados en la primera parte. A tal efecto, resultará esencial dilucidar cuál es el contexto jurídico del caso y la institución legal que es objeto de estudio, el problema jurídico principal que nos sirva para describir cuál es el debate jurídico planteado en el caso y en qué argumentos se apoyan las diferentes posturas, y para concluir la relevancia o repercusiones de la mencionada sentencia.

Para finalizar, se dará a conocer cuál es la decisión o Fallo del Tribunal, ofreciendo un análisis de la resolución del problema, los pasos lógicos que sigue el Tribunal para alcanzar su conclusión, la motivación jurídica de la decisión, la correlación entre los hechos descritos y la solución adoptada, así como los criterios interpretativos seguidos por los jueces.

En consecuencia, mediante el estudio de la STS 589/2021, de 8 de septiembre de 2021, pretendemos adentrarnos en la importancia que hoy tiene esta sentencia al ser la primera que aplicó el sistema de provisión de apoyos a personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. De este modo, consideramos que, tras dicho examen jurisprudencial, comprenderemos mejor el problema jurídico que subyace en dicha sentencia al aplicarse por primera vez la Ley 8/2021, lo cual, motiva el fallo del Tribunal Supremo.

II. APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA DESDE LA STS 589/2021, DE 8 DE SEPTIEMBRE

PARTE DESCRIPTIVA:

Como avanzábamos y a través de una descripción objetiva de la sentencia y sus elementos principales —*atendiendo al orden lógico de: Antecedentes; Fundamentos de Derechos; Fallo*—, en las siguientes líneas de nuestro comentario vamos a realizar:

1º De un lado, un examen de los hechos en que consiste el caso planteado: Procediendo a construir el relato de los hechos de manera cronológica, secuenciada y resaltando los que resultan de interés para la resolución del caso, así como el itinerario procesal seguido en la sentencia.

2º De otro, un estudio de las pretensiones de las partes intervinientes, es decir, las posturas que adoptan las partes legitimadas en dicho proceso.

Pasamos a detallas, pues, cada una de dichas partes:

II.1. Hechos en que consiste el supuesto planteado

La Sentencia 589/2021 del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil (*Procedimiento: recurso de casación 4187/2019 interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Asturias como consecuen-*

cia de autos de juicio verbal seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo) de fecha 8 de septiembre de 2021, parte de los siguientes hechos probados que figuran en sus ANTECEDENTES de manera amplia y, de los cuales, extraemos literalmente los que entendemos más importantes para comprender mejor el Fallo pronunciado, tomando un criterio cronológico y secuenciado que ordena mejor lo sucedido en dicho caso:

1º En octubre de 2018, Damaso tenía 66 años de edad, vivía solo y no se le conocía parientes próximos. Los vecinos del inmueble avisaron a la fiscalía preocupados por la situación en que se encontraba su vecino, que acumulaba en su vivienda trastos y alimentos que recogía de los cubos de la basura de la vía pública; no acudía al médico desde hacía años, por lo que su situación personal se estaba deteriorando progresivamente y necesitaba atención social y sanitaria.

El Ministerio Fiscal (MF) presentó una demanda de determinación de la capacidad y constitución de apoyos y salvaguardas para garantizar a Damaso el ejercicio de sus derechos. Pedía que se determinara con precisión la extensión de los medios de apoyo más idóneos, en concreto, los actos para los que precisaría de apoyo y en qué consistirían, respetando al máximo su autonomía.

2º Damaso se opuso expresamente a la provisión de apoyos, alegando que no padecía ninguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que justificara la declaración de que carecía de capacidad para regir su persona y administrar sus bienes.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo dictó sentencia de 18 de marzo de 2019, después de practicar todas las pruebas legales, principalmente la exploración judicial y el examen del médico forense, dejó constancia de que el demandado padecía de síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad —*según el informe forense unido a las actuaciones*—.

3º Y, en atención a lo anterior, la aludida sentencia estimó en parte la demanda, en cuanto que modificó la capacidad de Damaso y acordó las siguientes medidas de apoyo: "*La asistencia en el orden y (la) limpieza de su domicilio sito en la C/ DIRECCION000 nº NUM000 de Oviedo, de modo que se autoriza a la COMUNIDAD AUTÓNOMA (CCAA) PRINCIPADO DE ASTURIAS como tutora del demandado a la entrada en el domicilio (...) sito en la C/ DIRECCION000 Nº NUM000 de Oviedo con la periodicidad que estime la tutora conveniente a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, tutelando la entidad pública a Damaso solo en este preciso aspecto en las condiciones reseñadas en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la presente sentencia*".

4º La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Damaso. El recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial de Asturias (sección 5º) con el siguiente razonamiento: "*Como se infiere del informe facultativo del Sr. Forense, si bien el hoy recurrente presenta un nivel de conciencia consciente, pensamiento y lenguaje adecuado, memoria correcta y un límite normal de inteligencia, posiblemente de nivel algo bajo, ello no resulta incompatible con la apreciación del trastorno de la personalidad que presenta, consistente en un trastorno de conducta con acumulo y recogida patológica de basura, que en dicho dictamen se refiere, acumulación obsesiva sin conciencia de afección, limitación ni enfermedad*".

Como se señala abiertamente por dicho facultativo, el síndrome que padece el recurrente es un viejo conocido de la psiquiatría, síndrome de Diógenes, que

se caracteriza por un extremo abandono del autocuidado de higiene y alimentación en personas que se aíslan de su medio y rechazan cualquier tipo de ayuda, dificultando su nula conciencia de dicha patología cualquier tipo de intervención consensuada, de ahí la medida de intervención y seguimiento por parte de la Administración, con visitas domiciliarias y trabajo coordinado de servicios sanitarios y sociales, a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, que es lo que se ha resuelto en la sentencia que se apela. Alude igualmente que tal nula conciencia de la distorsión psíquico impide percibir a dicho paciente el olor nauseabundo que se manifiesta no sólo en el descansillo del piso que habita, sino incluso en el portal del inmueble, lo que hace inviable su convivencia, así como unas normales relaciones de vecindad, habida cuenta que quienes residen en el edificio no están obligados a soportar tales incomodidades e incluso posibles problemas de higiene a consecuencia de tal comportamiento.

La sentencia concluyó expresamente afirmando que el apelante padecía:

— Una incapacidad relevante e importante para cuidar su salud e higiene con riesgo para la salubridad de sus vecinos en el inmueble, haciendo realmente insoportable la situación que desde tiempo atrás vienen padeciendo, no pudiendo olvidarse su negativa a permitir la entrada en su domicilio y a aceptar cualquier ayuda de los Servicios Sociales, básicamente por no ser consciente de su anomalía.

— Dicho trastorno grave de la personalidad, en suma, le incapacita para gobernarse por sí mismo en el aspecto personal y doméstico, alimentación, vestido, cuidado de la casa y bienestar personal dentro de su lugar de residencia, y ello con relevante y grave repercusión y perjuicio para terceros, agravado por su no reconocimiento de tal patología.

5º El procurador Francisco Javier Fumanal, en representación de Damaso, interpuso recurso de casación ante la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, argumentando infracción del artículo 199 CC (en relación con los arts. 200 y 322 CC), referidos a las causas de incapacitación y presunción de capacidad, con infracción de la jurisprudencia que los interpreta, pues la sentencia recurrida se apoya en un posible trastorno, lo que resulta insuficiente para modificar la capacidad de obrar. La Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, dictó auto de fecha 9 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva acuerda: *"Admitir el recurso de casación interpuesto por don Damaso contra la sentencia dictada con fecha de 19 de junio de 2019, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 206/2019 dimanante del procedimiento de modificación de capacidad de la capacidad de obrar n.º 781/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Oviedo"*.

Con fines didácticos y para reparar mejor en las fechas y datos esenciales, hemos elaborado la presente tabla sobre los hechos importantes o presupuestos fácticos relativos a la relación entre ellos, que consideramos que sirven de base para resolver el caso planteado pues nos muestran su cronología en el tiempo:

Tabla nº 1. Presupuestos fácticos que dan lugar a las medidas de apoyo a Damaso

PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y MEDIDAS DE APOYO	
Damaso	En octubre de 2018, contaba con 66 años. Vivía solo y no se le conocía parientes próximos.
Los vecinos del inmueble se pusieron en contacto con la fiscalía	Preocupados por la situación en que se encontraba su vecino: — Acumulaba en su vivienda trastos y alimentos que recogía de los cubos de la basura de la vía pública. — No acudía al médico desde hacía años.
Ministerio Fiscal	Presentó una demanda de determinación de la capacidad y constitución de apoyos y salvaguardas para garantizar a Damaso el ejercicio de sus derechos. Damaso se opuso expresamente a la provisión de apoyos.
Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo	Dictó sentencia en marzo de 2019 confirmando que: — El demandado, padece de síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad —*según el informe forense unido a las actuaciones*—. — Modificó la capacidad de Damaso y acordó una serie de medidas de apoyo Ej. Autoriza a la CCAA PRINCIPADO DE ASTURIAS como tutora del demandado a la entrada en el domicilio.
Audiencia Provincial de Asturias (sección 5º)	La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Damaso. El recurso fue desestimado por la AP Asturias.
La representación procesal de Damaso	Interpuso recurso de casación ante la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, argumentando infracción del artículo 199 CC. La AP de Asturias tuvo por interpuesto el recurso de casación, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.
Ley 8/2021, de 2 de junio	En vigor desde el 3 de septiembre de 2021. Reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
STS 589/2021, 8 de septiembre de 2021	El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por Damaso contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.ª) de 19 de junio de 2019.

Fuente: Elaboración propia

II.2. Pretensiones de las partes ante su discapacidad

En la mencionada sentencia fue parte recurrente Damaso —*representado por la procuradora Paloma Izquierdo Labrada y bajo la dirección letrada de Miguel Fer-*

nández Arango—, parte recurrida la Administración del Principado de Asturias —*representada por el procurador Fernando López Castro y bajo la dirección letrada de Verónica Mittelbrunn Suárez*—, así como fue parte el propio Ministerio Fiscal.

De lo expuesto hasta ahora y, siguiendo dicho itinerario procesal y los datos destacados previamente, podemos determinar cuáles son las pretensiones de las partes, que resumimos seguidamente:

1º El Ministerio Fiscal: Promovió demanda de juicio verbal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo, para la determinación de la capacidad, medios de apoyo y salvaguardias adecuadas y efectivas para su ejercicio de Damaso, y pidió que se dictase sentencia por la que se dispusieran las siguientes medidas que pasamos a resumir:

— La fijación de la extensión de su capacidad jurídica, así como los medios de apoyo que se desprendan como más idóneos para la conservación de la capacidad jurídica arriba determinada: tutela, curatela, defensor judicial, régimen de guarda, o cualquier otro medio de apoyo adecuado.

— Los actos a los que se refiera su intervención, cuando así proceda, debiéndose nombrar la persona que haya de asistirle o representarle y velar por él.

— Las salvaguardias adecuadas y efectivas para asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, y finalmente que sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias personales.

2º El procurador López Castro, en representación de la Administración del Principado de Asturias: Contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia con pronunciamiento respecto a la modificación de la capacidad de don Damaso deducida por el Ministerio Público en función de las pruebas que se practiquen, singularmente del informe del Médico Forense, constituyéndose, así mismo, en su caso, la institución tutelar oportuna. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 2019, como más arriba hemos indicado textualmente.

3º La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Damaso: La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Asturias mediante sentencia de 19 de junio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue: "*Fallamos: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Don Damaso contra la sentencia dictada en fecha dieciocho de marzo de dos mil diecinueve por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se confirma*".

El procurador, en representación de Damaso, interpuso recurso de casación ante la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, alegando como motivo la infracción del art. 199 CC, en relación con los arts. 200 y 322 del mismo texto legal, referidos a las causas de incapacitación y presunción de capacidad, con infracción de la jurisprudencia que los interpreta, pues la sentencia recurrida se apoya en un posible trastorno, lo que resulta insuficiente para modificar la capacidad de obrar.

La Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera

del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días. Esta sala dictó auto de fecha 9 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva contiene lo siguiente "*Admitir el recurso de casación interpuesto por don Damaso contra la sentencia dictada con fecha de 19 de junio de 2019 (…)*".

En último término, el Ministerio Fiscal consideró que procedía la desestimación del recurso de casación interpuesto. No obstante, en atención a la necesidad de velar para que la limitación de los derechos del recurrente se hiciese de la forma más adecuada posible para su protección, el Fiscal solicitó de la Sala:

— Que D. Damaso quedase sujeto a la institución de la curatela, manteniendo al curador en las facultades establecidas en la sentencia recurrida, salvo en lo relativo a la elección de los servicios de mantenimiento y limpieza en que asistiría a D. Damaso en la contratación y solo supliría su voluntad en caso de la negativa de éste a contratar servicio alguno, y ampliándolas a las decisiones y actuaciones sanitarias tendentes a garantizar los tratamientos y terapias de todo tipo que requiera para el control y cuidado de la enfermedad que ha motivado la modificación de su capacidad.

— Que las medidas de apoyo acordadas se controlasen cada seis meses a fin de valorar, a la vista de la evolución de D. Damaso, si procedería dejarlas sin efecto en caso de mejora o su ampliación si fuera necesario.

La representación procesal de la Administración del Principado de Asturias presentó escrito en el que manifestaba su adhesión a las alegaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal, en aras a velar por los derechos e intereses del presunto incapaz.

PARTE CRÍTICA:

En esta segunda parte crítica del comentario jurídico sobre la sentencia que estamos realizando, nos centraremos en el análisis, valoración y crítica constructiva de los FJ y del fallo del Tribunal, a la luz de los hechos y datos objetivos tratados en la primera parte.

En ese sentido, en primer lugar, detallaremos cuál es el contexto jurídico del caso y la institución legal que es objeto de estudio, el problema jurídico principal que nos sirva para describir cuál es el debate planteado en el caso y en qué argumentos se apoyan las diferentes posturas, y la relevancia o repercusiones de la mencionada sentencia.

Para, seguidamente y con la finalidad última de situar la sentencia en el contexto de la jurisprudencia, acabar con un examen sobre cuál es la decisión o Fallo del Tribunal, ofreciendo un análisis de la resolución del problema. Profundizando en aspectos que consideramos esenciales, tales como: los pasos lógicos que sigue el Tribunal para alcanzar su conclusión, la motivación jurídica de la decisión, la correlación entre los hechos descritos y la solución adoptada, así como los criterios interpretativos seguidos por los jueces.

Procedemos, pues, al análisis crítico de la sentencia referenciada.

II.3. Contexto jurídico, problema principal y relevancia de la sentencia

En primer término, vamos a situar el supuesto planteado en su contexto jurídico. Para ello, del examen y estudio del FUNDAMENTO DE DERECHO 1º, se

deriva que el presente caso plantea, como cuestión de fondo, la importancia de la determinación de la adopción de medios de apoyo para la conservación de la capacidad jurídica de Damaso, debiéndose nombrar la persona que haya de asistirle o representarle y velar por él. De igual modo, cabe recordar que ya el juzgado que conoció en primera instancia mandó practicar como pruebas: a) La exploración judicial; b) y el examen del médico forense. Confirmando expresamente la sentencia dictada que el demandado padecía de síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad y que tal patología le condicionaba en el cuidado correcto de su salud y su higiene, así como de la higiene del inmueble en el que residía, con riesgo evidente para la salubridad general y en concreto, la de sus vecinos colindantes.

Seguidamente, incidimos en el debate planteado en el caso y el problema jurídico principal y relevancia hasta llegar el TS a estimar en parte el recurso de casación interpuesto por Damaso contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.ª) de 19 de junio de 2019. Pues bien, del estudio de los siguientes FUNDAMENTOS DE DERECHOS (2º a 5º) se puede resaltar el hecho de que por entonces estaba prácticamente concluida la tramitación parlamentaria de la referida Ley 8/2021, de 2 de junio, por lo que el tribunal resolvió dar vista a las partes para que pudieran informar sobre la incidencia de la reforma legal en el presente caso, y realizar un nuevo señalamiento para votación y fallo. En este sentido, el Ministerio Fiscal, teniendo presente dicha reforma legal, formuló la siguiente consideración:

"*La reforma legislativa ampara la solicitud de medidas de apoyo que se realizó por nuestra parte al oponernos al recurso, dado el trastorno grave de la personalidad diagnosticado a D. Damaso que afecta a su facultad de decidir y ordenar su propia conducta no solo en la cuestión relativa a su acumulación compulsiva de basura en el domicilio sino también en lo que se refiere a su higiene y cuidado personal. De ello puede concluirse que la voluntad se ha expresado bajo la influencia de un trastorno de la personalidad provocada por el síndrome de Diógenes, lo que aconseja no solo garantizar los tratamientos y terapias de todo tipo que requiera para el control y cuidado de su afección, sino también paliar los problemas de la habitabilidad de su vivienda*".

Por lo que como figura textualmente en el Fundamento de Derecho 2º, la falta de conciencia del trastorno que padece Damaso así como la ausencia de apoyos familiares y su resistencia a recibir ayudas sociales hacen inviables eventuales alternativas de apoyo que pudieran prestarse (artículo 42 bis b) de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, LJV) a fin de evitar el establecimiento de una medida judicial de apoyo de carácter estable, que ha de ser un último recurso. Así, de todas las medidas de apoyo contempladas en el artículo 250 CC, solo la curatela podría ser la más adecuada a la vista de las necesidades de Damaso, sin perjuicio de procurar, tal como establece el artículo 249 CC, que dentro de lo posible pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y sobre todo fomentando que pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Asimismo, tal y como consta textualmente, se resalta cómo en la provisión de las medidas y en su ejecución se debe contar en todo caso con la voluntad y preferencias del interesado, pero cabe recordar que Damaso se oponía a la adopción de las medidas de apoyo y, por ello, cabía cuestionarse si podían acordarse en estas condiciones dándose respuesta en la propia norma al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (artículos 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV):

— Si tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, se oponen a la medida de apoyo, se pondrá fin al expediente y habrá que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (artículo 42 bis b]. 5 LJV).

— Por tanto, además de provocar la terminación del expediente, no impide que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

— Por ello, el artículo 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. Y, como figura abiertamente en el punto 5 del Fundamento de Derecho 4º, de la sentencia que estamos examinando: *"El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato"*.

Por todo ello, el TS argumenta expresamente que en casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial —*cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno*—, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación; precisando, finalmente, que el trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda por lo que sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno mental no es consciente del proceso de degradación personal que sufre.

De modo que el TS estima en parte el recurso de casación, dejando sin efecto la declaración de modificación de capacidad, sustituye la tutela por la curatela, y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, las confirma y completa con algunas de las propuestas del MF, por ejemplo, con: a) la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener; b) la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y, sólo en los casos en que sea estrictamente necesario, podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de Damaso; c) así como di-

cho apoyo deberá realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias. Finalmente, precisa que la estimación en parte de la casación, supone la estimación en parte del recurso de apelación y la estimación en parte de la demanda.

II.4. Fallo del tribunal y resolución del problema jurídico

Como adelantábamos, en cuanto el Fallo de la referida sentencia y no existiendo en este caso Votos Particulares, cabe decir que el Tribunal Supremo decidió estimar en parte el recurso de casación interpuesto por Damaso contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de junio de 2019, así como no hizo expresa imposición de las costas de los recursos de casación y apelación, ni tampoco de las de primera instancia. Igualmente, el Alto Tribunal acordó la revisión de las siguientes medidas cada seis meses:

a) La procedencia de unas medidas de apoyo a favor de Damaso de carácter esencialmente asistencial consistentes en que la entidad designada curadora realice: a) de un lado, los servicios de limpieza y orden de su casa estando, para cumplir esta función, autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria; b) de otro, asegurar la efectiva atención médico-asistencial del Sr. Damaso, en lo que respecta al trastorno que padece y lo que guarde directa relación con él.

b) La designación de curador para el ejercicio de las reseñadas medidas de apoyo al servicio competente de la CCAA del Principado de Asturias.

Lo que nos lleva, finalmente, a resumir cuál es el razonamiento seguido por el Tribunal en aras a la resolución del problema jurídico que plantea este caso, y que nosotros compartimos por entender que es una solución justa, atendiendo a los hechos descritos y a los FJ antes reseñados, y que será muy citada en el futuro:

— Los tribunales de instancia, tanto el juzgado como la Audiencia, resolvieron bajo la normativa vigente entonces y la jurisprudencia de esta sala. El fallo de la sentencia de primera instancia, confirmado por la de apelación, contenía dos pronunciamientos: 1º El primero que se refería a la modificación de la capacidad de Damaso, que tras la reforma de la Ley 8/2021, debía suprimirse al desaparecer cualquier declaración judicial de modificación de capacidad; 2º y el segundo que acordaba la medida de apoyo que, como se ha señalado previamente y al amparo de lo previsto en el antes referido artículo 268 CC, el TS confirma y amplía con otras medidas sugeridas por el fiscal en aras a ayudar a Damaso quien precisa de otras personas que aseguren la satisfacción de las necesidades mínimas de higiene personal y salubridad en el hogar, sin dejar de contar, en la medida de lo posible, con su voluntad, deseos y preferencias.

— La sentencia de apelación fue recurrida en casación por Damaso por entender su representación procesal que existía una infracción del artículo 199 del Código Civil en relación con los artículos 200 y 322 del mismo cuerpo legal referidos a las causas de incapacitación y presunción de capacidad, con infracción de la jurisprudencia que los interpreta, pues la sentencia recurrida se apoya en un posible trastorno, lo que resulta insuficiente para modificar la capacidad de obrar. Alegando esta parte textualmente que el interesado era una persona orientada, sin alteraciones sensoperceptivas ni deterioro cognitivo, que ha mantenido fluidez y cabal conocimiento y contenido de las preguntas que le han sido formuladas, al

ser examinado por el Médico Forense y explorado por los Magistrados, tanto en primera como en segunda instancia, respondiendo con coherencia, con un discurso textual y oral lúcido y acorde al que dimana de una persona no inmersa en procedimientos de incapacitación, evidenciando de sus respuestas una capacidad decisoria respecto a sus intereses personales y una total autonomía para los actos de su vida cotidiana (FD 2º).

— En todo caso y, como argumenta el propio TS al final del FD 3º, debían resolver el recurso de casación con arreglo al nuevo régimen de provisión judicial de apoyos. En este sentido, la Ley 8/2021, de 2 de junio contiene una Disposición Transitoria sexta (DT6ª), que se refiere a los procesos en tramitación afirmando que: "*Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento*". De igual modo que exige en su Disposición Transitoria 5º revisar todas las tutelas y curatelas vigentes al tiempo de la entrada en vigor de la ley, para adaptarlas al nuevo régimen de provisión de apoyos (DT5ª).

— Finalmente, cabe reseñar que dicha argumentación fue seguida igualmente por el TS en el Auto del Tribunal Supremo (ATS) de 13 de Octubre de 2021, pues en el FD 2º se indica explícitamente que: "*Cabe añadir a lo expuesto, en todo caso, que esta Sala ha determinado recientemente en STS de Pleno de 8 de septiembre de 2021, en relación con el nuevo régimen de provisión de apoyos judiciales introducido por la Ley 8/2021…cuya DT 6.ª establece su aplicación para los procedimientos que se esté tramitando a la fecha de entrada en vigor de la citada norma de 3 de septiembre de 2021, y cuyas determinaciones son trasladables al caso que nos ocupa, que: "[...] en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado…El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de tener en cuenta o en consideración algo y no solo el de satisfacer un deseo, ruego o mandato…El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso [...]*".

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, nos gustaría finalizar nuestro análisis jurisprudencial titulado: "*La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ante el resurgir de la curatela romana en aras a fomentar que las medidas de apoyo a las personas con discapacidad sean proporcionadas y respetando su máxima autonomía*" y que versa sobre el alcance jurídico de la reciente sentencia en torno a la discapacidad y la necesidad de medidas de apoyo, señalando la importancia y posibles repercusiones de la sentencia examinada:

I. La premisa general de la que hemos partido desde el inicio del examen de la STS 589/2021, es que la Ley 8/2021, propicia un sistema basado en el respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, y en la promoción de su autonomía.

II. En este sentido el ordenamiento jurídico español ha tratado de modificar, entre otros textos jurídicos, el CC, la LEC y la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en aras a adecuar nuestro sistema a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Teniendo como punto de partida que el artículo 12 de dicha Convención dispone expresamente que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar medidas para proporcionar a estas personas el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

III. La STS 589/2021 ha sido, pues, la primera sentencia dictada por el TS en la que se aplica el nuevo régimen de apoyos a un enfermo de síndrome de Diógenes, D. Damaso, que vivía solo, acumulaba en su vivienda efectos y alimentos que recogía de los cubos de la basura de la vía pública, y no acudía al médico desde hacía años; por lo que tal patología le condicionaba en el cuidado correcto de su salud y su higiene, así como de la higiene del inmueble en el que residía, con riesgo evidente para la salubridad de sus vecinos de edificio.

IV. Y, tal y como figura textualmente en el FD 3º de la mencionada STS, conviene recordar, cómo el artículo 249 CC resalta que la finalidad de dichas medidas de apoyo es permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, procurando en todo caso, atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera. Por lo que la provisión de apoyos judiciales deja de tener un carácter preferente y se supedita a la ausencia o insuficiencia de las medidas previstas por el propio interesado. Y, en cualquier caso, como dispone expresamente el artículo 269 CC: "*Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias*".

V. Sin olvidar que, en todo caso, el juez debe actuar bajo el principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad (FD 4º, STS 589/2021). De modo que la regla general es que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias al caso concreto, por lo que el juez debe precisar los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (artículo 269 CC, párrafo 2º).

VI. En suma conviene recordar cómo en el caso que nos ocupa se acordó, por primera vez por parte del TS, la procedencia de unas medidas de apoyo a favor del interesado dada su enfermedad, las cuales, tenían carácter esencialmente asistencial, el nombramiento de un curador y la revisión de dichas medidas cada seis meses. Lo que ya ha sido tomado como referencia por otros tribunales en aplicación de la más reciente Ley 8/2021 y en el futuro se revisarán todos los casos de discapacidad dictados antes de la mencionada norma, en aras a tratar de adaptarlos a la realidad presente y favorecer así la autonomía y voluntad de la persona que precisa de apoyos para su vida diaria.

V. BIBLIOGRAFÍA

IV.1. Referencias Bibliográficas y/o recursos electrónicos (Recuperados: Noviembre, 2022)

CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. (2022). Sistema de apoyo a la mujer con discapacidad por profesionales del ámbito social y sanitario. En Moreno Flórez, R.M. (Coord.) *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*. Madrid: Dykinson, S.L., 1ª edición, 99-106.

COCH ROURA, N. (2021): Sistemas de protección para las personas con enfermedad mental, de las XII Tablas a la nueva reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, referencia especial a la cura furiosi. *Revista General de Derecho Romano*, Nº. 37.

CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R. (2022). El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 790, pp. 669 a 713.

DAMIÁN MORENO, J. (2022). La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad: una lectura en clave procesal. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXXV-II (abril-junio), pp. 399-422.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2022). *Principios de Derecho Civil: Parte General y Derecho de Persona*. Tomo I. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

MORENO FLÓREZ, R.M. (2022). *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*. Madrid: Dykinson, S.L., 1ª edición.

NACARINO MORENO, S. (2022). La curatela en el derecho romano y su proyección actual. *Revista General de Derecho Romano*, Nº. 37.

SOTOMAYOR ALARCÓN, N.; ABASCAL MONEDERO, P.J.; CHICHARRO RODRÍGUEZ, P.; NIETO MORALES, C. (2022). *Medidas de apoyo a personas con discapacidad. nueva regulación a la luz de la ley 8/21, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Madrid: Dykinson, S.L., 1ª edición.

VVAA. (2021). STS 589/2021, 8 de septiembre de 2021. *Portal jurídico VLex* [En línea]: https://vlex.es/vid/875733238

VVAA. (2021). El Supremo dicta la primera sentencia aplicando la Ley de medidas de apoyo a personas con discapacidad. *Portal jurídico Iberley.es* [En línea]: https://www.iberley.es/noticias/supremo-dicta-primera-sentencia-aplicando-ley-medidas-apoyo-personas-discapacidad-31220

VVAA. (2021). Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad. *Portal jurídico Noticias.juridicas.com* [En línea]: https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16345-ley-8-2021:-claves-de-la-reforma-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/

IV.2. Fuentes legislativas (Recuperados: Noviembre, 2022)

- Constitución española (BOE, nº 311, de 29/12/1978) [En línea]: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000) [En línea]: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE nº 175, 22/07/2011) [En línea]: https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº 158, de 03/07/2015) [En línea]: https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con
- Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE nº 132, 03/06/2021) [En línea]: https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con
- Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Aprobado el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. España aprobó el texto el 3 de diciembre de 2007 [En línea]: https://sid-inico.usal.es/idocs/F8/FDO20286/facil%20_lectura.pdf
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE nº 96, 21/04/2008) [En línea]: http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2018/01/Texto-Convencion-BOE-abril-2008.pdf

IV.3. Índice de resoluciones citadas

- STS de 8 de septiembre de 2021.
- ATS de 13 de octubre de 2021.
- SAP Murcia de 8 de octubre de 2021.
- SAP Barcelona de 19 de octubre de 2021.
- SAP Ciudad Real de 22 de noviembre de 2021.

NOTAS

[1] Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE nº 132, 03/06/2021) [En línea]: https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con; VVAA. (2021). STS 589/2021, 8 de septiembre de 2021. *Portal jurídico VLex* [En línea]: https://vlex.es/vid/875733238. Recordemos, en este punto, que ya el artículo 49 de la Constitución española de 1978 recogía expresamente la necesidad de que: "*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los amparararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*", vid. Constitución española (BOE, nº 311, de 29/12/1978) [En línea]: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229

[2] ÁLVAREZ MANCEBO, C (2021). Una primera aproximación a los «modelos de discapacidad» y su relación con la sociedad y el ordenamiento romanos. *Revista General de Derecho Romano*, Nº. 37; COCH ROURA, N. (2021): Sistemas de protección para las personas con enfermedad mental, de las XII Tablas a la nueva reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, referencia especial a la *cura furiosi*. *Revista General de Derecho Romano*, Nº. 37; NACARINO MORENO, S. (2022). La curatela en el derecho romano y su proyección actual. *Revista General de Derecho Romano*, Nº. 37.

[3] Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf

[4] Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Aprobado el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. España aprobó el texto el 3 de diciembre de 2007 [En línea]: https://sid-inico.usal.es/idocs/F8/FDO20286/facil%20_lectura.pdf; Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE nº 96, 21/04/2008) [En línea]: http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2018/01/Texto-Convencion-BOE-abril-2008.pdf

[5] Tal y como la doctrina ha tenido ocasión de afirmar textualmente tras la entrada en vigor de la mencionada Ley 8/2021, el cambio legislativo dispuesto por esta reciente norma, es el motor de una nueva mirada, la de la igual dignidad de todas las personas, vid. SOTOMAYOR ALARCÓN, N.; ABASCAL MONEDERO, P.J.; CHICHARRO RODRÍGUEZ, P.; NIETO MORALES, C. (2022). *Medidas de apoyo a personas con discapacidad. nueva regulación a la luz de la ley 8/21, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Madrid: Dykinson, S.L., 1ª edición.

[6] Para un estudio de la capacidad de la persona y, en concreto en lo que concierne la protección a la discapacidad, vid. LASARTE ÁLVAREZ, C. (2022). *Principios de Derecho Civil: Parte General y Derecho de Persona*. Tomo I. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

[7] Y como consta textualmente en la STS 589/2021, se confirmaba que tal patología le condicionaba a Damaso en el cuidado correcto de su salud y su higiene, así como de la higiene del inmueble en el que residía, con riesgo evidente para la salubridad general y en concreto, la de sus vecinos de edificio -*tal y como se desprende del informe forense y del escrito de 21 de junio de 2018 dirigido a la Fiscalía Superior del Principado de Asturias de los propietarios y residentes de la Comunidad de Propietarios*-. Según el forense, tal situación debería ser abordada mediante el tratamiento médico correspondiente que detecte otras posibles patologías o trastornos. En la exploración judicial el demandado se mostró preciso y coherente en su razonamiento, respondiendo a todas las preguntas planteadas, tanto edad, nacimiento, estado familiar, recursos económicos, aspectos de su vida diaria, etc. Y argumentando que aunque

es cierto que rebusca en la basura, solo recoge cosas en buen estado, incluyendo comida, y que si sale algún olor de su casa es porque recientemente había cogido comida de la basura y la había dejado fuera y podía oler algo; también explicaba que tenía dinero ahorrado y que, precisamente, no gastando, consigue ahorrar ese dinero, llegando a hablar de un depósito de 150.000 euros y de varias propiedades. En todo caso, se precisa que el síndrome de Diógenes no ha generado situaciones de urgencia que hayan supuesto riesgos efectivos e inmediatos para el propio demandado y/o para terceros.

[8] Todo ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el artículo 759.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000) [En línea]: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323 (LEC), en relación con lo establecido en el Libro Primero, Título X, Capítulo I, II, III, IV y V del CC, relativos a la Tutela, Curatela, Defensor Judicial y Guardador de hecho. Igualmente, reformada la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE nº 175, 22/07/2011) [En línea]: https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con

[9] Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº 158, de 03/07/2015) [En línea]: https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con

[10] De la doctrina que, nada más entrar en vigor la reciente reforma de la Ley 8/2021, analizó su repercusión jurídica, vid. entre otros, CAZORLA GONZÁLEZ, M.J. (2022). Sistema de apoyo a la mujer con discapacidad por profesionales del ámbito social y sanitario. En Moreno Flórez, R.M. (Coord.) *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*. Madrid: Dykinson, S.L., 1ª edición, 99-106; CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R. (2022). El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 790, pp. 669 a 713; DAMIÁN MORENO, J. (2022). La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad: una lectura en clave procesal. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXXV-II (abril-junio), pp. 399-422; MORENO FLÓREZ, R.M. (Coord.) (2022). *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*. Madrid: Dykinson, S.L., 1ª edición.

[11] En cuanto a la trascendencia jurídica de la reforma sobre las medidas de apoyo, podemos señalar por ejemplo, vid. VVAA. (2021). El Supremo dicta la primera sentencia aplicando la Ley de medidas de apoyo a personas con discapacidad. *Portal jurídico Iberley.es* [En línea]: https://www.iberley.es/noticias/supremo-dicta-primera-sentencia-aplicando-ley-medidas-apoyo-personas-discapacidad-31220; VVAA. (2021). Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad. *Portal jurídico Noticias.juridicas.com* [En línea]: https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16345-ley-8-2021:-claves-de-la-reforma-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/.

[12] Tal y como se ha dado a conocer, a fecha de cierre del presente trabajo, la STS 589/2021 ha sido citada entre otras, en 161 sentencias, 9 artículos doctrinales, 3 temas prácticos, y una resolución administrativa. Vid. VVAA. (2021). STS 589/2021, 8 de septiembre de 2021. *Portal jurídico VLex* [En línea]: https://vlex.es/vid/875733238

[13] En la misma línea y aludiendo a sentencias dictadas justo después de la STS 589/2021, cabe mencionar, entre otras: Vid. ATS de 13 de octubre de 2021; SAP Murcia de 8 de octubre de 2021; SAP Barcelona de 19 de octubre de 2021; SAP Ciudad Real de 22 de noviembre de 2021.

1.3. Derechos Reales

La cláusula de intereses en el préstamo hipotecario entre particulares: el límite de la usura

The interest clause in the mortgage loan between individuals: the usury limit

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: El contrato de préstamo hipotecario es probablemente la forma de financiación más segura para ambas partes contratantes: el deudor hipotecante propietario del inmueble que tiene y ofrece una garantía suficiente para obtener esa financiación, y la del acreedor prestamista que tiene la seguridad de cobro de su crédito mediante la realización en valor de dicho bien. El acreedor prestamista es mayoritariamente una entidad financiera o de crédito, pero nada obsta para que el acreedor hipotecario sea una entidad no financiera, profesional o no. El distinto carácter del acreedor hipotecario hace que el contrato de préstamo garantizado con hipoteca tenga diferentes requisitos y exigencias legales, pues en el caso del acreedor no entidad financiera, no está sujeto a la estricta reglamentación del Banco de España, lo que permite mayor flexibilidad o autonomía en las cláusulas que lo componen. Si el préstamo se concede por un particular a otro, el vacío legal en cuanto a los límites que deben establecerse, sobre todo en relación con el pacto de los intereses remuneratorios y moratorios, es aún mayor. Nunca pueden ser usurarios, pero este concepto es indeterminado sin que pueda compararse con índices objetivos. Analizamos en este trabajo las peculiaridades de dicho préstamo hipotecario entre particulares con especial interés en la cláusula de intereses no usurarios a la luz de la reciente jurisprudencia.

ABSTRACT: The mortgage loan contract is probably the safest form of financing for both contracting parties: the mortgagor who owns the property, who has and offers a sufficient guarantee to obtain this financing, and the creditor who has the security of collecting his credit through the realization in value of said property. The lending creditor is mostly a financial or credit institution, but nothing prevents the mortgage creditor from

being a non-financial entity, professional or not. The different nature of the mortgage creditor means that the mortgage-backed loan contract has different legal requirements and requirements, since in the case of the non-financial entity creditor, it is not subject to the strict regulations of the Bank of Spain, which allows greater flexibility or autonomy in the clauses that compose it. If the loan is granted by one individual to another, the legal vacuum in terms of the limits that must be established, especially in relation to the remuneration and default interest agreement, is even greater. They can never be usurious, but this concept is indeterminate without being able to be compared with objective indices. In this paper we analyze the peculiarities of said mortgage loan between individuals with special interest in the non-usurious interest clause in light of recent jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: préstamo, hipoteca, intereses, entidad no financiera, usura.

KEY WORDS: loan, mortgage, interest, non-financial entity, usury.

SUMARIO: I. PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y TIPOS DE PRESTAMISTAS.—II. PRESTAMISTA HIPOTECARIO QUE NO ES ENTIDAD FINANCIERA. II.1. PRESTAMISTA PROFESIONAL QUE NO ES UNA ENTIDAD FINANCIERA. II.2. PRESTAMISTA PARTICULAR.—III. LA CLÁUSULA DE INTERESES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS ENTRE PARTICULARES.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y TIPOS DE PRESTAMISTAS

El contrato de préstamo hipotecario ofrece como garantía al acreedor el derecho real de hipoteca sobre el inmueble que recae. El poder de realización que otorga la hipoteca a su titular hace que sea la forma de garantía más eficaz y segura en la práctica, pues el valor del inmueble es suficiente para poder cobrar el crédito en caso de impago. No es de extrañar, por tanto, que sea esta forma de garantía la más habitual para garantizar préstamos o créditos inmobiliarios, para la financiación y adquisición de vivienda. Corrobora esta tesis el hecho de que un 74,6% de las compraventas de vivienda en el último trimestre del año pasado se han financiado con préstamo hipotecario, experimentando un incremento de 5 puntos, con respecto al anterior; si bien es cierto que el número total de hipotecas ha descendido debido al descenso de la compraventa de viviendas, y consecuencia de la elevación de los tipos de interés. A pesar de todo, en el año 2022, "se han registrado 463.463 hipotecas sobre vivienda, con un incremento del 11,2% con respecto a los doce meses precedentes. Estos resultados interanuales suponen un peso con respecto al total de compraventas de 2022 del 71,7%"[1]. Siendo la financiación de compraventa de vivienda su mayor utilidad, no puede olvidarse que también sirve para garantizar cualquier otro tipo de obligación y, por tanto, de préstamo o crédito distinto del inmobiliario. Es una garantía eficaz, directa, y rápida.

De igual manera, de forma mayoritaria, solemos asimilar el préstamo garantizado con hipoteca con aquel en el que el prestamista es una entidad financiera o bancaria, en cuyo caso, está especialmente supervisado por el Banco de España, y sometida a una mayor regulación; no obstante, el acreedor hipotecario puede no ser una entidad de este tipo, siendo una entidad profesional que se dedique a la

concesión de préstamos o, incluso, que el acreedor hipotecario sea un particular. Todas estas figuras son posibles, ya que, para ser acreedor hipotecario, solo se exige tener la capacidad suficiente para contratar y haber dispuesto del dinero en favor de su deudor hipotecario.

Sin embargo, la distinta configuración del sujeto activo prestamista y titular de la hipoteca tiene importantes consecuencias en la regulación, requisitos y exigencias en el devenir del préstamo hipotecario.

Vamos a centrar este artículo en el examen del préstamo hipotecario cuando el prestamista no es una entidad financiera o bancaria y, en concreto, cuando se trata de un particular, y los problemas que ello genera a la hora de establecer los intereses del préstamo.

II. PRESTAMISTA HIPOTECARIO QUE NO ES ENTIDAD FINANCIERA

I.1. Prestamista profesional que no es una entidad financiera

Cuando el prestamista, acreedor hipotecario, no es entidad financiera, a su vez, puede ser un profesional o un particular.

Entendemos por el primero aquellas personas que se dedican profesionalmente, habitualmente, a la concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

Dentro de ese concepto de prestamista profesional, por supuesto, están las entidades financieras o de crédito[2], pero también aquellas empresas que se dedican a la concesión de préstamos que no reúnen dicha condición.

La Ley 5/2019, de 15 marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI) acoge a ambos tipos de prestamistas profesionales, siempre que lo sean. siempre que concedan el préstamo "de modo profesional" (art. 4 LCCI). Se entiende que es así, conforme al art. 2.1 LCCI, "cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora". Es la finalidad inversora el criterio determinante del carácter profesional del prestamista, y habrá que defenderlo cuando se dedique a ello de forma ocasional.

Pero, la posibilidad de que el prestamista sea una empresa distinta de una entidad financiera se confirma claramente en la Ley 2/2009 por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. De hecho, es en la propia exposición de motivos donde se justifica la necesidad de la ley, debido al incremento de entidades no financieras —y por tanto no sometidas a regulación y control Banco España— en la concesión de préstamos hipotecarios[3].

Su ámbito específico se concreta precisamente en los préstamos hipotecarios realizados con prestamistas profesionales que no son entidades financieras; la Ley 2/2009 que regula la contratación de créditos hipotecarios con consumidores, en su artículo 1.2, excluye expresamente de su ámbito subjetivo a los prestamistas entidades financieras; siendo por tanto de aplicación esta ley en los préstamos hipotecarios concertados con prestamistas profesionales que no sean entidades de crédito[4].

El art. 1 Ley 2009, al definir su ámbito subjetivo, nos ofrece el concepto del prestamista profesional: "1. Lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a la con-

tratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en: a) La concesión de préstamos o créditos hipotecarios, distintos a los previstos en el artículo 2.1.a) y b) de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación."

Por lo tanto, son aquellas personas físicas o jurídicas que se dedican profesionalmente a la concesión de préstamos o créditos hipotecarios, mediante pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro modo. Además, esta ley delimita el ámbito objetivo de esas operaciones de préstamo y crédito a aquellas en las que la hipoteca no recaiga sobre la vivienda habitual o inmueble de uso residencial —cuestión esta última que influirá en la aplicación de esta ley, pero no en el concepto de empresa prestamista profesional que queremos ofrecer—.

En cualquier caso, al tratarse el prestamista de un profesional (aunque no sea entidad financiera), el crédito hipotecario será normalmente un crédito de consumo, pues, o bien el prestatario es un consumidor (Ley 2/2009), o siempre persona física, (LCCI, que amplía el ámbito subjetivo de la Directiva que se refería en exclusividad a los consumidores). Eso conduce a un mayor control y a unos requisitos más estrictos en la concesión del préstamo, en el establecimiento de cláusulas e intereses, que respeten la legislación de protección a consumidores (Ley en Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley 2/2009, LCCI..) y que les amparen.

De este modo, la propia Ley 2/2009 por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, establece muchas normas para la protección de dichos consumidores. Esta Ley pretende la protección de los consumidores en el sector ffinanciero y, en concreto, en la contratación de préstamos hipotecarios con empresas que no se encuentran sometidas —y por tanto controladas— a la regulación y supervisión bancaria. En la misma se establece de manera prolija muchos de los deberes y obligaciones de estas empresas a la hora de ofrecer, celebrar y asesorar los contratos de préstamos hipotecarios, para que el consumidor esté debidamente informado. En este sentido, destacamos los artículos 4 y 5 que establecen la obligación de transparencia sobre los contratos, y los precios. El Capítulo II, destinado a regular la concreta actividad de contratación de préstamos o créditos hipotecarios, recoge en sus arts. 12 y 13 el alcance y contenido de la información comercial y publicidad de los folletos y comunicaciones comerciales, y el 14 establece los deberes de información precontractual de dichos contratos, detallando específicamente hasta donde alcanza[5]. Posteriormente, y para la redacción del propio contrato, el art. 17[6] remite en su contenido a la propia Orden de 5 de mayo de 1994 —modificada por la Orden EHA/2899/2011—[7], sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que debe respetarse, tanto en el establecimiento de intereses como en otras cuestiones. En realidad, y como afirma Ordás Alonso[8], con esta Ley se pretendió "trasladar al ámbito de las empresas que conceden este tipo de contratos sin ser entidades de crédito la regulación contenida para éstas en las normas de transparencia bancaria."

En consecuencia, entendemos que, cuando el prestamista es una empresa, pero no una entidad financiera, hay menor supervisión de esas empresas, no hay

control del Banco de España, pero el prestatario consumidor resulta suficientemente protegido.

El mayor problema surge cuando el acreedor hipotecario, el prestamista, no es un profesional, sino un particular, otra persona física. Estos préstamos hipotecarios escapan a la regulación de los anteriores, no se contemplan en ninguna norma propia y también se desdibujan ante la normativa de protección de consumidores al ser ambas partes particulares, borrándose la asimetría contractual propia de la contratación de consumo.

¿Cómo se regulan estos préstamos? ¿Qué controles y garantías tienes el prestatario? ¿Qué ocurre si el prestamista se excede en sus estipulaciones?

En concreto, es importante dilucidar al respecto de los intereses de estos préstamos ¿son usurarios? ¿Cómo se controlan? Analizaremos a continuación las últimas resoluciones jurisprudenciales al respecto.

II.2. Prestamista particular

Como se acaba de exponer, nada impide que el acreedor hipotecario, el prestamista, sea un particular, una persona física que concede el préstamo sin dedicarse de forma profesional o habitual a la concesión de préstamos.

En estos casos, el préstamo hipotecario concedido no estará sometido a la regulación de la Ley 5/2019 de Contratos Crédito Inmobiliario (LCCI), ni a la Ley 2/2009 pues ambas exigen —como se acaba de exponer— que el prestamista se dedique de forma profesional a ello.

El marco normativo en el que se insertan estos contratos sería el propio Código civil, la Ley Hipotecaria, y la Ley de la Usura. No sería aplicable —*a priori*— tampoco ninguna norma de protección de consumidores al no tener dicha condición el prestatario, ya que ambos contratantes son particulares, actuando como tales.

La falta de protección jurídica del prestatario en estos casos, puede conducir a ciertos abusos por parte del prestamista, habida cuenta de que, cuando se acude a este tipo de préstamos, es cuando no sea posible acudir, no ya a entidades financieras, sino tampoco a otras entidades profesionales que se dediquen a ello; luego, la necesidad de financiación, y el perfil poco solvente del deudor hipotecario, hacen que sea un tipo de contratos de préstamo donde el prestamista imponga sus condiciones, causando en ocasiones un desequilibrio contractual que en otro tipo de contratos no podría darse.

En concreto, probablemente sea en la cláusula de intereses remuneratorios y sobre todo moratorios donde se establezcan unos tipos o porcentajes muy elevados que pueden llevar a considerarse como abusivos. ¿Cuándo son abusivos estos intereses? ¿Cómo puede el prestatario defenderse ante tal abuso?

III. LA CLÁUSULA DE INTERESES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS ENTRE PARTICULARES

Acabamos de decir que probablemente una de las cuestiones más relevantes en los contratos de préstamo hipotecario entre particulares sea el establecimien-

to de los tipos de interés de dicho préstamo; tanto los remuneratorios como los moratorios.

Los intereses están regulados cuando se trata de préstamos concedidos por prestamistas profesionales. En el caso de tratarse de préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, los intereses remuneratorios tienen que establecerse con respecto a un índice de referencia objetivo (art. 21 LCCI), y los moratorios tendrán que ser 3 puntos superiores al interés remuneratorio señalado (art. 25 LCCI y 114 LH); cuando se trata de préstamos concedidos por un profesional, en los que la garantía hipotecaria no recae sobre la vivienda habitual, la Ley 2/2009, en su art. 17, se remite a lo dispuesto en la Orden 5 mayo 1994 (hoy a la Orden EHA/2899/201), para establecer el tipo de interés variable que debe establecerse conforme algún índice o tipo de referencia oficial de los previstos en dicha orden contemplados en dicha orden, y perfectamente definido conforme a lo que allí se establece. Es decir, también en estos casos el tipo de interés debe someterse a lo dispuestos en la propia regulación bancaria.

Sin embargo, el préstamo hipotecario concedido por un particular no encuentra acomodo en ninguna normativa específica, más allá de la propia Ley Hipotecaria y Código Civil; por lo tanto, en el tema de los intereses no existe normativa alguna específica directamente aplicable que limite o controle el precio del préstamo, fuera —claro está— de la general Ley de la Represión de la Usura 1908. Esto puede provocar situaciones complejas, con unos tipos de interés tanto remuneratorios, como sobre todo moratorios, muy elevados, que rocen el abuso.

La Ley de la Usura tiene su ámbito de aplicación natural en los intereses remuneratorios, que son a los que se refiere esta ley, por la reciprocidad de las prestaciones en el préstamo con intereses, que puede conducir a un desequilibrio contractual cuando estos sean muy elevados (usurarios). Así lo ha manifestado tradicionalmente la jurisprudencia en la aplicación de esta ley, tal y como recoge, entre otras la STS 13 marzo 2019, recogiendo la doctrina de la STS 5 marzo 2019, afirmando que "dada la distinta naturaleza de los intereses remuneratorios y los moratorios, a éstos últimos no se les debe aplicar la Ley de Usura, pues cuando en ella se habla de intereses se hace referencia a los retributivos, ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y conmutativa, en la que el interés remuneratorio es el precio del préstamo (sentencia 44/2019, de 23 de enero). Mientras que los intereses moratorios sancionan un incumplimiento del deudor jurídicamente censurable, y su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al deudor al cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le producirían el impago o la mora"[9]. Sin embargo, el propio Tribunal ha matizado esta tesis, y acepta que los intereses moratorios en determinados casos también pueden ser usurarios, si bien, por sí solos nunca darán lugar a la nulidad del contrato por usurario, sino que serán un condicionante más para calificarlo como tal —a diferencia de los remuneratorios—; en este sentido, se manifestaron en las sentencias 7 mayo 2002 y 2 diciembre 2014[10].

Pues bien, la limitación de los intereses remuneratorios en un préstamo hipotecario entre particulares, para que no puedan calificarse como usurario, descansa únicamente en la interpretación de lo dispuesto y subrayado en la Ley de Represión de la Usura en su art. 1: que ese interés —remuneratorio— sea "notablemente superior al normal del dinero" y "manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso"[11]. Y esta cuestión jurídica indeterminada es la que hay que resolver y la que analiza la reciente STS de 15 febrero 2023, que ofrece unos criterios de interpretación para poder averiguar, en el caso concreto, de préstamos hipotecarios entre particulares, a qué índices, tablas o referencias debemos acudir para saber si son o no usurarios, cuando no hay ley específica que así lo establezca.

Los hechos que dieron lugar a esta sentencia fueron los siguientes:

En mayo 2009 se concede un préstamo de 13.200 euros, con un plazo de 10 años, mediante 120 letras de cambio de importe 204,95 euros cada una. El tipo de interés ordinario pactado fue el 14% anual fijo, y el de demora el 25% anual. La TAE era del 14,93421%. El préstamo se concedió para adquirir un vehículo, y la hipoteca recayó sobre una finca (tasada en 150.000 euros) que ya estaba hipotecada a favor del Banco de Santander con una deuda pendiente todavía de pago de 144.111,76 euros. En diciembre de ese mismo año se otorga un nuevo préstamo hipotecario, entre los mismos sujetos intervinientes en el anterior, sobre la misma finca, por un importe de 9.000 euros, con mismo interés remuneratorio y moratorio y una TAE casi idéntica de 14,93422 %.

Se prueba el carácter no profesional del prestamista que se declara cocinero y de la prestataria que se dedica a labores de limpieza. Entre ellos existe una relación sentimental.

En 2016, la prestataria demanda al prestamista por considerar abusivos los intereses remuneratorios y moratorios de ambos préstamos hipotecarios, solicitando la nulidad de los mismos por entender que superan el doble de los tipos medios de préstamos hipotecarios aplicados por las entidades de crédito, según las Estadísticas del Banco de España (4,7% en mayo de 2009 y 4,03% en diciembre de 2009).

El Juzgado de Primera Instancia rechaza la pretensión y entiende que los intereses no son abusivos por no ser notablemente superiores al interés normal del dinero en un préstamo de consumo al que lo asimila. La Audiencia Provincial, sin embargo, y tras afirmar que no es un crédito para adquisición de vivienda pero tampoco un crédito al consumo, lo compara con los porcentajes establecidos para operaciones hipotecarias, y considera que se trata de intereses abusivos, y declara la nulidad de los préstamos y cancelación de las hipotecas, por considerar que se supera por el TAE pactado (14,93422%) en más de dos veces y media el interés aplicado a operaciones hipotecarias (4,70%, y4,03%), siendo el interés remuneratorio notablemente superior al normal del dinero.

Analizamos, a continuación, la resolución y consideraciones del Tribunal Supremo.

En primer lugar, el Alto Tribunal afirmó que el carácter usurario o no de un préstamo debe valorarse de "un modo sistemático teniendo en cuenta la relación negocial en su conjunto, esto es, valorando en su totalidad las circunstancias y condiciones que determinan la celebración del contrato, y no una determinada

circunstancia o condición, considerada autónomamente". A partir de ahí, hay que delimitar la legislación aplicable para la resolución del conflicto. En este caso, y como ya hemos dicho, al tratarse de un préstamo entre particulares, se excluye la LCCI y la Ley 2/2009 de crédito hipotecario con consumidores y entidades no financieras, toda la normativa de protección de consumidores al tratarse de dos particulares y también el Código de Comercio, al calificarse el préstamo como civil, pues el destino del préstamo es comprar un vehículo que no se prueba que sea para el ejercicio del comercio; por lo tanto, y a la hora de resolver si los intereses establecidos son abusivos, habrá que acudir a la Ley General de la Usura, también aplicable a los préstamos civiles[12].

Recordamos que el art. 1 de la Ley de la Usura considera que "será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales". Es decir, no se establecen criterios concretos y objetivos para considerar cuándo será nulo un préstamo por incorporar un interés usurario. Simplemente se indica que serán usurarios cuando se estipule un interés "notablemente superior al normal". Así las cosas, corresponde averiguar cuál es el interés normal del dinero en este caso concreto.

Y es aquí donde el carácter de particular del prestamista y prestatario —sobre todo del primero— se convierte en elemento esencial para determinar cuál es el "interés normal" en este caso.

Se trata de un préstamo hipotecario, pero escapa a la regulación propia de la LCCI al no recaer en vivienda habitual, también escapa a la Ley 2009 al no ser un préstamo de consumo pues el prestatario desde luego no lo es, al ser ambos particulares. ¿A qué índice, referencia, registro o tabla debemos acudir para averiguar cuál es ese índice normal?

La STS 4 marzo 2020 matizó el criterio general e indeterminado de la Ley de la Usura "interés notablemente superior al normal", acotando dicho concepto conforme a los siguientes criterios:

"i) Para determinar la referencia que ha de utilizarse como "interés normal del dinero" (para realizar la comparación con el interés pactado) y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse (a) el tipo medio de interés, (b) correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada, y (c) en el momento de celebración del contrato —comparación sincrónica—.

ii) Si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y *revolving*, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo),deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito (TAE).

iii) Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de "interés normal del dinero", menos margen hay para incrementar el precio de la

operación de crédito sin incurrir en usura (sin llegar a considerarla "notablemente" superior al normal del dinero).""

Conforme a esto, el Tribunal Supremo, tras analizar la situación, considera que no cabía acudir a las estadísticas del Banco de España que reflejan datos de los préstamos concedidos por entidades de crédito, pues en este caso se trata de un préstamo en el que el prestamista no reúne tal condición, sino que se trata de un particular. Reconoce el Alto Tribunal que, a partir de la STS 25 de noviembre 2015, "hemos admitido que para establecer lo que se considera "interés normal" puede acudirse a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas". Sin embargo, y a pesar de ello, entiende que no corresponde acudir a esas estadísticas en el caso propuesto, aduciendo lo siguiente:

"Ahora bien, este criterio objetivo de determinación del "interés normal del dinero", a través de las estadísticas del Banco de España, como canon o referencia a partir de la cual enjuiciar el carácter usurario o no de un préstamo, no puede aplicarse de espaldas al criterio de la comparación entre figuras o categorías de préstamos o créditos homogéneos, y, en concreto, fuera del ámbito de las operaciones que nutren esas estadísticas, limitado al propio de las entidades de crédito.

En concreto, la Circular 4/2002, de 25 de junio, del Banco de España, que dio cumplimiento al Reglamento(CE) nº 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés, limita su ámbito de aplicación a las "entidades de crédito", entendiendo por tales las que enunciaba el art. 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio (vid. art. 1 de la Circular núm. 4/1991, de 14 de junio, a Entidades de crédito sobre normas de contabilidad y modelos de estados financieros), es decir, bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito e Instituto de Crédito Oficial (art. 1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; antes art. 1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito).

4. Estas entidades de crédito están sujetas a las normas de ordenación y disciplina de crédito y supervisadas por el Banco de España, pero no son las únicas que intervienen en el mercado del crédito. Junto con ellas existen otras empresas distintas dedicadas profesionalmente a la concesión de créditos o préstamos hipotecarios, que actúan con sujeción al marco general de la legislación civil, mercantil, hipotecaria y consumerista, y específicamente a lo dispuesto en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación parala celebración de contratos de préstamos y créditos."

Y, tras efectuar la preceptiva comparación de las categorías de operaciones crediticias a las que más se asemeja el préstamo entre particulares en cuestión, concluye que debe asimilarse a los contratos que se regulan por la Ley 2/2009, porque desde luego no cumple ninguno de los requisitos del préstamo concedido por entidades financieras o bancarias; ya que estos —entendemos nosotros— por su mayor control y seguridad, suelen implicar menos riesgo y en consecuencia suelen ser más baratos.

En concreto concluye de la siguiente forma:

"Por ello, el criterio jurisprudencial de comparación entre categorías homogéneas de créditos (que obliga a emplear la categoría o subcategoría más próxima a la operación crediticia cuestionada con la que presenta más coincidencias) debe llevar, cuando interviene como prestamista una empresa (persona física o jurídica) sujeta a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, y no una entidad de crédito, a hacer la comparación con el interés normal o habitual en ese segmento del mercado de crédito. Como señaló la resolución de la DGRN de 19 de julio de 2019, se trata de un mercado "al que las personas y las empresas tiene que acudir cuando las entidades de crédito, una vez analizada su solvencia, de acuerdo con los parámetros fijados por la normativa de la Unión Europea, rechazan su concesión por razón del riesgo de la operación, toda vez que el valor de la garantía no puede ser el factor determinante de la concesión del préstamo, sino la solvencia del prestatario".

7. En el caso de la litis, en las escrituras de formalización de los dos préstamos hipotecarios se hace referencia expresa a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, y se deja constancia de que "ambas partes han cumplido los requisitos establecidos por la citada ley" y se incluye como anexo al contrato la información precontractual entregada y firmada por ambas partes, exigida en la misma.

Aunque en la instancia se ha declarado que ambos contratantes intervenían fuera del ámbito propio de su actividad empresarial o profesional, como particulares, de forma que esa ley no resultaría aplicable, sin embargo, todo lo razonado sobre la inadecuación de la utilización de las estadísticas del Banco de España para determinar el tipo de interés medio de referencia con objeto de integrar el concepto de "interés normal del dinero", a los efectos de la Ley de Represión de la Usura, es íntegramente aplicable al caso.

La falta de acceso a la obtención de capitales en el mercado interbancario o del Banco Central Europeo, la desvinculación de la operación de préstamo de cualquier otro servicio de fidelización con el cliente(prestatario), la falta de aplicabilidad de las mismas normas de exigencia de evaluación de solvencia del deudor y de economías de escala, y el recurso al mercado extra bancario de los clientes que no alcanzan los estándares de solvencia exigidos por la normativa aplicable a las entidades de crédito, y la consiguiente elevación del riesgo de la operación, provoca que, a falta de otros elementos objetivos de comparación, los préstamos entre particulares deban someterse a su escrutinio, desde el punto de vista de su eventual carácter usurario, tomando como elemento de comparación más próximo los precios habituales del dinero en el mercado extra bancario.

8. Por ello, desde el punto de vista de la comparación con operaciones más homogéneas, es más adecuado utilizar como canon de comparación los tipos medios de interés de los préstamos hipotecarios propios del mercado de crédito alternativo regido por la Ley 2/2009, desde cuya perspectiva no puede afirmarse que el tipo de interés remuneratorio pactado en el préstamo litigioso (TAE ligeramente inferior al 15%) resulte "notablemente superior al normal del dinero".

A continuación, compara los tipos de interés de los préstamos hipotecarios discutidos en el segmento de mercado regido por la Ley 2/2009, que se situaba en el 17,94%, con una desviación estándar de un 5,22% (más/menos). Y, por lo tanto, entiende y concluye que un tipo de interés del 14% no puede considerarse en ningún caso interés "notablemente superior al precio del dinero".

En definitiva, el Tribunal Supremo considera que un préstamo entre particulares con garantía hipotecaria tiene como categoría contractual más próxima a la hora de valorar si es usurario o no, el crédito hipotecario celebrado entre un profesional no entidad financiera y un consumidor. Habrá que acudir a sus índices, y a los registros que los publican para poder comprobar si es notablemente superior a ellos. Todo parece indicar que, cuando se supere al menos el doble de los índices medios, se puede considerar ese interés como usurario y declararse el contrato nulo; mientras no sea así, permanece.

Esta sentencia, a mi juicio, es, sobre todo, oportuna, porque aclara y arroja luz en la valoración de los intereses de unos contratos de préstamo que carecen de regulación específica debido a los sujetos intervinientes, probablemente porque en la práctica no son muy frecuentes. Sin embargo, es necesario fijar unos criterios lo más objetivos posibles para valorar la posible usura. Por eso, su asimilación a los contratos hipotecarios de la Ley 2 /2009, sin ser idénticos, parece mucho más acorde y cercana que los contratos en los que el prestamista es una entidad bancaria, en los que —como ya hemos dicho— su concesión está mucho más controlada, más garantizada, con —normalmente— un menor riesgo y, en consecuencia, son más baratos y divergen enormemente de los préstamos hipotecarios entre particulares.

IV. CONCLUSIONES

I. El contrato de préstamo hipotecario, principal instrumento de crédito territorial en nuestro país, y de indudable trascendencia práctica, está regulado por distintas normas según los sujetos intervinientes, el inmueble que se ofrezca en garantía y la finalidad del préstamo.

II. De este modo, según quien sea el prestamista, existen préstamos —o créditos— hipotecarios concedidos por entidades financieras o crediticias (la mayoría), profesionales que no reúnan esta condición, pero se dedican habitual y principalmente a la concesión de crédito, y particulares. A su vez, los prestatarios pueden ser personas jurídicas o físicas (consumidores o no).

III. Cuando el préstamo hipotecario se concierta entre un prestamista particular (no profesional, ni mucho menos una entidad financiera o bancaria) y un prestatario que también es un particular y que destina el préstamo a la adquisición de un bien particular, y la hipoteca no recae en la residencia habitual, es un contrato de préstamo civil, sometido al Código y a la Ley Hipotecaria, sin que recaigan sobre el mismo las especiales normativas de la Ley 5/2019 de Contrato Crédito Inmobiliario de Uso residencial, ni la Ley 2/2009 de créditos o préstamos hipotecarios con consumidores, pues ambas exigen la calidad de profesional en el prestamista.

IV. En consecuencia, los límites y los requisitos establecidas en ellas para protección del prestatario (consumidor en general), para evitar los posibles abusos o excesos del prestamista no aplican en el préstamo hipotecario entre particulares.

V. Esto cobra más importancia si cabe en el tema del establecimiento del tipo de interés. Para saber si es excesivo solo cabe acudir a la Ley de Represión de la Usura, que se limita a decir que será usurario aquel interés "notablemente

superior al precio del dinero". Concepto jurídico indeterminado que debe determinarse de alguna forma más objetiva.

VI. La STS 15 febrero 2023 considera que un préstamo entre particulares con garantía hipotecaria tiene como categoría contractual más próxima a la hora de valorar si es usurario o no, el crédito hipotecario celebrado entre un profesional no entidad financiera y un consumidor, regulado por la Ley 2/2009; y, sin ser idénticos, parece mucho más acorde y cercana esta asimilación que a aquellos contratos en los que el prestamista es una entidad bancaria o financiera.

VII. Habrá por, tanto, que acudir como canon de comparación, a los tipos medios de interés de los préstamos hipotecarios propios del mercado de crédito alternativo regido por la Ley 2/2009, de los préstamos hipotecarios al consumo, para comprobar si los intereses remuneratorios pactados en los prestamos hipotecarios entre particulares son o no notablemente superiores al precio del dinero y, en consecuencia, usurarios. Es acertada y necesaria esta asimilación y aceptación de sus índices objetivos.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 13 enero 1919
- STS 8 junio 1927
- STS 13 febrero 1941
- STS 1 marzo 1949
- STS 28 enero1957
- STS 2 diciembre 1957
- STS 26 noviembre 1959
- STS 2 octubre 2001
- STS 7 mayo 2002
- STS 4 junio 2009
- STS 26 octubre 2011
- STS 2 diciembre 2014
- STS 25 noviembre 2015
- STS 23 enero 2019
- STS 5 marzo 2019
- STS 13 marzo 2019
- STS 19 marzo 2019
- STS 4 marzo 2020
- STS 15 febrero 2023

DIRECCIÓN GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO

- RDGRN 19 julio 2019

VI. BIBLIOGRAFÍA

GOMÁ LANZÓN, F: (2010). Análisis y comentarios de la Ley 2/2009, por la que

se regula la Contratación con los Consumidores de Préstamos o Créditos Hipotecarios y de Servicios de Intermediación para la Celebración de Contratos de Préstamo o Crédito. *Inmobiliario: cuaderno jurídico,* nº 6, 2010, pp. 14-23.

ORDÁS ALONSO, M. (2013). La difícil interpretación de la ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios tras la entrada en vigor de la Orden EHA, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5/2013, disponible en: http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco I. Estudios y Consultas, pp. 44-55.

PETIT LAYALL, M.V. (2010). "El régimen jurídico de la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de la intermediación en el crédito por entidades no de crédito de la ley2/2009, de 31 de marzo", en: *Estudios de derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, (coord. por Francisco González Castilla, Rafael Marimón Durá), pp. 909-928.

REYES LÓPEZ, M.J. (2011). Comentario a la Ley 2/2009, de 31 de marzo por la que se regula la contratación de préstamos o créditos hipotecarios con los consumidores y servicios de intermediación. *Noticias de la Unión Europea*, nº 312, enero, pp. 33-42.

NOTAS

[1] Véase la Estadística Registral Inmobiliaria del último cuatrimestre 2022, disponible en https://www.registradores.org/documents/33383/1181487/ERI_2022_4T.pdf/ac084164-f5bb-5f12-4c93-3df89be6bc3b?t=1676375037428.

[2] Las entidades de crédito y financieras se hallan sometidas a las normas de ordenación y disciplina de crédito y supervisión del Banco de España.

[3] Exposición de motivos Ley 27/009: "El primero de los fenómenos es consecuencia del vertiginoso crecimiento del crédito hipotecario, vinculado al incremento de la demanda en el mercado inmobiliario. Cuando estos créditos o préstamos hipotecarios son concedidos por las entidades de crédito, sujetas a la supervisión del Banco de España, se cuenta con una regulación específica en materia de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios y en materia de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, contenida, respectivamente, en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Sin embargo, dado que en el ordenamiento español esta actividad no está reservada a las entidades de crédito, cuando dicha actividad se desarrolla por otro tipo de empresas queda sometida únicamente a la legislación general de protección de los consumidores, sin otras exigencias particulares de transparencia ni un marco específico de garantías exigibles por quienes contratan préstamos o créditos hipotecarios con esas empresas."

[4] Sobre la Ley 2/2009 y su ámbito de aplicación véase: PETIT LAYALL, M.V. (2010). "El régimen jurídico de la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de la intermediación en el crédito por entidades no de crédito de la ley2/2009, de 31 de marzo", en: *Estudios de derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, (coord. por Francisco González Castilla, Rafael Marimón Durá), pp. 909-928; GOMÁ LANZÓN, F: (2010). Análisis y comentarios de la Ley 2/2009, por la que se regula la Contratación con los Consumidores de Préstamos o Créditos Hipotecarios y de Servicios de Intermediación para la Celebración de Contratos de Préstamo o Crédito. *Inmobiliario: cuaderno jurídico,* Nº. 6, 2010, pp. 14-23; REYES LÓPEZ, M.J. (2011). Comentario a la Ley 2/2009, de 31 de marzo por la que se regula la contratación de préstamos o créditos hipotecarios con los consumidores y servicios de intermediación. *Noticias de la Unión Europea*, nº 312, enero, pp. 33-42.

[5] Arts. 12, 13 y 14 Ley 2/2009, de 31 marzo:

Artículo 12 comunicaciones comerciales y publicidad

1. En la publicidad y comunicaciones comerciales de las empresas y en los anuncios y ofertas exhibidos en sus establecimientos abiertos al público en los que se ofrezcan préstamos o créditos hipotecarios, siempre que se haga referencia al importe del crédito o préstamo o se indique el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito o préstamo, las empresas deberán mencionar también la tasa anual equivalente, mediante un ejemplo representativo, así como aquellos otros extremos que, siendo compatibles con la legislación sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores, reglamentariamente determinen las comunidades autónomas.

2. En el caso de que la comunicación comercial se refiera a la agrupación de distintos créditos o préstamos en uno solo, deberá facilitarse información de forma clara, concisa y destacada de cualquier tipo de gastos relacionados con la citada agrupación. Además, se prohíbe hacer referencia a la reducción de la cuota mensual a pagar, sin mencionar de forma expresa el aumento del capital pendiente y el plazo de pago del nuevo préstamo o crédito.

Artículo 13 folleto informativo sobre préstamos o créditos hipotecarios

1. Las empresas deberán informar obligatoriamente a los consumidores que soliciten préstamos o créditos hipotecarios mediante la entrega gratuita de un folleto en el que conste la información prevista en el artículo 14.1.a) y con el contenido mínimo del anexo i de la

orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

El consumidor podrá conservar en su poder el folleto, aun cuando opte por no concertar el préstamo o crédito con la empresa.

Las referencias a la orden de 5 de mayo de 1994 se entenderán realizadas a la orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios («BOE.» 29 octubre).

2. El folleto informativo indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como asesoramiento, tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que sean a cargo del consumidor aun cuando el préstamo o crédito no llegue a otorgarse, así como los demás extremos que, siendo compatibles con la legislación comunitaria sobre la materia, determinen las comunidades autónomas reglamentariamente. La información sobre estos gastos es vinculante cuando la empresa concierte o efectúe directamente la prestación del servicio.

3. La información sobre el resto de los gastos, tipos de interés, tarifas o comisiones respetará lo dispuesto en el artículo 5, indicando expresamente el carácter orientativo de aquéllos que estén sujetos al resultado de la negociación y a las condiciones concretas de la operación que se contrate.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en materia de publicidad y prácticas desleales.

Artículo 14 información previa al contrato

1. La empresa deberá suministrar de forma gratuita al consumidor, con una antelación mínima de cinco días naturales a la celebración del contrato y, en todo caso, antes de que asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato de préstamo o crédito hipotecario, al menos la siguiente información:

A) en cuanto a la propia empresa:

1.º identidad, número o código de identificación fiscal, razón social, domicilio social y actividad principal de la empresa.

2.º en su caso, página web de la empresa y su carácter de franquiciado.

3.º póliza de seguro de responsabilidad civil o aval y entidad aseguradora o de crédito con la que se haya contratado.

4.º el registro, autonómico o estatal, en el que la empresa esté inscrita y su número de registro.

B) en cuanto al préstamo o crédito hipotecario ofrecido:

1.º una descripción de las principales características del contrato de préstamo o crédito.

2.º el precio total que debe pagar el consumidor a la empresa con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio, así como la tasa anual equivalente expresada mediante un ejemplo representativo.

3.º una advertencia que indique que el préstamo o crédito ofrecido está relacionado con instrumentos u operaciones que implican riesgos especiales, tales como que el precio del contrato se incremente de manera significativa, ya deriven de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control de la empresa y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros. En todo caso, el consumidor, a través de tal advertencia, deberá obtener un conocimiento adecuado de los riesgos asociados a la financiación de estas operaciones, con especial referencia al riesgo de tipo de interés asumido.

4.º la indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través de la empresa o que no los facture ella misma. No obstante, en el caso de que estos gastos fueran causados por entidades o personas designadas por la empresa deberá hacerse constar cuáles son y su cuantía.

5.º las modalidades de pago y de ejecución.

C) en cuanto al contrato de préstamo o crédito hipotecario:

1.º los supuestos en que existe el derecho a obtener una oferta vinculante conforme a lo previsto en el artículo 16, su duración y las condiciones y modo para ejercerlo.

2.º información acerca de cualquier derecho que puedan tener las partes para resolver el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a la legislación que resulte aplicable y a las condiciones del contrato, incluidas las compensaciones que pueda contener el contrato en ese caso.

3.º en cuanto a los medios de reclamación, a qué sistemas de resolución extrajudicial de conflictos puede el consumidor tener acceso y cómo puede acceder a ellos.

4.º lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, en este caso a elección del consumidor, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

5.º legislación y tratamiento tributario aplicable al contrato.

2. La información prevista en este artículo se prestará por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera que permita la constancia de la fecha de su recepción por el destinatario y su conservación, reproducción y acceso a dicha información.

3. El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos al suministro de dicha información previa, que se establecen en este artículo, podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil, sin perjuicio de la integración de los contratos conforme a lo previsto en los artículos 61 y 65 del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

4. Las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias en materia de consumo, podrán determinar reglamentariamente cualquier otra información, compatible con la legislación comunitaria sobre la materia, que la empresa deba comunicar al consumidor de forma previa al contrato.

[6] Art. 17 Ley 2/2009: Contrato.

"1. Los contratos de préstamo o crédito hipotecario concedidos por las empresas deberán cumplir las condiciones previstas en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

2. Adicionalmente, los contratos incluirán, en su caso, los derechos que contractualmente correspondan a las partes en orden a la modificación del coste total del préstamo o crédito. En todo caso, en los préstamos o créditos hipotecarios concedidos por las empresas a tipo de interés variable éstas únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquéllos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Que no dependan exclusivamente de la propia empresa, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras empresas o entidades.

b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

3. La notificación individualizada al consumidor de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable no será precisa, en el caso de préstamos o créditos hipotecarios a tipo de interés variable, cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias:

a) Que se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

b) Que el tipo de interés aplicable al préstamo o crédito esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3.ª bis del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

4. En el caso de amortización anticipada de préstamos o créditos hipotecarios se estará a lo dispuesto por la legislación especial en materia de mercado hipotecario.

5. Las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos o créditos hipotecarios concedidos por las empresas contendrán, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el anexo II de la citada Orden de 5 de mayo de 1994. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán desvirtuar el contenido de aquéllas en perjuicio del consumidor."

[7] Dispone la disposición final primera.1 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Orden EHA/2899/2011) que, conforme a lo previsto en dicha disposición adicional única, las referencias de la Ley 2/2009 a la Orden de 5 de mayo de 1994 se entenderán realizadas a esta Orden ministerial, a la Orden de 28 de octubre de 2011

[8] ORDÁS ALONSO, M. (2013). La difícil interpretación de la ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios tras la entrada en vigor de la Orden EHA, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5/2013, disponible en: http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco I. Estudios y Consultas, pp. 44-55.

[9] Confirman también esta tesis, las SSTS 2 de octubre 2001; 4 de junio 2009 y 26 de octubre 2011.

[10] La STS 19 marzo 2019 así lo subraya: "No obstante, en algún caso (sentencias 422/2002, de 7 de mayo , y 677/2014, de 2 de diciembre), también se han reputado usurarios los intereses moratorios, pero no aisladamente considerados, sino como un dato más entre un conjunto de circunstancias que conducen a calificar como usurario el contrato de préstamo en sí: la simulación de la cantidad entregada, el plazo de devolución del préstamo, el anticipo del pago de los intereses remuneratorios, el tipo de tales intereses remuneratorios, etc.".

[11] También, la STS 25 noviembre 2015.

[12] En este sentido se manifiestan las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1941 y 1 de marzo de 1949, que modificaron el criterio de otras anteriores —13 de enero de 1919 y 8 de junio de 1927— y 28 de enero y 2 de diciembre de 1957 y 26 de noviembre de 1959.

1.4. Sucesiones

Doble tributación en los pactos sucesorios: determinación del valor de adquisición de los bienes transmitidos antes del fallecimiento[1]

Double taxation in the succession agreements: determination of the acquisition value of assets transferred before death

por

MARÍA CRESPO GARRIDO

Profesora Titular de Hacienda Pública
Departamento de Economía y Dirección de Empresas
Universidad de Alcalá

RESUMEN: El gravamen de las plusvalías puestas de manifiesto con ocasión de transmisiones lucrativas ha sido objeto de modificación con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 11/2021, de prevención del fraude. Y, bajo el argumento de una supuesta intencionalidad defraudatoria, el Tribunal Constitucional avala la legitimidad de un trato fiscal diferente para las ganancias patrimoniales surgidas con ocasión de una herencia o como consecuencia de una transmisión por pacto sucesorio de "apartamiento". La controversia suscitada por este trato diferente a capacidades económicas similares pone en cuestión si esta modificación legislativa es contraria a lo previsto en el artículo 31.1 de la Carta Magna, no sólo por el trato fiscal diferente conferido a una plusvalía generada en situaciones civilmente similares, sino por la obligatoriedad de tributación de ganancias presuntas, contraria al principio de capacidad económica, que consagra todo el ordenamiento tributario.

ABSTRACT: The taxation of capital gains revealed on the occasion of lucrative transfers has been modificated on the occasion of the entry into force of Law 11/2021, on the prevention of fraud. And, under the argument of an alleged fraudulent intention, the Constitutional Court endorses the legitimacy of a different tax treatment for capital gains arising on the occasion of an inheritance or as a result of a transmission by succession agreement of "apartamiento". The controversy raised by this different treatment of similar economic capacities calls into question whether this legislative

amendment is contrary to the provisions of article 31.1 of the Spanish Constitution, not only because of the different tax treatment conferred on a capital gain generated in civilly similar situations, but also because of the obligatory nature of taxation of presumed profits, contrary to the principle of economic capacity, which enshrines the entire tax system.

PALABRAS CLAVE: Gravamen plusvalías, pactos sucesorios, doble imposición, autonomía financiera, Comunidades Autónomas

KEY WORDS: Capital gains tax, succession agreements, double taxation, financial autonomy, Autonomous Communities

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES.—II. PRINCIPIOS TRIBUTARIOS BÁSICOS. 1. Distinción entre exención y no sujeción. 2.Principios de igualdad, capacidad económica y no confiscatoriedad. 3. Bienes adicionables a la herencia. 4. Forma de cálculo de las ganancias patrimoniales en IRPF.—III. TRIBUTACIÓN DE LA PLUSVALÍA DEL MUERTO. 1. Fraude fiscal, elusión y evasión fiscal. 2. Gravamen de las ganancias patrimoniales generadas tras un legado, sucesión o pacto sucesorio.—IV. CONSECUENCIAS FISCALES DE LA APARTACIÓN. 1. Consecuencias fiscales para el causahabiente (apartado). 2. Consecuencias fiscales para el causante (apartante). 3. La modificación operada por la Ley 11/2021, de 9 de julio. 4. Voto particular de dos de los magistrados.—V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES.—VII. CITAS BIBLIOGRÁFICAS

I. CUESTIONES PRELIMINARES

El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Xunta de Galicia por lo que el gobierno gallego estimaba que suponía un ataque al derecho civil gallego y a la autonomía de fiscal de la comunidad. A su juicio, la actual normativa quiebra los principios tributarios básicos de capacidad económica y no confiscatoriedad previstos en el artículo 31.1. de la Constitución.

El origen del conflicto radica en que el derecho civil gallego reconoce la existencia de pacto de mejora o apartación, como una herencia anticipada, que desde el punto de vista civil y tributario se considera un título sucesorio. Por lo que se le debe otorgar el mismo tratamiento que dispensa el ordenamiento jurídico-tributario a las sucesiones.

Con anterioridad a la aprobación de la Ley 11/2021 de 9 de julio, el contribuyente que percibía una herencia en vida tributaba en el Impuesto sobre Sucesiones, sin perjuicio de la exención prevista según la cuantía, y se actualizaban los valores de los bienes recibidos en el momento de la transmisión por pacto sucesorio. De forma que, si en un momento posterior el beneficiario transmitía el elemento, la posible ganancia patrimonial se calculaba por diferencia entre el valor del elemento en el momento en el que se percibió por apartación y no por el valor de adquisición original. Con posterioridad a la aprobación de la llamada ley de prevención del fraude, se estableció que si esta venta se produce antes de que hayan transcurrido cinco años desde la transmisión inicial y si el cedente no había fallecido, el propietario debe calcular la ganancia patrimonial tomando como

referencia el precio de adquisición original, y no el dado en el momento en el que se recibió la herencia en vida. Dando lugar a un exceso de gravamen por la doble imposición provocada en el cálculo de la plusvalía objeto de gravamen.

Los pactos sucesorios se pueden llevar a cabo en Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares. Y, en la ley antifraude fiscal, se introdujo una enmienda, en virtud de la cual, todos aquellos pactos sucesorios que se formalizaran con posterioridad a su entrada en vigor, el adquiriente de los inmuebles deberá tributar en IRPF por la ganancia patrimonial que surja en la venta del mismo, si se realiza antes del fallecimiento del causante.

La Xunta de Galicia estimó que la modificación introducida por la llamada ley antifraude es contraria a los artículos 31.1 y 9.3 de la Constitución, al obligar a tributar por IRPF a todos aquellos beneficiarios del apartamiento que transmitan el inmueble antes de cinco años, sin que haya fallecido el transmitente

II. PRINCIPIOS TRIBUTARIOS BÁSICOS

La circunstancia de hecho lleva a analizar si la obligatoriedad de valorar el elemento transmitido por el beneficiario, de acuerdo con el precio original y no según la valoración dada en el Impuesto sobre Sucesiones, liquidado en el momento de la ejecución del pacto sucesorio, quiebra alguno de los principios básicos de aplicación de los tributos, por aplicación de la llamada "ley antifraude" y si se está ante un caso de doble imposición.

1. Distinción entre exención y no sujeción

La Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre define en su artículo 20 el concepto de hecho imponible, y en el apartado 2 establece que la ley podrá completar su delimitación mediante la mención de supuestos de no sujeción. De manera que un hecho imponible sujeto a un impuesto no puede estarlo a otro u otros impuestos, sin incurrir en doble imposición.

Por otra parte, la exención se describe en el artículo 22 que establece que están exentos aquellos hechos imponibles que, una vez producidos, la ley exime del cumplimiento de la obligación tributaria principal.

De forma que, con independencia de la exención que establezca la norma, si un mismo hecho imponible está sujeto a dos o más impuestos distintos, soportados por el mismo sujeto pasivo nos encontramos ante un supuesto de doble imposición[2].

A juicio del legislador, por lo que se refiere a la cuestión civil, los pactos sucesorios, comúnmente denominados herencias en vida, contemplan un trato más favorable al pago de impuestos, respecto a las herencias convencionales, pues la ganancia patrimonial surgida no tributa en el IRPF, ya que tributa en el Impuesto sobre Sucesiones, como, por otro lado, ocurre con la denominada "plusvalía del muerto", que más adelante se analiza. Y este tratamiento fiscal no es más que un supuesto de no sujeción, ya que la ganancia patrimonial ya estuvo sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Sin embargo, la modificación introducida por la Ley 11/2021 en el artículo 36 de la Ley de IRPF, establece que si ese elemento se transmite a lo largo de los siguientes cinco años, o antes del fallecimiento del donante, sí tendrá que pagar el IRPF, que si lo hubiera vendido el donante. Obligando a tributar por la ganancia patrimonial calculada teniendo en cuenta el precio de adquisición original y no el otorgado en el momento en el que se produjo la transmisión lucrativa. Este argumento dado por la Ley de prevención del fraude, antes aludida, se fundamenta en que los pactos sucesorios tienen una finalidad de evasión fiscal.

— Principios de igualdad, capacidad económica, no confiscatoriedad y autonomía financiera de las Comunidades Autónomas

El Tribunal Constitucional reconoce y justifica la inexistencia de doble imposición, argumentando que la capacidad económica manifestada en la venta, y gravada en IRPF, es diferente a la que se pone de manifiesto en el gravamen del Impuesto sobre Sucesiones, en la modalidad de donación, en el momento de producirse la "apartación". Sin deparar en que el cálculo de la ganancia patrimonial se realiza teniendo en cuenta el precio de adquisición o la valoración dada en el momento de la transmisión.

Por otro lado, alude el Alto Tribunal al artículo 14 de nuestra Carta Magna, que garantiza el trato igual, a pesar de la existencia de pactos o contratos sucesorios, que pueden tenerse en cuenta para no aplicarles el mismo tratamiento que a las transmisiones por fallecimiento.

El artículo 31.1 de la Constitución Española consagra los principios tributarios básicos del ordenamiento jurídico, y entre ellos hace referencia a los principios de equidad, capacidad económica y no confiscatoriedad. Si se hace un análisis rápido a estos principios, referidos al caso que nos ocupa, cabe decir que en el ámbito fiscal, la igualdad se concibe como una equidad horizontal, que supone un trato fiscal igual para aquellos que ostentan la misma capacidad económica, y una equidad vertical, de manera que se dé un trato fiscal diferente a quienes tengan capacidades económicas distintas. Por otro lado, conforme al art. 31.1 de la CE «*Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*». Por su parte, la Ley General Tributaria en sus artículos 3 y 4 establece que la ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos, correspondiendo la potestad originaria para establecer los tributos al Estado, sin perjuicio de las potestad tributaria atribuida a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales, a través del legislador mediante la creación, modificación o extinción de tributos, determinando aquellas manifestaciones económicas que reflejan cierta capacidad económica susceptible de gravamen que deben ser objeto de imposición, definiendo legalmente los presupuestos fácticos que originan la obligación de contribuir.

En el caso de los pactos sucesorios analizados, *"el negocio de apartación ya estaba regulado en la Ley 4/1995, de 26 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, cuyo artículo 134 dispuso que «1. Podrá adjudicarse en vida la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase, sin ninguna excepción, a quien tenga la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación, quedando*

éste totalmente excluido de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse. 2. La apartación vincula al apartado y a sus sucesores y legitimarios. Este precepto fue reiterado en el artículo 155. Y de esta redacción, que configura un pacto de no suceder, se desprende una suerte de adjudicación definitiva de los bienes, en coherencia con la exclusión de la condición de legitimario con el mismo carácter". (…) *Ha de indicarse que el Derecho civil patrio no se agota con el Código Civil común, sino que también abarca los especiales y forales elaborados por cada Comunidad Autónoma con competencia en la materia. No se hace cuestión que entre los títulos sucesorios se encuentran las formas convencionales de pactar la sucesión, que prohibidos en el Código Civil, sin embargo se contemplan en algunas de las legislaciones especiales y forales, y que permiten que en vida del causante se produzca la transmisión de elementos patrimoniales, esto es, son atribuciones patrimoniales por causa de muerte o mortis causa aunque la transmisión se produzca en vida del causante; lo cual es tenido bien presente por el legislador estatal tributario, como se comprueba al regular el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Ley 29/1987, de 18 de diciembre, cuando en su art. 3 dice que «Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio», respecto del devengo dispone que «En las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil. No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo», y su reglamente en su art. 11 establezca que «Entre otros, son títulos, sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: b) Los contratos o pactos sucesorios»*.[3] No parece haber justificación alguna que justifique el exceso de tributación de las transmisiones de bienes adquiridos por apartamiento, ya que tanto este tipo de transmisiones, como las producidas *mortis causa* liquidan sus impuestos correspondientes a la plusvalía, teniendo en cuenta el valor otorgado en el momento de la transmisión lucrativa.

Desde el punto de vista fiscal, el gravamen de las transmisiones lucrativas se regula por una ley estatal y el tributo está completamente cedido, tanto en lo que a recaudación como a competencia normativa a las regiones, que gozan de la autonomía normativa conferida en la Ley de Financiación de las Comunidades Autónomas[4]. El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones técnicamente no genera doble imposición ni económica ni jurídica, pero puede provocar un exceso de gravamen, como consecuencia de la inclusión en la base imponible de plusvalías presuntas. Y, en ciertos casos, puede colisionar con el principio de no confiscatoriedad, consagrado en la Constitución, al obligar a que el sujeto enajene parte del patrimonio adquirido de forma gratuita, para hacer frente al pago del tributo.

En el ámbito municipal recientemente la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera, de 9 de diciembre de 2020 anuló la liquidación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, por considerar confiscatoria la cuota del tributo que absorbe la riqueza gravable, con ocasión de la transmisión del bien inmueble urbano. Posteriormente el Tribunal Constitucional, en STC 108/2022, de 26 de septiembre se pronunció en el mismo sentido, declarando

inconstitucionales y nulos los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales. Sin tratar de hacer una interpretación analógica de ambas normas, lo cierto es que la nulidad en este caso se fundamenta en la inexistencia de un incremento de capacidad económica derivada de la plusvalía generada en la transmisión del inmueble. Los magistrados del Tribunal Constitucional que emitieron un voto particular sobre la Sentencia, exponen que *"precisamente por ser la capacidad económica una cualidad o condición individual se ha declarado recientemente constitucional el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, al dirigirse a adecuar "la base imponible del impuesto a la capacidad económica de cada contribuyente" [STC 17/2023, de 9 de marzo, FJ 2 B) b)]. Entonces, si la capacidad económica, como "cualidad subjetiva", es la "de cada uno", ¿cómo se puede legitimar constitucionalmente que el "apartado" tribute por una ajena (la del "apartante")?"* Y, en el caso que nos ocupa, la posible inconstitucionalidad se fundamenta en la misma razón, como más adelante se analiza.

— Irretroactividad de las normas fiscales

Respecto a la retroactividad, no hay discrepancia en el carácter irretroactivo de las normas fiscales, pues esta valoración sólo opera para aquellos "apartamientos" producidos tras la entrada en vigor de la Ley 11/2021, según la cual, la plusvalía que aflore en los pactos o contratos sucesorios tributará siempre que el bien recibido se transmita antes del transcurso de cinco años, o del fallecimiento del apartante, si fuera anterior en el plazo.

2. Bienes adicionables a la herencia

La Ley 11/2021 introduce la modificación del artículo 36 de la Ley de IRPF bajo el argumento de la existencia de una posible evasión fiscal. No obstante, este supuesto ya lo contemplaba la propia Ley del Impuesto sobre Sucesiones, para lo que contemplaba una serie de presunciones.

Los artículos 11 de la LISD y 25 a 29 del RISD presumen la existencia de hecho imponible en determinadas transmisiones realizadas en vida del causante con la intención de eludir el tributo sucesorio. Ante la imposibilidad de demostrar la inexistencia de transmisión lucrativa los bienes y derechos así transmitidos se adicionan a la masa hereditaria gravable para someterlos a tributación por el concepto de transmisión *mortis causa*, estableciendo en todo caso, mecanismos de compensación del impuesto en su caso satisfecho. Su fundamento es evitar operaciones de elusión, estableciendo la normativa del Impuesto una serie de presunciones *iuris tantum* respecto a ciertos actos traslativos que habitualmente han sido utilizados para traspasar el patrimonio en vida a los sucesores.[5] Sin embargo, en el caso que nos ocupa la ley no introduce una presunción con posibilidad de prueba en contrario sino que define una norma de valoración, aplicable en el caso en el que se venda el elemento adquirido a través del pacto sucesorio en un plazo inferior a cinco años.

Según prevé el artículo 11 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones, en la redacción dada por la Ley 14/2000 y según lo previsto en el artículo 23 y ss del

Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones son bienes adicionables[6] aquellos que en el momento del fallecimiento no pertenecen al causante pero sobre los que la ley presume la titularidad del causante por el hecho de haberse desprendido de ellos en fecha anterior y próxima al devengo del impuesto[7]:

1. Bienes de toda clase que hubieran pertenecido al causante hasta un año antes a la fecha de su fallecimiento. Según prevén el artículo 11.a de la Ley reguladora del Impuesto de Sucesiones y el artículo 25 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre. Esta presunción se quiebra si se demuestra que los mismos se transmitieron por el causante y se encuentran en poder de persona distinta de un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del fallecido. Esta presunción se desvirtúa si se justifica suficientemente que en el caudal relicto aparece el valor equivalente, el dinero u otros bienes subrogados en el lugar de los desaparecidos.

2. Bienes y derechos adquiridos en usufructo por el causante durante los tres años anteriores al fallecimiento, según prevén el artículo 11.b de la Ley reguladora del Impuesto de Sucesiones y el artículo 26 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre. La presunción no se aplica si se acredita suficientemente que el adquirente de la nuda propiedad entregó al transmitente dinero, bienes o derechos por valor equivalente en contraprestación.

3. Bienes y derechos transmitidos por el causante durante los cuatro años anteriores a su fallecimiento, con reserva de usufructo[8] sobre los mismos o cualquier otro derecho vitalicio. Según prevén el artículo 11.c de la Ley reguladora del Impuesto de Sucesiones y el artículo 27 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre se aplica esta presunción a cualquiera que sea la persona que hubiese adquirido del fallecido, por título de compraventa el bien. No obstante, se desvirtúa tal presunción si en el caudal relicto figura dinero u otros bienes recibidos en contraprestación por la transmisión de la nuda propiedad.

4. Valores y efectos transmitidos por endoso, según prevén el artículo 11.d de la Ley reguladora del Impuesto de Sucesiones y el artículo 28 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre el este supuesto se refiere a: valores y efectos depositados, generalmente en entidades financieras, así como a los valores nominativos que se hayan endosados. Esta presunción se aplica con independencia de la relación de parentesco entre endosante y endosatario.

5. Los bienes integrantes del ajuar doméstico[9], (art. 15 LISD y 23 y 24 RISD) salvo prueba fehaciente de su inexistencia[10] o menor valor (TEAC 29-6-05). La presunción de existencia del ajuar es automática, aunque puede desvirtuarse mediante prueba en contrario (TEAC 14-12-05).

La adición que se realice afecta a todos los causahabientes en la misma proporción en la que sean herederos, salvo que se acredite fehacientemente la transmisión a un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos. En clara alusión al principio de equidad tributaria se prevén estas acumulaciones a la herencia, salvo prueba en contrario.

Respecto a los bienes pertenecientes al causante el año anterior al devengo del impuesto, a la Administración le basta con la existencia de los mismos en el patrimonio del fallecido el año anterior, pues una vez observada esta circunstancia es necesaria la acreditación de la inexistencia de los bienes mediante la destrucción de la prueba (TS 14-4-03 y 17-7-03)[11].

Si bien la jurisprudencia argumenta que la veracidad de la prueba en contrario se debe fundar en la existencia de recursos materiales para que se haya podido realizar tal adquisición, no siendo suficiente la aportación de documentos en los que se materializan formalidades que no acreditan la existencia de bienes suficientes que garanticen la capacidad adquisitiva suficiente para justificar tal adquisición, desvirtuando así el carácter gratuito de la entrega, (TS 13-3-03, TSJ C.Valenciana 27-9-04).[12]

Por otra parte, la Dirección General de Tributos (DGT 31-1-96) estableció que la condición de sujeto pasivo frente a la Hacienda Pública no puede verse alterada por pactos entre particulares, con independencia de su validez entre las partes.

La aprobación de Ley 11/2021, de 9 de julio introdujo una regla específica por la que, la plusvalía que aflore en los pactos o contratos sucesorios tributará siempre que el bien recibido se transmita antes del fallecimiento del apartante o en el plazo de cinco años.

En concreto, la modificación del artículo 30 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones prevé que las donaciones y demás transmisiones "inter vivos" equiparables que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario, así como las adquisiciones producidas en vida del causante, como consecuencia de contratos y pactos sucesorios formalizados entre las mismas personas, todas ellas dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, se considerarán como una sola transmisión a los efectos de la liquidación del impuesto. Para determinar la cuota tributaria se aplicará, a la base liquidable de la actual adquisición, el tipo medio correspondiente a la base liquidable teórica del total de las adquisiciones acumuladas. Es igualmente aplicable a las donaciones y demás transmisiones "inter vivos" equiparables y a las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios acumulables a la sucesión que se cause por el donante o causante a favor del donatario o sucesor «mortis causa», siempre que el plazo que medie entre ésta y aquéllas no exceda de cuatro años.

Se modifica, además, el apartado uno de la Disposición Adicional Segunda en adecuación a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2014. De forma que la liquidación del impuesto se producirá "en el caso de la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, si el causante hubiera sido residente en una Comunidad Autónoma, los contribuyentes no residentes tendrán derecho a la aplicación de la normativa propia aprobada por dicha Comunidad Autónoma".

3. Forma de cálculo de las ganancias patrimoniales en IRPF. Exclusión de las ganancias presuntas

La Ley 21/2021 también modificó el cómputo de las ganancias patrimoniales surgidas con la finalidad de que el o la adquirente de un bien a través de un contra-

to o pacto sucesorio se subrogue en el valor y fecha de adquisición que tenía dicho bien en el o la causante, siempre que el mismo se transmita antes del transcurso de cinco años desde la celebración del pacto sucesorio o del fallecimiento de este último si fuera anterior. Esta modificación se introduce junto con un régimen transitorio que solo será aplicable a las transmisiones de bienes efectuadas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley que hubieran sido adquiridos de forma lucrativa por causa de muerte en virtud de contratos o pactos sucesorios con efectos de presente.

En concreto, el artículo 36 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre queda redactado de la siguiente manera: "*Cuando la adquisición o la transmisión hubiera sido a título lucrativo se aplicarán las reglas del artículo anterior, tomando por importe real de los valores respectivos aquellos que resulten de la aplicación de las normas del impuesto sobre sucesiones y donaciones, sin que puedan exceder del valor de mercado. No obstante, en las adquisiciones lucrativas por causa de muerte derivadas de contratos o pactos sucesorios con efectos de presente, el beneficiario de los mismos que transmitiera, antes del transcurso de cinco años desde la celebración del pacto sucesorio o del fallecimiento del causante, si fuera anterior, los bienes adquiridos, se subrogará en la posición de este, respecto al valor y fecha de adquisición de aquellos, cuando este valor fuera inferior al previsto en el párrafo anterior*".

Esta modificación introducida con la finalidad de evitar el fraude y la elusión fiscal, conduce a una situación en la que la plusvalía generada en el pacto sucesorio de apartamento tributa en el Impuesto sobre Sucesiones por el valor real que se le dé en el momento de la adquisición lucrativa. Pero si en el plazo de cinco años, antes del fallecimiento del apartante, el beneficiario transmitiera el bien, en aras a evitar la elusión fiscal argumentada en la ley de 2021, el cálculo de la ganancia patrimonial que se debe incluir en IRPF se realiza sobre el precio de adquisición original y no sobre la valoración dada en el momento en el que se liquidó el Impuesto sobre Sucesiones.

Como se indicó más arriba, tanto la Ley General Tributaria, como las leyes de cada impuesto prevén los supuestos de no sujeción de aquellos hechos imponibles gravados por algún tributo, como es el caso de las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto con ocasión de las transmisiones lucrativas, que tributan en el Impuesto sobre Sucesiones y están no sujetas en el IRPF. Por ello, el artículo 6.4. de la Ley de IRPF prevé la no sujeción "*a este impuesto la renta que se encuentre sujeta al impuesto sobre sucesiones y donaciones*". El beneficiario del pacto sucesorio tributa en el Impuesto sobre Sucesiones por el valor que se otorgue al bien en el momento de la transmisión.

Respecto a la tributación del causante, la Ley 18/1991 ya preveía que la plusvalía generada en la transmisión no tributa, es la llamada "plusvalía del muerto", como consagra el artículo 33.3.b) de la Ley que se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los casos de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente.

La Ley contempla la no sujeción de las plusvalías generadas con ocasión del fallecimiento, no obstante, el Tribunal Supremo en la Sentencia STS núm. 407/2016, de 9 de febrero, reconoce que los pactos sucesorios del Derecho Civil Gallego, que se imputan a la parte del caudal hereditario, son transmisiones mortis causa. "*En definitiva, la condición de apartado y la adquisición inmediata de*

bienes que obligatoriamente ello conlleva, se encuentra íntimamente conectada con la de una adquisición mortis causa, sin el que no es entendible la figura de la apartación, que en caso contrario perdería todo significado, pero para el que el legislador, paradójicamente, no ha previsto un régimen específico de reducciones y bonificaciones, que sin embargo si prevé para la sucesión".

Los pactos sucesorios se imputan a la parte del caudal relicto que le correspondiera al beneficiario del apartamiento, por esto la Sentencia del Tribunal Supremo 407/2016 estima que, aunque se haya producido una alteración patrimonial en el momento de producirse el pacto sucesorio, esta plusvalía no tributa en el causante y sí lo hace en el causahabiente que transmitiera posteriormente el bien recibido. Esta nueva ganancia patrimonial tributa en IRPF por la diferencia entre el valor del bien en el momento de la adquisición por pacto sucesorio (de la misma forma que se hace en las herencias) y el valor en el momento de la nueva transmisión.

Sin embargo, la norma impugnada introduce una excepción a la exención, y es que si el elemento se transmite antes del fallecimiento del causante o en un plazo inferior a cinco años, a efectos de la tributación en IRPF se coloca al beneficiario en la posición del causante, como si él fuera quien hubiera transmitido el bien por el valor de adquisición que pagó el causante. De forma que el adquirente tributa en el Impuesto sobre Sucesiones por la plusvalía generada en el momento de la aceptación del pacto sucesorio. Y, en la transmisión posterior, el causahabiente tributará en IRPF por la plusvalía generada por la diferencia entre el precio de venta y el precio de adquisición satisfecho por el causante, provocándose una doble imposición y un exceso de gravamen justificado, según lo previsto en la Ley 11/2021 por la supuesta intención de eludir el pago del impuesto.

El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Xunta de Galicia consideraba que el precepto recurrido quiebra el principio de capacidad de pago[13] y argumentaba que las transmisiones derivadas de pactos sucesorios eran discriminadas respecto a las lucrativas por causa de muerte so pretexto de una prevención de fraude fiscal. La norma de valoración, que no presunción *iuris tantum*, convierte a todos los adquirentes de pactos sucesorios en defraudadores por el hecho de vender el bien adquirido, en un plazo determinado. "La norma impugnada parece querer reaccionar ante la posibilidad de que la verdadera voluntad del causante no sea la de transmitir en herencia un bien al descendiente, sino la de transmitirlo a un tercero utilizando a aquel de forma fraudulenta, reaccionando así ante un supuesto comportamiento antijurídico que presume, sin posibilidad de prueba en contrario. Se consagra con ello una auténtica ficción legal, la cual, conforme a la doctrina de la STC 194/2000, puede ser contraria al art. 31.1 CE cuando, como sucede en el caso analizado: (i) la norma presume, sin más, la existencia de un fraude fiscal (así lo reconoce expresamente la exposición de motivos de la norma legal al señalar que la justificación de la reforma es evitar la elusión fiscal en la venta por el causahabiente de un pacto sucesorio con entrega de presente); (ii) establece una presunción iuris et de iure, sin posibilidad de prueba en contrario, cuando esa venta se produce dentro de esos cinco años. En suma, aunque la Ley General Tributaria recoge en sus arts. 13 (calificación), 15 (conflicto en la aplicación de la norma tributaria) y 16 (simulación), una serie de medidas para reaccionar ante posibles prácticas fraudulentas, el nuevo art. 36 LIRPF recurrido

estaría convirtiendo un negocio perfectamente válido en un fraude tributario, sin que el contribuyente pueda enervar tal ficción en la medida que dispensa a la administración de toda prueba".

Además de la quiebra del principio de capacidad de pago, la Xunta de Galicia, aludía en su recurso a la quiebra del principio de igualdad, ya que el pacto sucesorio es una transmisión lucrativa por causa de muerte, por lo que no existe ningún elemento diferenciador que justifique un trato fiscal diferente. En concreto, el gobierno regional alega que: *"(i) no es cierto que los pactos sucesorios tengan un régimen especial en el ISD, dado que su régimen es de equiparación con las herencias por fallecimiento; (ii) la previsión que consagra el precepto impugnado no se puede salvar acudiendo a la diferencia de tributación que tienen en el IRPF las donaciones de empresas y participaciones frente a las de otro tipo de bienes y derechos, pues se refiere en exclusiva a las donaciones (y a un beneficio fiscal); (iii) tampoco se podría justificar el precepto impugnado por comparación con otras ficciones legales existentes en el ordenamiento tributario, como la inexistencia de plusvalías en la disolución de las comunidades de bienes (en el IRPF o en el impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana), que se justifica en la naturaleza no transmisiva de dicho acto y en la imposibilidad de actualización de valores; o como la subrogación en los valores en los supuestos de donaciones de empresas o de participaciones [del art. 33.3 c) LIRPF], que no constituye una verdadera ficción legal, pues se trata de un beneficio fiscal de libre elección por el contribuyente"*.

El principio de igualdad también se quiebra en aquellos casos en los que dos hermanos hayan adquirido por pacto sucesorio dos bienes, habiéndose celebrado los contratos de apartamiento en dos momentos diferentes; antes y después de la entrada en vigor de la Ley 11/2021, ya que quien haya recibido los bienes en una fecha anterior a la entrada en vigor de la norma no soportará el exceso de gravamen que sí asume el hermano que ha adquirido el bien en fecha posterior.

III. TRIBUTACIÓN DE LA PLUSVALÍA DEL MUERTO

La Xunta de Galicia interpuso el recurso de inconstitucionalidad núm. 2545-2022 contra el apartado tercero del artículo 3 y el apartado cuarto de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal, que inciden en el funcionamiento del mercado interior y que modifican diversas normas tributarias.

1. Fraude fiscal, elusión y evasión fiscal

Ya que el origen de la discrepancia en la valoración de la plusvalía se fundamenta en una supuesta intención de evadir el impuesto por parte de los sujetos intervinientes, es importante distinguir los conceptos de fraude fiscal, elusión y evasión fiscal.

El fraude y la evasión fiscal suelen utilizarse como sinónimos ya que ambos tienen la finalidad de reducir la carga fiscal, objetivo compartido con la elusión fiscal, pero mientras la evasión y el fraude emplean una norma de cobertura y, en la mayoría de los casos existe un negocio simulado de cobertura, en el caso de la evasión fiscal, la reducción de la carga tributaria se deriva de la existencia, o de la inexistencia de una regulación específica sobre el hecho tratado, cuyo vacío legal permite un ahorro fiscal, derivado de esa economía de opción.

La Ley General Tributaria establece en el artículo 184 la calificación de las infracciones tributarias y concreta que, cuando exista ocultación de datos a la Administración tributaria se producirán estas infracciones si se emplean los medios fraudulentos definidos en el apartado 3 del mismo artículo.

Como indica Zornoza (2018) el paralelismo entre medios fraudulentos y fraude, podría decirse que el fraude se produce cuando se emplean estos medios fraudulentos.

Es difícil argumentar que un pacto sucesorio de apartamento supone un mecanismo de fraude o de evasión fiscal, ya que en ningún caso hay un negocio simulado ni una norma de cobertura. Respecto a la posible elusión fiscal en el cálculo de la plusvalía, el argumento también queda endeble cuando la transmisión está sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y la persona beneficiaria del pacto sucesorio renuncia a la herencia que le correspondiera, por lo que no hay posibilidad de fragmentar las cantidades percibidas, en aras a reducir la progresividad del impuesto.

2. Gravamen de las ganancias patrimoniales generadas tras un legado, sucesión o pacto sucesorio

La Sentencia STS 407/2016 equipara la tributación de las plusvalías generadas por causa de muerte, a las afloradas como consecuencia de la transmisión de bienes por pactos sucesorios *"b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente". Para concluir que "En este contexto de imposición tributaria es en el que se debe determinar la naturaleza jurídica de la apartación, y ello sin olvidar que, aun siendo un negocio jurídico "sui generis", se trata de un pacto sucesorio, y por tanto, que aun cuando la entrega de bienes tiene lugar en vida del causante, esa entrega o transmisión se hace "por causa de muerte". En palabras de este Tribunal en sentencia de 22 de marzo de 2006 (Recurso: 7423/2003) "De lo que se deriva, a los efectos que aquí interesan, la necesidad de conciliar la naturaleza intervivos de la adquisición patrimonial con la del pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación , lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título mortis causa a la apartación , y que a su vez permite mantener la naturaleza gratuita de la adquisición, que como tal deberá ser entendida, si consideramos que estamos ante un pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata ". Lo que determina que "Teniendo en cuenta ahora que el párrafo b) del apartado 3 del artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre la renta de las personas físicas determina que "se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial (...) con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente", y negando en el caso que nos ocupa la existencia de una adquisición por negocio jurídico inter vivos, es de aplicación lo dispuesto en el indicado precepto, lo cual determina la estimación del*

recurso, debiendo anular tanto la liquidación provisional practicada por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.»

La apartación es una institución propia de los usos y costumbres del Derecho civil sucesorio gallego, es un negocio jurídico de acuerdo al cual se puede adjudicar en vida la plena titularidad de determinados bienes a quien tenga la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación, quedando el beneficiario totalmente excluido de tal condición de legitimario con carácter definitivo.[14] El legitimario queda excluido de modo irrevocable de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante a cambio de los bienes que le hayan sido adjudicados[15]. Y este ha sido el fundamento para que dos de los magistrados del Tribunal Constitucional emitieran sus respectivos votos particulares, contrarios al sentir de la Sentencia.

IV. CONSECUENCIAS FISCALES DE LA APARTACIÓN

1. Consecuencias fiscales para el causahabiente (apartado)

La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio está sujeta al Impuesto sobre Sucesiones, según prevé el artículo 3.1.a de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, y según ha previsto la Dirección General de Tributos.[16] El Tribunal Superior de Justicia de Galicia[17] asimiló las apartaciones a los pactos sucesorios de realización inmediata, del que derivan incrementos a título lucrativo, asimilables al hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones, en los que el impuesto se devenga en el momento en el que se realiza el apartamiento[18]. En consecuencia, tanto desde el punto de vista civil como del tributario, estamos ante una herencia anticipada que tributa como una sucesión en el momento de la formalización del pacto.

La propia STS 407/2016 reconoce que los pactos sucesorios producen los mismos efectos que las demás transmisiones por causa de muerte, a efectos del cálculo de la tributación de la plusvalía: *"Así lo reconocen igualmente los Tribunales civiles, citando a título de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 27 de junio de 2002 , que a propósito de diferenciar la apartación de la donación, nos dice que son evidentes las diferencias entre ambas figuras jurídicas: negocio intervivos de disposición a título gratuito en la donación, y disposición sucesoria de los bienes hereditarios en la apartación, constituyendo un pacto sucesorio con renuncia a la legítima. Y nosotros añadimos que como tal pacto sucesorio debe recibir entonces el trato de lo sucesorio. Así lo considera también la Instrucción 1/1996 de 28 de febrero, de la Consellería de Economía en Facenda de la Xunta de Galicia. En efecto, el artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (y su correlativo artículo 10 del Reglamento de desarrollo, RD 1629/1991, de 8 de noviembre) determina como hecho imponible de este impuesto "a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio". Es el Reglamento el que en su artículo 11 nos dice qué debe entenderse por títulos sucesorios a efectos de este Impuesto, estableciendo que "Entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: a) La donación «mortis causa». b) Los contratos o pactos sucesorios (...)". Por lo que no ninguna duda cabe de que los pactos sucesorios, y entre ellos*

los de mejora con entrega de bienes y el de apartación, que como tales aparecen regulados en la Ley 2/2006 bajo el Título X que lleva como rúbrica "De la sucesión por causa de muerte", se trata de negocios jurídicos mortis causa, o celebrados por causa de muerte, de modo que las transmisiones que tengan lugar mediante estos pactos sí se entienden amparadas por la exención fiscal, o excepción de gravamen (en palabras de la DGT) prevista en el artículo 33.3 b) de la Ley 35/2006 , reguladora del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, según el cual " Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente ."

Sin embargo, la Ley 11/2021 estima que estas transmisiones pueden hacerse con una finalidad elusiva, por lo que es necesario otorgarle un trato fiscal diferente a las plusvalías que se generen como consecuencia de la transmisión de elementos adquiridos por apartamiento. Y esta forma de tributación tiene consecuencias fiscales, que se analizan a continuación.

2. Consecuencias fiscales para el causante (apartante)

Con anterioridad a la aprobación de la Ley 11/2021, de 9 de julio, las plusvalías generadas en la transmisión mortis causa se tipificaba como una renta sujeta y exenta del IRPF, como establecían los artículos 2, 6.1 y 2d), 33.1 y 3b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre. La comúnmente conocida como "plusvalía del muerto", surgida con ocasión de un pacto sucesorio, estaba exenta, pues los pactos sucesorios se consideran títulos sucesorios sujetos al Impuesto sobre Sucesiones del adquirente, de forma que esa misma ganancia patrimonial no tributa en el causante, en la intención de evitar la doble imposición jurídica.

En el caso concreto de la apartación gallega, la STS 407/2016 aclara su naturaleza al afirmar que *"Debiendo significar que no estamos ante dos negocios uno intervivos y otro mortis causa, sino ante un solo negocio en el que existe una única voluntad y finalidad común, sin que sea procedente descomponer su contenido económico para, desvirtuando su naturaleza jurídica y su funcionalidad, otorgarle un tratamiento tributario en función del impuesto a aplicar; la aportación gallega es un pacto sucesorio, y su tratamiento fiscal es el que se deriva de esta condición, cualquiera que sea el impuesto del que se trate, cuando, como es el caso, no existe un tratamiento tributario específico en la regulación de uno u otro impuesto. En definitiva la apartación gallega, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, comprendida dentro del art. 33.3.b) de la LIRPF; de haberse querido excluir, el legislador bien podría haber excluido los pactos sucesorios, o imponer como condición la muerte física del contribuyente, al no hacerlo no es más que por su expresa voluntad de haber querido comprenderlo en la inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial. El hecho de que se pueda utilizar esta figura de la apartación para facilitar posibles fraudes fiscales, resulta un argumento ajurídico e inútil para ayudar a la interpretación del art. 33.3.b), puesto que en la mano de los responsables está el evitarlo, mediante los servicios de inspección o mediante la reforma legal incorporando cláusulas, como se conocen en algunas Normas Forales por ejemplo, para evitar estas conductas intolerables. Todo lo cual debe llevarnos a desestimar la pretensión actuada*.

La Dirección General de Tributos (Resoluciones de 10 de diciembre de 2008, 26 de mayo y 5 de agosto de 2010, 6 de junio de 2011, 4 de septiembre y 9 de diciembre de 2013 y 16 de julio de 2014), obviando que la ganancia patrimonial se generó como consecuencia de un pacto sucesorio, entendió que la excepción de gravamen no le aplicaba, ya que la transmisión de los bienes o derechos se realizaba por actos inter vivos y no a causa del fallecimiento del contribuyente. Sin embargo, el Tribunal Superior de Galicia (SSTSJ de Galicia 382/2006, de 22 de marzo, 549/2012, de 24 de septiembre, 501/2013, de 3 de julio, 169/2015, de 1 de abril,; 214/2014, de 9 de abril, y 135/2015, de 11 de marzo, y el Tribunal Supremo (STS 252/2016, de 9 de febrero) con concluyeron que la apartación gallega era un "pacto sucesorio" cuyo tratamiento fiscal debía ser el que derivaba de esta condición, cualquiera que fuese el impuesto del que se tratase, al constituir una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente comprendida dentro del ámbito de aplicación del art. 33.3 b) LIRPF.

Con posterioridad a la aprobación de la Ley 11/2021, que modificó el artículo 33 de la Ley de IRPF, la STS 407/2026 estableció que *"esta doctrina fue reiterada en la consulta posterior de fecha 6 de junio de 2011 (Consulta V1438/2011), aunque en ella después de señalar que la adjudicación del inmueble (mediante pacto sucesorio) se produce por un acto inter vivos, finaliza admitiendo que para el adquirente se trata de una operación sujeta al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, pero no por el apartado b) del artículo 3 que considera como hecho imponible del ISD "La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, «inter vivos» ", sino por el apartado "a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio ". En esta consulta la DGT se expresa de la siguiente manera: "respecto a la tributación del descendiente, y con un carácter genérico y meramente informativo (pues al no plantearse este aspecto por el propio obligado tributario no pueden aplicarse los efectos vinculantes que se señalan en el último párrafo de esta contestación), procede señalar que la transmisión de bienes al descendiente de forma gratuita mediante un pacto de mejora de los regulados en el artículo 214 de la Ley de Derecho Civil de Galicia constituye una operación sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, tal como resulta de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre (BOE del día 19), del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que en su apartado 1, establece: "Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio (...)".*

El número de sujetos pasivos afectados por la modificación de la norma es importante, pues el número de transmisiones que se vienen produciendo dentro de los seis meses posteriores a la adquisición por apartación pasaron de 884 transmisiones en 2016 a 1320 en 2017, 2102 en 2018, 2137 en 2019 y 1802 en 2020. Respecto a las transmisiones de bienes adquiridos mediante apartación en los cinco años anteriores pasaron de 1358 en 2015 a 3340 en 2016, 3780 en 2017, 4511 en 2018, 4572 en 2019 y 3299 en 2020.

3. La modificación operada por la Ley 11/2021, de 9 de julio

La aprobación de la Ley 11/2021 supuso una modificación en el artículo 36 de la Ley de IRPF, como contiene la Exposición de Motivos de la Ley de 9 de julio, ya que los contratos y pactos sucesorios se estaban utilizando como instrumento

de planificación fiscal, en aquellos territorios en los que existe un Derecho Civil especial o foral. Por ello, con la finalidad de impedir "una actualización de valores y fechas de adquisición, para evitar una menor tributación que si se hubiera transmitido directamente a otra persona con otro título de transmisión. Esta "cláusula antiabuso" añadió un nuevo párrafo al artículo 36 de la Ley de IRPF que dejaba sin aplicación la tributación prevista en el artículo 33.3.b) del IRPF. De manera que cuando el causahabiente o apartado procediese, antes del transcurso de los cinco años siguientes a la celebración del contrato o del fallecimiento del causante (si fuera anterior), a la transmisión del bien adquirido con la apartación, tributaría por la ganancia patrimonial generada por el causante o apartante (durante el tiempo que estuvo el bien en su patrimonio).

De este modo, sin modificar la calificación del título sucesorio ni la naturaleza del pacto sucesorio, se le aplica la excepción al gravamen de la plusvalía generada. Esta circunstancia provocó que la norma se impugnara por haber incurrido en el doble artificio de gravar una ganancia en el IRPF, provocada por la transmisión del bien heredado por parte del apartado, como si fuera una primera transmisión. Y, por someter a tributación una ganancia que parece haber sido generada por el apartado, como si manifestara una capacidad económica propia.

3. Voto particular de dos de los magistrados

La principal discrepancia radica en las consecuencias fiscales atribuidas a los pactos sucesorios. Pues las adquisiciones *intervivos* por apartamiento, como pactos sucesorios, suponen que el beneficiario adquiere el bien a cambio de no suceder, pues el apartado queda excluido de la condición de legitimario. En este sentido los dos magistrados exponen: *"A nuestro juicio, el resultado del juego de las ficciones a las que he hecho referencia anteriormente es claramente contrario a la Constitución, pues no solo trata de forma dispar a los causahabientes de una herencia (según se haya materializado al momento del fallecimiento o de forma anticipada con ocasión de pacto sucesorio) en contra del principio de igualdad ante la ley (arts. 14 y 31.1 CE), sino que les somete a tributación recurriendo al gravamen de rentas inexistentes, en contra del principio de capacidad económica y de la prohibición de confiscatoriedad (art. 31.1 CE). Una y otra previsión normativa impiden que el cumplimiento del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos se lleve a cabo exclusivamente mediante un sistema tributario justo (art. 31.1 CE) pues, aun cuando la norma tenga como finalidad la de evitar una menor tributación que si el bien hubiera sido transmitido directamente a otra persona "por el o la titular original", sin embargo, en lugar de gravar en el IRPF la eventual ganancia patrimonial generada con la transmisión derivada del "pacto sucesorio" en la persona "del titular original", lo hace en la "del apartado", obligándole a soportar el gravamen por una capacidad económica que, desde su estricta perspectiva personal, es inexistente"*[19].

La razón principal de la discrepancia de los dos magistrados que emitieron el voto particular no radica en la atribución que el legislador tributario realiza a los pactos sucesorios actuales derivados de los actos *intervivos*, sino que la principal discrepancia surge en la forma de calcular la plusvalía, exenta en el caso de que se

asimile a sucesiones y sujeta y no exenta de acuerdo a lo previsto en la modificación del artículo 36 de la Ley de IRPF.

A juicio de los magistrados, *"la sentencia ha hecho "tabla rasa" de la doctrina constitucional existente para justificar que una misma transmisión pueda desplegar las consecuencias fiscales propias de negocios jurídicos diferentes (sucesiones y donaciones), por la sola circunstancia de que el bien no se mantenga en el patrimonio del causahabiente/apartado durante un determinado período temporal. Permite así, con naturalidad, la imputación de la responsabilidad de pago de deudas tributarias no solo, en principio, inexistentes (por operar la excepción de gravamen de la "plusvalía del muerto"), sino exponentes de capacidades económicas ajenas, con fundamento en que "[l]a apartación es un negocio jurídico celebrado por causa de muerte que se realiza de forma anticipada (inter vivos) pero a efectos civiles tiene aspectos propios de las sucesiones (mortis causa)" [FJ 3 b)]. De este modo, reconoce al legislador "tributario" una libérrima potestad para "ajustar", a conveniencia, las consecuencias fiscales de los negocios jurídicos realizados, hasta el punto de que puedan desplegar, en unidad de acto, las correspondientes a negocios diferentes."*

La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, establecen que los pactos sucesorios participan de la naturaleza de las sucesiones. Y, en consecuencia, *"no es coherente despojarle luego de uno de los efectos que le son propios: el no gravamen de la eventual ganancia patrimonial generada por el causante/apartante en el impuesto sobre la renta con ocasión de la sucesión (anticipada)*[20].

El legislador debe respetar el principio constitucional de unidad del ordenamiento jurídico STC 17/2013, de 31 de enero, que impide considerar la tributación diferente de un mismo negocio jurídico, STC 24/1984, de 23 de febrero.

La naturaleza jurídica del hecho gravado es la que determina la forma de tributación, por lo que los pactos sucesorios, que gozan de la misma naturaleza que una sucesión, deberían ser objeto de gravamen de la misma forma. Si al pacto sucesorio se le da la naturaleza tributaria de una donación, no se le está confiriendo el mismo trato fiscal, a juicio de los magistrados *"con la sola intención de excluirlos de la denominada "plusvalía del muerto" en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (so pretexto de impedir una actualización de los valores de transmisión a la que, por cierto, obliga la propia Ley del impuesto sobre sucesiones y donaciones). Es doctrina de este tribunal la de que "carece de toda justificación razonable y resulta por tanto arbitrario fingir que una misma transmisión […] ha tenido lugar simultáneamente de forma onerosa y gratuita [en el presente caso, como sucesión y donación]. Dicho de otro modo, es del todo imposible que haya existido a la vez más de una transmisión y, por tanto, más de una riqueza imponible: o bien ha tenido lugar una donación […], en cuyo caso puede hacerse tributar al adquirente [y al transmitente] conforme a las transmisiones lucrativas […], o bien ha tenido lugar una compraventa [en el presente caso, sucesión] […], en cuyo caso podrá exigírsele el gravamen correspondiente […]. Fingiendo a efectos tributarios que han existido simultáneamente dos transmisiones distintas, es evidente que la [norma impugnada] está gravando, junto a una manifestación real de riqueza (la que se ha evidenciado con el verdadero negocio jurídico realizado […]), una riqueza inexistente, ni siquiera en potencia, vulnerando, de este modo, las exigencias que derivan del principio*

de capacidad económica constitucionalmente reconocido" (STC 194/2000, de 19 de julio, FJ 8).

La configuración tributaria del gravamen de las plusvalías generadas en los pactos sucesorios no sólo da un trato fiscal diferente a dos hechos imponibles distintos, sino el cálculo de la plusvalía provoca el gravamen de una capacidad económica inexistente.

El principio de equidad fiscal exige un trato igual a contribuyentes con capacidad económica similar, como consagra el artículo 31.1. de la Constitución (SSTC 27/1981, de 20 de julio). Sin embargo, el caso que nos ocupa confiere una forma de tributación diferente según la plusvalía generada proceda de un pacto sucesorio de apartamiento o se haya generado como consecuencia de una transmisión lucrativa *mortis causa*. Según argumentan los magistrados: *"Si los "apartados" son equiparados a los "donatarios", ello debe hacerse con todas sus consecuencias, de modo que deberían ser los "apartantes" ("donantes") los que soportasen el gravamen de la ganancia patrimonial generada desde el momento de la adquisición del bien hasta el del apartamiento (donación), y los "apartados" ("donatarios") deberían hacerlo por la provocada desde su adquisición por el pacto sucesorio (donación) hasta su posterior transmisión, como sucede, en uno y otro caso, con las "donaciones" a las que se pretende equiparar el "pacto sucesorio". Pero si son legalmente considerados como "causahabientes" ("herederos"), deben ser los "apartantes" ("causantes") quienes soporten el gravamen de la ganancia patrimonial generada desde la adquisición del bien hasta su apartación (esté luego exceptuada de gravamen o no) y los "apartados" ("herederos") exclusivamente la provocada desde la sucesión hasta su posterior transmisión, como sucede también, en uno y otro supuesto, con las "sucesiones". Lo que no puede hacer el legislador —y así lo ha hecho la norma controvertida y consentido este tribunal— es convertir a los "apartados" en una figura híbrida que asume la responsabilidad de pago de la "plusvalía del muerto", "como si" hubiesen sido los titulares de la capacidad económica generada. Con la norma así interpretada resulta que son "causahabientes" a efectos del ISD, pero "donatarios" a efectos del IRPF, pero no por una ganancia patrimonial propia (la generada desde la adquisición por el pacto sucesorio hasta su posterior transmisión) sino, lo que es enormemente grave, por una ajena (la provocada entre la adquisición y transmisión del bien por el apartante)."*

La distribución de la carga tributaria se realiza de acuerdo a la capacidad económica real que manifiesta un contribuyente con ocasión de la realización del hecho imponible. Por lo que el posible gravamen de rentas presuntas o ficticias, por inexistentes, (STC 26/2017, de 16 de febrero, es contrario al principio de capacidad económica consagrado en el artículo 31.1. de la Carta Magna STC 182/2021, de 26 de octubre. Y este gravamen de rentas presuntas no está justificado por la denominada "cláusula antiabuso" prevista en la Ley 11/2021 que impide la actualización de los valores y fechas de adquisición del elemento adquirido, como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley 11/2021). *Para los magistrados "Según esto, para el legislador el mero hecho de que los obligados tributarios cumplan con los mandatos legales que él mismo ha establecido les lleva a realizar una conducta abusiva, en la medida que "podrían" estar utilizando el "pacto sucesorio" como un instrumento de "actualización de valores" (que es de obligada realización ex arts. 9 LISD y 36 LIRPF) con la única intención de "neutralizar" la*

posterior carga tributaria derivada de una eventual transmisión del bien por parte del causahabiente/apartado. No es necesario efectuar un ejercicio de imaginación, sin embargo, para comprobar cómo el mismo problema surgiría con la "actualización de valores" que se produce —también ex lege— con la delación de la herencia, en la que los llamados a la misma están igualmente obligados a declarar el valor real/de referencia de los bienes adquiridos mortis causa (arts. 9 LISD y 36 LIRPF), de modo que si procediesen a su posterior transmisión por el "valor actualizado" no habrían generado ganancia patrimonial alguna a efectos del IRPF. Es la propia normativa tributaria la que impone a los adquirentes de los bienes o derechos en las transmisiones lucrativas mortis causa (y el pacto sucesorio lo es, por imposición legal), la obligación de "actualizar" sus valores a los efectos de la aplicación del ISD. No es, pues, una opción individual, sino una obligación legal para todas las adquisiciones lucrativas".

La modificación del artículo 36 obliga al causahabiente a soportar el gravamen por una riqueza generada en el patrimonio del apartante desde el momento de adquisición del elemento hasta la fecha de su transmisión por pacto sucesorio "lejos de someter a gravamen la verdadera riqueza de los sujetos intervinientes en el negocio jurídico hace tributar a estos por una riqueza inexistente, consecuencia esta que, a la par que desconoce las exigencias de justicia tributaria que dimanan del art. 31.1 CE, resulta también claramente contradictoria con el principio de capacidad económica reconocido en el mismo precepto" (STC 194/2000).

La discriminación aplicada no tiene justificación, ya que se excluyen de la excepción del gravamen las ganancias patrimoniales generadas por el "apartante", bajo el argumento de que las plusvalías generadas por pacto sucesorio emplean un instrumento de planificación fiscal, que pone de manifiesto un trato discriminatorio respecto del resto de adquisiciones *mortis causa*. A juicio de los magistrados *"de un lado, se está produciendo un tratamiento discriminatorio respecto de las restantes adquisiciones mortis causa las cuales tienen, no ya la misma posibilidad, sino la misma obligación legal de actualización de los valores de los bienes adquiridos; de otro, se está dispensando un tratamiento indiscriminado a todos los beneficiarios de los "contratos o pactos sucesorios", a los que se aplicaría la nueva disposición legal con independencia de que los hubiesen usado como un instrumento de planificación fiscal "abusiva" o simplemente como un medio de ordenación en vida de las herencias"*.

Es evidente el trato desigual a situaciones iguales, ya que en el caso de las transmisiones por herencia, la denominada "plusvalía del muerto" está exenta de IRPF y en las transmisiones por apartamiento, el cálculo de la plusvalía se determina teniendo en consideración el precio de adquisición del bien en el momento en el que el causante lo realizó, obligando al causahabiente a subrogarse en la posición jurídica del causante, al hacerle tributar por la plusvalía, no exenta según la nueva redacción dada al artículo 33.3. b) de la Ley de IRPF.

A juicio de los magistrados se *"presume, sin excepción, que en toda herencia "anticipada" existe un soterrado e "ilegítimo" objetivo de obtener un ahorro fiscal. Y la justificación de ese agravamiento se halla exclusivamente en el hecho de transmitir el bien adquirido por el contrato o pacto sucesorio por un valor superior al de adquisición por el causante durante los cinco años siguientes a su formalización (o al fallecimiento del causante, si fuese anterior), sin que pueda apreciarse razón alguna, ni en la exposición de motivos de la norma legal impugnada, ni durante su tramita-*

ción parlamentaria, que pueda justificar ese trato desigual. En definitiva, la forma en la que se ha articulado la previsión impugnada impide apreciar "la concurrencia de nítidas y cualificadas exigencias de interés general" que justifiquen el trato dispar, lo que no solo contradice el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE (SSTC 159/1997, FJ 3, y 20/2022, FJ 2), sino que vulnera también el principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 CE (en sentido similar, SSTC 176/2011, FJ 5, y 121/2016, FJ 5).

En definitiva, la circunstancia descrita en la que una plusvalía generada por un pacto sucesorio de apartamiento impide la aplicación de la exención prevista en la Ley de IRPF y obliga al beneficiario de la misma a calcular la ganancia patrimonial por diferencia entre el precio originario y el valor de venta, confiere un trato fiscal diferente del otorgado a las plusvalías generadas en las transmisiones mortis causa, en las que la denominada "plusvalía del muerto", bajo un endeble argumento de evasión fiscal.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. La Sentencia del Tribunal Constitucional establece la constitucionalidad de la tributación en I.R.P.F. de aquellos contribuyentes que vendan los bienes adquiridos por apartamiento en los cinco años siguientes a la transmisión original, si el transmitente no ha fallecido en ese tiempo.

II. El tratamiento dado por el Tribunal Constitucional a las transmisiones de los inmuebles adquiridos por apartamiento pone en cuestión algunos principios tributarios básicos como es la determinación de la capacidad de pago, la irretroactividad de la aplicación de los tributos, la doble imposición, la igualdad de trato, así como la ineficacia de la autonomía legislativa de las Comunidades Autónomas.

III. El Tribunal Constitucional establece que no hay doble imposición en el gravamen en IRPF de las transmisiones que previamente tributaron en el Impuesto sobre Sucesiones, ya que, a su juicio, la capacidad económica que tributa en IRPF es distinta de la gravada en el Impuesto sobre Sucesiones, en una alusión a la existencia de doble imposición jurídica y olvidando que la doble imposición económica supone el gravamen de la misma capacidad económica en un mismo sujeto pasivo, como ocurre en el doble gravamen de las ganancias patrimoniales surgidas en el caso que nos ocupa.

IV. Para que el pacto sucesorio tenga el tratamiento fiscal específico que se ha venido analizando, es imprescindible que el donantes tenga vecindad civil en el territorio con Derecho Civil propio, que, de acuerdo al artículo 14 del Código Civil se adquiere por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario, o de dos años, si el interesado manifiesta ser esa voluntad antes el Registro Civil o un notario, por lo que las estrategias de modificación del domicilio fiscal para aprovechar el ahorro fiscal no son tan inmediatas como a priori pudieran parecer.

V. El cálculo de la ganancia patrimonial derivada de la transmisión del bien adquirido por apartamento se realiza de forma diferente del cómputo de la variación patrimonial del heredero que vende inmediatamente después de haber aceptado la herencia. En el primer caso, el precio de adquisición de referencia es el original, por el que el causante lo adquirió, mientras que en el segundo caso, el

cálculo de la ganancia patrimonial se realiza desde el valor otorgado al bien en la herencia, a pesar de haber tributado ambas transmisiones por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. De este modo se hace tributar las transmisiones de diferente forma según el tiempo transcurrido desde la entrega inicial, o según el causante haya fallecido o no, evidenciando una clara quiebra al principio de igualdad.

VI. El Derecho Foral Gallego equipara fiscalmente la apartación y la donación inter vivos, por lo que en el momento del fallecimiento quienes adquieren los bienes por título de herencia, a la muerte del causante, tienen un trato fiscal diferente a quienes los adquirieron por el título de apartación, que, a su vez, renuncian de manera irrevocable a la legítima que les hubiera correspondido, por sí y por sus causahabientes. Se puede afirmar, por tanto, que la apartación tiene una indudable naturaleza mortis causa, como la propia Ley reguladora del Impuesto sobre Sucesiones contempla entre los títulos sucesorios, tanto la herencia, como el legado u otros títulos, entre los que se puede incluir la apartación en las legislaciones civiles que así lo contemplen.

VII. El trato discriminatorio entre los beneficiarios del apartamiento y el resto de herederos que perciben su masa hereditaria en el momento del fallecimiento se pone de manifiesto en que, la capacidad económica no incrementa por el hecho de percibir los bienes de manera adelantada en el tiempo. Y ello no obsta para que el cálculo de la variación patrimonial se haga de manera diferente —en lo que al cálculo del precio de adquisición se refiere— por el hecho de que el transmitente no haya fallecido o si. Pues la llamada "plusvalía del muerto" se excluye de la base imponible del IRPF del heredero, y si este vende nada más heredar, la ganancia patrimonial se calcula teniendo en cuenta el valor del bien en el momento en el que se produjo la adquisición mortis causa.

VIII. El cálculo de la plusvalía teniendo en cuenta el precio de adquisición de un bien que se transmite por apartamiento, para el que se aplica el valor original de adquisición, supone un gravamen de rentas presuntas que no se contempla en el ordenamiento jurídico español. Además, la determinación de la fecha de adquisición debería operar tanto para la valoración de la plusvalía como para la posible aplicación de coeficientes correctores de la ganancia patrimonial si fuera el caso, por haberse adquirido el elemento con anterioridad a 31 de diciembre de 1994.

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

- TS 14-4-03
- TS 17-7-03
- TS 13-3-03
- Sentencia Tribunal Supremo. STS 407/2016. ECLI: TS: 2016:407 https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/a30a8ed168d-58c3e/20160219 (mayo 2023)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2023, de 24 de mayo. https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/29480 (junio 2023).
- TSJ C.Valenciana 27-9-04

Resoluciones de la Dirección General de Tributos

- DGT 31-1-96
- DGT 10 de diciembre de 2008, 26 de mayo
- DGT 5 de agosto de 2010,
- DGT6 de junio de 2011,
- DGT 4 de septiembre 2013
- DGT 9 de diciembre de 2013
- DGT 16 de julio de 2014

Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central

- TEAC 29-6-05
- TEAC 14-12-05

VII. LEGISLACIÓN

- Ley del Parlamento de Galicia 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia.
- Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.
- Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CISS (2014). Todo Sucesiones. Wolters Kluwer CISS

COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL (2014): *Informe.* Febrero 2014.

ZORNOZA PÉREZ, J (2018): *El fraude fiscal en España.* Thomson Reuters Aranzadi

NOTAS

[1] Resultado proyecto: "Transición digital de la justicia" Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y a la transición digital del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Convocatoria 2021 de «Proyectos orientados a la transición ecológica y a la transición digital», en el marco del Programa Estatal para impulsar la investigación científico-técnica y su transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. REF. RED 2021-130078B-100.

[2] Existen dos clases de doble imposición: doble imposición jurídica, que consiste en gravar al mismo contribuyente, normalmente se produce en el ámbito internacional y se corrige a través de la firma de convenios de doble imposición, que suelen utilizar los métodos de: exención, imputación o crédito fiscal, método de deducción o método de división del producto y de reparto del objeto imponible, para evitar la doble imposición jurídica.

La doble imposición económica se produce cuando una misma renta se grava por dos o más impuestos.

[3] STS 407/2016

[4] la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, establecen que las Comunidades Autónomas tienen capacidad para regular los siguientes elementos esenciales del tributo:

Reducciones de la base imponible en las transmisiones mortis causa.

La tarifa del impuesto.

La fijación de la cuantía del patrimonio preexistente y los coeficientes multiplicadores aplicables en el cálculo de la cuota tributaria.

Las deducciones y bonificaciones de la cuota.

La regularización de la gestión y la liquidación del impuesto.

Para aquellos territorios que no hayan hecho uso de sus competencias, se aplicará la legislación estatal desarrollada al efecto. Y todas aquellas Regiones que hagan uso de la competencia normativa que les confiere la LOFCA, podrán modular la carga fiscal de los beneficiarios de transmisiones lucrativas *mortis causa* según consideren.

[5] CISS 2014, pp.128.

[6] El comité de expertos nombrado para la Reforma del Sistema Fiscal Español preveía el mantenimiento de la deducibilidad de las cantidades satisfechas en las adquisiciones lucrativas inter vivos que se acumulen a la herencia (DGT CV 0145-12, 25-1-2011).

[7] La adición se realiza exclusivamente a efectos de la liquidación y pago del impuesto, sin repercusión, por tanto, en los problemas civiles de división y partición de la herencia. Es importante concretar qué personas quedarán afectadas por las adiciones que se realicen, es decir, cuáles son las adquisiciones individuales que se van a ver incrementadas a consecuencia de la adición.

Las presunciones no operan de forma automática. Se tiene que requerir a los interesados para que presten su consentimiento a la adición. Si estos rechazan la incorporación, el valor de los bienes a que se refiere la presunción de adición no se incorpora, de momento, a la masa hereditaria o a la porción hereditaria individual que se trata. El expediente de comprobación continúa sólo con los bienes declarados y, en su caso, con al adición del ajuar doméstico, pero debe iniciarse un nuevo expediente para decidir, en vía administrativa, sobre la procedencia de la adición (RISD art. 93).

No procede adición en el supuesto, infrecuente pero posible, de que lo satisfecho por ITP y AJD sea superior a lo que correspondería pagar por ISD.

Si la cantidad ingresada por ITP y AJD es inferior, procede la adición, pero el sujeto pasivo tiene derecho a que se le deduzca de la liquidación practicada por ISD lo satisfecho por aquel impuesto (LISD art.11.3 y RISD art.29).

Cuando el adquirente de un bien, o de su nuda propiedad, es alguien ajeno al grupo de personas que resultan ser herederos o legatarios en virtud de ley o testamento, se considera como legatario.

Lefebvre (2014a).

[8] Las reglas de valoración de los derechos de usufructo, uso y habitación están previstos en el artículo 26 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, según redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. (BOE 31-12-2002) así como en el artículo 49 y ss del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y pueden sintetizarse de la siguiente forma:

Valoración del usufructo temporal: Se computa el 2% por cada período de un año, sin exceder del 70% del valor del bien.

Valoración del usufructo vitalicio: Su valoración es igual al 70% del valor total del bien cuando el usufructuario tenga menos de 20 años. Este porcentaje se minora en un 1% menos por cada año superior a 20 que tenga el usufructuario, con el límite mínimo del 10% del valor total del bien.

Respecto a la valoración dada a la nuda propiedad, el valor de este derecho se computa por diferencia entre el valor total de los bienes y el valor atribuido al usufructo. El valor de la nuda propiedad no puede ser inferior al 30% del valor total de los bienes.

[9] El artículo 15 de la LISD se limita a indicar que el ajuar doméstico formará parte de la masa hereditaria. Ni la Ley ni el artículo 34 del Reglamento establecen una definición de ajuar doméstico que permita delimitar con exactitud los bienes y derechos que se entienden incluidos y los que se deben considerar excluidos y, por tanto, deben incluirse con independencia del ajuar en la masa hereditaria gravable.

Por su parte, el artículo 4.4 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio tampoco define el ajuar doméstico pero expresamente excluye a efectos de exención en dicho tributo del ajuar doméstico las joyas, las pieles de carácter suntuario, vehículos, embarcaciones y aeronaves, así como las obras de arte y antigüedades. De otro lado, el diccionario de la Real Academia define el ajuar doméstico como el conjunto de muebles, enseres y ropa de uso común en la casa.

Se cuantifica el ajuar familiar por el artículo 15 de la LISD en un valor estimativo o *forfait* determinado en un porcentaje del 3% del importe del caudal relicto del causante, es decir, los bienes y derechos del causante a su fallecimiento, sin incluir para su cálculo los bienes objeto de incorporación mediante las presunciones de adición del artículo 11 de la LISD, ni las donaciones acumuladas, ni las cantidades que se perciban por los sucesores por seguros para el caso de fallecimiento del causante que se integran en la sucesión *mortis causa* (artículo 34.3. RISD).

El valor así obtenido, caso de que el causante esté casado, se minora por el 3% del valor catastral de la vivienda habitual del matrimonio, en concepto de ajuar que corresponde al cónyuge viudo por disposición del artículo 1321 del CC o disposición análoga de Derecho foral. Por tanto, es de aplicación cuando el causante estuviese casado sujeto al régimen del CC o cuando estando casado en régimen foral, el Derecho foral le reconozca igual derecho (casos, por ejemplo, de Aragón y Cataluña).

En régimen de declaración-liquidación, el ajuar se calcula sobre el 3% del valor declarado de los bienes integrantes del caudal relicto. La comprobación de valores por la administración de dichos bienes conlleva un nuevo cálculo del ajuar sobre el valor comprobado del caudal relicto.

CISS, 2014, pp.124.

[10] Incluso en el caso de que el causante hubiese sufrido el síndrome de Diógenes, la mera constancia de ello no acredita la inexistencia de ajuar, como tampoco prueba el que se destruyesen todos los bienes existentes en el domicilio del causante (TEAC 29-06-05, 13-9-06).

Lefebvre (2014a mg 5396-98).

[11] Afecta a todos los sucesores universales o herederos en proporción al título sucesorio cuando los bienes hayan dejado de formar parte del patrimonio del causante sin que se acredite fehacientemente la transmisión a un sucesor (CISS, 2014, pp.129)

[12] TS 13-3-03, TSJ C.Valenciana 27-9-04.

[13] STC 182/1997, de 28 de octubre), cuando sería perfectamente posible que la transmisión del bien a un tercero no generase ganancia patrimonial alguna (por la diferencia entre el valor del bien en el pacto sucesorio y en el momento de la enajenación) o incluso que se manifestase una pérdida patrimonial (por ser mayor el valor fijado en el pacto sucesorio que el establecido para la venta). De este modo, se le estaría haciendo tributar por una ganancia patrimonial ajena (la generada por el causante por la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión por pacto sucesorio), sometiéndose a tributación una riqueza inexistente o ficticia (para el causahabiente).

[14] Art. 134.1 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia

[15] art. 224 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia

[16] Resoluciones de la D.G.T. de 23 de marzo de 2005 y 21 de enero de 2022

[17] STSJ de Galicia 382/2006, de 22 de marzo. SSTSJ de Galicia 995/2006, de 13 de junio, FJ 1; 529/2010, de 26 de mayo, FJ 1, y 665/2011, de 19 de septiembre, FJ 2),

[18] STSJ de Galicia 484/2013, de 19 de junio, FJ 1.

[19] Voto particular de los dos magistrados contrarios a la Sentencia del TC.

[20] Voto particular de los dos magistrados.

1.5. Obligaciones y contratos

Análisis jurisprudencial de la prescripción extintiva de la acción de restitución de cantidades indebidamente pagadas en aplicación de cláusulas abusivas

Jurisprudential analysis of the extinctive prescription of the action for restitution of unduly paid amounts in application of abusive clauses

por

DAVINIA CADENAS OSUNA

Profesora Contratada Doctora en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.

RESUMEN: En este trabajo abordamos, desde una perspectiva jurisprudencial, las cuestiones fundamentales que plantea la prescripción extintiva de la acción de restitución de las sumas indebidamente satisfechas en aplicación de una cláusula contractual abusiva. En concreto, nos centramos en el carácter prescriptible de la referida acción, la duración de su plazo de prescripción y el *dies a quo*. Es a este último extremo al que dedicamos una atención especial, al ser el único que plantea problemas en la actualidad, encontrándonos a la espera de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en respuesta a una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo español el 22 de julio del año 2021, aporte una solución definitiva.

ABSTRACT: In this paper we address, from a jurisprudential perspective, the fundamental issues posed by the extinctive prescription of the action for restitution of the expenses improperly paid in application of an abusive contractual clause. Specifically, we focus on the prescriptive nature of the aforementioned action, the duration of its prescriptive period and its dies a quo. We dedicate special attention to this last point, as it is the only one that currently poses a problem, and we are awaiting a ruling from the European Court of Justice that resolve the matter definitively.

PALABRAS CLAVE: acción de restitución; prescripción extintiva; principios de efectividad y equivalencia; cómputo del plazo de prescripción.

KEYWORDS: restitution action; extinctive prescription; principles of effectiveness and equivalence; dies a quo of the prescriptive period.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CARÁCTER IMPRESCRIPTIBLE DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. III. CARÁCTER PRESCRIPTIBLE DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LAS SUMAS INDEBIDAMENTE ABONADAS EN APLICACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. IV. DURACIÓN DEL PERÍODO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN. V. *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN: 1. Jurisprudencia comunitaria. 2. Auto del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021. 3. Jurisprudencia menor: 3.A. Cómputo del plazo de prescripción desde la declaración de nulidad de la cláusula. 3.B. Cómputo del plazo de prescripción desde que se consolida la doctrina del Tribunal Supremo sobre la abusividad de la cláusula. 3.C. Cómputo del plazo de prescripción desde el enriquecimiento injusto.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ANEXO DE BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ANEXO DE JURISPRUDENCIA. 1. Pronunciamientos de las Audiencias Provinciales. 2. Pronunciamientos del Tribunal Supremo. 3. Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro estudio se encuadra en el marco de los contratos de adhesión, que, desde hace unas décadas, destacan en importancia al monopolizar prácticamente el mercado bancario de préstamos hipotecarios.

El contrato de adhesión es aquel que incluye condiciones generales de la contratación, definidas estas en el artículo 1 de la *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación* (en adelante, LCGC), como cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato impone una de las partes, con independencia de su autoría material, su apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias, y cuya redacción se hace con el propósito de ser incluidas en una pluralidad de contratos. Como podemos comprobar, las condiciones generales se definen por el proceso seguido para su incorporación al contrato, siendo sus rasgos definitorios el carácter contractual y la predisposición, imposición y generalidad. Debido a la limitada extensión de nuestro trabajo no podemos extendernos en el examen de tales características, conformándonos con aclarar que, como consecuencia del carácter impuesto de las condiciones generales, el adherente solo puede decidir entre dos opciones: aceptar el contenido del contrato (sin capacidad alguna de negociación para influir en tal contenido) o rechazar la contratación[1]. Así pues, en palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1998[2], en la contratación mediante condiciones generales "se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente)"[3]. Esta especial forma de contratar, en la que

una de las partes pierde su capacidad de negociación, es la que justifica la necesidad de aplicar a las condiciones generales unos controles de consentimiento y contenido que resultan innecesarios cuando las partes negocian individualmente el clausulado del contrato. Es por ello que, a nuestro juicio, los referidos controles deberían haberse previsto para todos los supuestos en los que el contrato incorpore condiciones generales de la contratación, al margen de la condición de profesional o consumidor del adherente y aun cuando, en esta segunda hipótesis, se hubiera de reforzar la protección prevista para el adherente[4]. No obstante, el legislador circunscribe el control de contenido a las condiciones generales incorporadas a contratos celebrados con un consumidor (artículo 8.2 LCGC).

El análisis de la prescripción extintiva de la acción de restitución nos remite al control de contenido de las condiciones generales de la contratación, cuyo examen en profundidad excede de los fines y extensión de este trabajo[5], limitándonos a destacar algunos aspectos básicos.

En el ordenamiento jurídico español, la formulación básica del control de contenido se contiene en artículo 82.1 del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante, TRLGDCU), en virtud del cual se considerarán abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que del contrato se derivan para las partes[6]. Tal desequilibrio, según la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 (caso "Aziz")[7], debe apreciarse mediante la comparación de los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, de un lado, y del Derecho dispositivo, de otro. De esta forma, el desequilibrio existirá cuando el contrato coloque al consumidor en una situación jurídica más desfavorable que aquella en la que se encontraría de resultar aplicable el Derecho nacional supletorio. Además, tal desequilibrio, para motivar la abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente, debe ser causado en contra de las exigencias de la buena fe, siendo este el criterio para analizar las razones por las que la cláusula impuesta se aparta de manera considerable del Derecho dispositivo[8].

La consecuencia que se deriva de la abusividad de las condiciones generales por no superación del control de contenido es la nulidad de las mismas (artículos 6.3 del Código Civil, 8.2 LCGC y 83 I TRLGDCU). Se trata de una nulidad relativa, que, con arreglo al artículo 10.1 LCGC, no conlleva la ineficacia total del contrato, siempre que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas, extremo sobre el que debe pronunciarse la sentencia (*vid.* artículo 9.2 LCGC).

La declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula contractual debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula[9]. En otros términos, declarada la nulidad de una cláusula abusiva, el consumidor-adherente tiene derecho a reclamar la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la referida cláusula, con sus intereses (cfr. artículo 1303 del Código Civil).

Hecha esta breve aproximación al control de contenido de las condiciones generales, abordamos seguidamente las cuestiones fundamentales que plantea la acción de restitución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de una cláusula abusiva, a saber, su carácter prescriptible, la duración de su plazo de prescripción y el *dies a quo* de este[10].

II. CARÁCTER IMPRESCRIPTIBLE DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Antes de adentrarnos en la problemática que plantea la acción de restitución, debemos preguntarnos, como cuestión previa, si la acción que puede ejercitar el consumidor para que se declare la nulidad de las cláusulas abusivas se somete a un plazo de prescripción o, por el contrario, es imprescriptible.

Al respecto se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) en sentencia de 10 de junio de 2021 (caso "BNP Paribas Personal Finance")[11], que versa sobre la abusividad de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago, siendo el efecto perseguido por dicha cláusula hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio.

El Tribunal declaró que una acción ejercitada por un consumidor para que se declare la abusividad de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un profesional no puede estar sujeta a plazo de prescripción alguno, y ello por las razones siguientes.

Primera, porque, *ex* artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, no vincularán al consumidor, en las condiciones previstas por los ordenamientos nacionales, las cláusulas abusivas contenidas en un contrato celebrado entre aquel y un profesional.

Segunda, porque, partiendo de la naturaleza e importancia del interés público en que consiste la protección de los consumidores, la Directiva 93/13/CEE, en su artículo 7.1, impone a los Estados miembros que, en interés de aquellos y de los competidores profesionales, establezcan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. A tal efecto, los órganos jurisdiccionales nacionales deben abstenerse de aplicar cláusulas abusivas en aras de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si este se opone a ello.

Tercera, y última, porque una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, no pudiendo, por ende, tener efectos frente al consumidor. Por ello, la declaración judicial de la abusividad de una cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Así pues, el deber del juez nacional de no aplicar una cláusula abusiva que impone al consumidor el pago de cantidades indebidamente abonadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio con relación a tales importes.

Con base en los motivos expuestos, concluyó el Tribunal de Justicia que, para garantizar una protección efectiva de los derechos que la Directiva 93/13/CEE confiere al consumidor, debe este poder invocar en todo momento el carácter abu-

sivo de una cláusula contractual, no únicamente como medio de defensa, sino también a los efectos de que el juez declare la abusividad de la referida cláusula. Por tanto, una acción ejercitada por el consumidor para que se declare el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un profesional no puede someterse a ningún plazo de prescripción.

Esta doctrina la resume el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) en la sentencia de 16 de julio de 2020[12], según la cual:

"debe recordarse que la protección que la Directiva otorga a los consumidores se opone a una normativa interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor".

En el ámbito español, el carácter imprescriptible de la acción de nulidad lo afirma ya desde antiguo el Tribunal Supremo, como demuestra su sentencia de 27 de febrero de 1964[13], conforme a la cual:

"el mero transcurso del tiempo, no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente, no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso, al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que, lo originariamente inválido, cobró eficacia por la acción del tiempo, que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso".

Finalmente, en el Derecho catalán el carácter imprescriptible de la acción de nulidad lo reconoce el artículo 121-2 de la *Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña* (en adelante, CCCat), en virtud del cual las pretensiones que se ejercen mediante acciones meramente declarativas son imprescriptibles. La acción de nulidad encajaría en esta previsión, al ser meramente declarativa de una situación que no necesitaría pronunciamiento judicial alguno, excepto para deshacer una determinada apariencia jurídica o vencer la resistencia de quien defiende la validez.

III. CARÁCTER PRESCRIPTIBLE DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LAS SUMAS INDEBIDAMENTE ABONADAS EN APLICACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

En su reciente sentencia de 8 de septiembre de 2022 (caso "E.K. y otros contra D.B.P.")[14], el Tribunal de Justicia de la Unión Europea valoró si el sometimiento de la acción restitutoria a un plazo de prescripción era conforme con la Directiva 93/13/CEE. El Tribunal se cuestionó sobre la abusividad de las cláusulas relativas a las modalidades de pago (concretamente, a la conversión en francos suizos) incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria suscritos por una entidad de crédito con distintos consumidores.

Con cita de su anterior sentencia de 10 de junio de 2021, ya referida en este trabajo, el Tribunal europeo sostuvo que no se opone al Derecho de la Unión Europea y, en concreto, a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, una normativa nacional que sujeta a un plazo de prescripción la acción mediante la que tal consumidor pretende hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, siempre que se respeten los principios de efectivi-

dad y equivalencia. En otros términos, el plazo de prescripción al que se somete la acción de restitución no debe ser menos favorable que el que se aplica a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni debe hacer imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea reconoce a los consumidores (principio de efectividad). Sobre esta base, el Tribunal resolvió que la protección del consumidor no es absoluta y que la fijación de plazos razonables para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión, siempre que tales plazos resulten materialmente suficientes para permitir al consumidor que prepare e interponga un recurso efectivo[15].

En la jurisprudencia española es doctrina consolidada el carácter prescriptible de la acción de restitución, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964[16] y 30 de diciembre de 2010[17].

También la jurisprudencia menor se ha hecho eco de esta doctrina[18]. Nos parece destacable, por clarificadora, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 5 de julio de 2021[19], dictada en un asunto en el que el consumidor interpuso una demanda contra una entidad de crédito solicitando la nulidad de la cláusula de gastos y otras estipulaciones incluidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, con la condena a devolver a la parte actora las sumas percibidas en exceso por el funcionamiento de tales cláusulas, más los intereses legales desde la fecha de cada cobro e imposición de costas a la entidad demandada. La Audiencia sostuvo que, si el consumidor había abonado alguna cantidad en cumplimiento de lo previsto en la cláusula abusiva y, en definitiva, esta había desplegado y agotado sus efectos, con conocimiento del titular de la acción, razones de seguridad jurídica, de presunción de abandono y de tolerancia frente a una situación de hecho explican que la acción para hacer desaparecer esos efectos se someta a un plazo de prescripción por el transcurso del tiempo. A juicio de la Audiencia, no resulta razonable ni conforme con la regla general de prescripción de todas las prestaciones de condena que la reclamación de gastos de gestoría, notaría o registro no se sujete a un plazo de prescripción y que tales gastos puedan exigirse, con sus intereses, aunque se hayan abonado hace décadas, o incluso siglos, con pleno conocimiento por parte del consumidor. De esta forma, la Audiencia asegura un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas, que no pueden estar amenazadas por tiempo indefinido.

IV. DURACIÓN DEL PERÍODO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN

Según la jurisprudencia comunitaria[20], no contraviene los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE una normativa nacional que somete a un plazo de prescripción a la acción que puede ejercer un consumidor para hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, siempre que tanto el plazo de prescripción fijado como el *dies a quo* del mismo respeten los principios de efectividad y equivalencia.

En el concreto caso español, los tribunales coinciden en afirmar que la prescripción de la acción restitutoria se rige por lo establecido en el artículo 1964 del

Código Civil, al no estar previsto en la Ley un plazo de prescripción para esta clase de acciones más corto[21]. Dicho precepto, en su apartado segundo, señala que las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación[22].

Un plazo de prescripción de cinco años de duración estaría amparado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, *inter alia*, en las precitadas sentencias de 10 de junio de 2021 y 8 de septiembre de 2022, consideró compatibles con el principio de efectividad plazos de prescripción de tres y cinco años de duración, siempre que se establezcan y conozcan con antelación suficiente para permitir al consumidor interesado que prepare e interponga un recurso efectivo. De hecho, en la sentencia de 16 de julio de 2020, el Tribunal de Justicia amparó expresamente la duración del plazo de prescripción fijado, en concreto, en el artículo 1964.2 del Código Civil.

El plazo de prescripción de cinco años lo establece el artículo 1964 del Código Civil tras la modificación introducida en el mismo por la *Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (en adelante, Ley 42/2015). Antes de la reforma, sin embargo, el precepto declaraba que las acciones que no tuvieran plazo especial prescribirían a los quince años. Se plantea así un problema de Derecho transitorio que resuelve la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, según la cual el plazo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción y que hayan nacido antes de la entrada en vigor de la precitada Ley se regirá por lo previsto en el artículo 1939 del Código Civil.

Conforme a este último precepto, la prescripción comenzada antes de la fecha de publicación del Código Civil se regirá por las leyes anteriores al mismo. No obstante, si desde que se pusiere en observancia transcurriera todo el tiempo requerido en él para la prescripción, esta surtirá efecto, aun cuando por las referidas leyes anteriores se exigiese un lapso temporal mayor. De esta forma, el artículo 1939 del Código Civil establece una regla general y una excepción: la primera, que la prescripción se rige por la ley vigente al tiempo de iniciarse el período prescriptivo, con lo que la ley nueva no se aplica a las prescripciones ya en curso a su entrada en vigor; la segunda, la prescripción se entiende consumada si la nueva ley acorta el plazo de prescripción previsto por la ley anterior y dicho plazo transcurre en su integridad tras la entrada en vigor de la ley nueva[23]. Así:

— Las relaciones jurídicas nacidas antes del 7 de octubre de 2000 se rigen por la redacción original del artículo 1964 del Código Civil y, por ende, el plazo de prescripción de quince años. Así pues, estarían prescritas al tiempo de entrar en vigor la Ley 42/2015 (el 7 de octubre de 2015), siempre que no se hubieran producido actos que hayan interrumpido la prescripción.

— A las relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2000 y el 7 de octubre de 2015 se aplica la redacción original del artículo 1964 del Código Civil, salvo que los cinco años de prescripción establecidos por la reforma de 2015 hubieran transcurrido íntegramente al tiempo de entrar en vigor la Ley 42/2015, en cuyo caso se entiende consumada la prescripción.

— Finalmente, las relaciones jurídicas nacidas después del 7 de octubre de 2015 prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la

obligación, tal y como señala el artículo 1964.2 del Código Civil en su redacción vigente.

V. *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN

Por último, abordamos la cuestión más problemática de las que plantea la prescripción de la acción de devolución de cantidades indebidamente satisfechas en aplicación de una cláusula abusiva, a saber, la determinación del inicio de su plazo de prescripción.

El análisis de esta materia debe partir del artículo 1969 del Código Civil, en virtud del cual el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no exista disposición especial que establezca otra cosa, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. Consagra así el precepto la doctrina de la *actio nata* en el ordenamiento jurídico español, pero no da una respuesta definitiva a la cuestión abordada en el presente epígrafe, ya que ni en la jurisprudencia española ni en la comunitaria existe una doctrina consolidada sobre el día en el que puede ejercitarse la acción restitutoria[24].

1. Jurisprudencia comunitaria

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no fija de manera categórica el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción restitutoria, limitándose a rechazar ciertas fechas a tal efecto.

De este modo, el Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que no es compatible con el principio de efectividad consagrado en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE que el período prescriptivo de la acción de restitución se inicie con la celebración del contrato que contiene la cláusula abusiva con fundamento en la cual se han realizado los pagos cuya devolución se reclaman, habida cuenta de que dicho plazo podría haber expirado sin que el consumidor hubiera tenido siquiera conocimiento de tal abusividad.

Como exponente de esta doctrina podemos citar, a título meramente ejemplificativo, la sentencia del Tribunal europeo (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020 (caso "Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria")[25], que enjuició un asunto en el que se valoraba la abusividad de una cláusula que imponía al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca, amén de los efectos de la declaración de nulidad de tal cláusula y las facultades del juez nacional con relación a una cláusula calificada de abusiva. Según esta sentencia, la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años (*ex* artículo 1964 del Código Civil) desde la celebración del contrato, en la medida en que solo permite al consumidor solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los primeros años siguientes a la firma del contrato (con independencia de si aquel tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula), puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13/CEE reconoce al

consumidor y, por ende, vulnera el principio de efectividad, en relación con el de seguridad jurídica[26].

Por similares razones, rechaza también el Tribunal de Justicia que el plazo de prescripción de la acción de restitución dé comienzo el día en que se produjo el enriquecimiento indebido, *id est*, cuando se realizó el pago.

En este sentido se pronunció el Tribunal (Sala Novena) en la sentencia de 8 de septiembre de 2022[27], que resolvió las peticiones de decisiones prejudicial presentadas en el contexto de tres litigios sostenidos entre E.K. y S.K. contra D.B.P. (asunto C-80/21), el primero, B.S. y W.S. contra M. (asunto C-81/21), el segundo, y B.S. y L.S. contra M. (asunto C-82/21), el último. Las acciones que dieron origen a tales pleitos la ejercitaron los demandantes, en su condición de consumidores, solicitando la anulación de los contratos de crédito celebrados con las entidades bancarias demandadas, D.B.P. y M., al entender que tales contratos contenían cláusulas de conversión de divisas abusivas.

En el asunto C-82/21, el Tribunal de Distrito de Varsovia que remitió la petición de cuestión prejudicial consideró que las cláusulas del tipo de las impugnadas por los demandantes eran ilícitas, entrañando su nulidad la del contrato en su integridad. No obstante, la anulación del contrato de crédito surtiría efectos *ex tunc*, debiendo restituirse las prestaciones realizadas en el marco del mismo (artículo 405 del Código Civil polaco, en relación con el 410.1 del mismo cuerpo legal). M., por su parte, alegó la prescripción de la acción de B.S. y L.S. para reclamar la restitución de las cantidades satisfechas en virtud de la cláusula litigiosa. En este contexto, el Tribunal entendió que la pretensión de los actores se fundamentaba en un derecho patrimonial, debiendo examinar si la acción había prescrito total o parcialmente según la norma general de prescripción aplicable al caso, que señalaba un plazo de diez años para las acciones nacidas antes del 9 de julio de 2018.

Con base en el artículo 120.1 del Código Civil polaco, la jurisprudencia venía resolviendo que el plazo de prescripción de la acción de restitución comenzaría cuando se realizase la prestación indebida, con independencia del momento en el que el consumidor conociera el carácter indebido de los abonos realizados y de la fecha en la que requirió su devolución. Esta solución obligaría al Tribunal remitente a declarar prescrito el derecho de los actores a que le fueran devueltas las cuotas satisfechas más de diez años antes del 7 de agosto de 2009, fecha en la que interpusieron la acción solicitando el reintegro.

El Tribunal remitente guardaba serias dudas sobre la compatibilidad de esta solución con la Directiva 93/13/CEE y, en particular, con los principios de equivalencia y efectividad. Por lo que respecta al primero de ellos, el Tribunal lo reputaba vulnerado si el *dies a quo* del período prescriptivo de la acción de restitución se fijaba al margen del conocimiento que en tal fecha el consumidor tuviera o pudiera razonablemente tener de la abusividad de la cláusula invocada en apoyo de su pretensión restitutoria. Por su parte, la contravención del principio de equivalencia la apreciaba el Tribunal por dos razones. En primer lugar, porque, según la jurisprudencia y doctrina polacas, en caso de anulación del contrato el derecho a obtener el reembolso inmediato del importe del préstamo surte efectos cuando el prestatario acepte definitivamente los efectos de tal anulación. De esta suerte, en la práctica, la acción de la que dispone el consumidor para solicitar la restitución de prestaciones indebidamente realizadas en aplicación de una cláusula abusiva

prescribirá, total o parcialmente, antes que la acción análoga del banco. En segundo lugar, porque el cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria ejercitada por el consumidor en virtud del Derecho de la Unión se iniciaría antes que si el consumidor hubiera invocado un derecho similar con fundamento en las normas nacionales en materia de responsabilidad delictual[28].

En este contexto, el Tribunal de Distrito de Varsovia decidió suspender el procedimiento y preguntar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante cuestión prejudicial, si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva y los principios de equivalencia, efectividad y seguridad jurídica deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una exégesis judicial de disposiciones nacionales conforme a la cual la acción que interpone un consumidor para reclamar la restitución de importes pagados indebidamente por aplicación de una cláusula abusiva prescribe transcurridos diez años (plazo establecido por la legislación polaca) desde la fecha de cada uno de los cumplimientos de la prestación por el consumidor, aun cuando este desconozca el carácter abusivo de dicha cláusula.

Con cita de su sentencia de 10 de junio de 2021, el Tribunal de Justicia sostuvo que un plazo de prescripción solo puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho período empezase a correr o expirase. Sobre esta base, el Tribunal concluyó que un plazo de prescripción que se inicia desde la fecha de cada prestación realizada por el consumidor interesado, aunque no esté en condiciones de apreciar por sí mismo el carácter abusivo de la cláusula y sin que se tenga en cuenta la duración del reembolso establecida en el contrato, no garantiza a ese consumidor una tutela efectiva, haciendo excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva reconoce al consumidor y vulnerando, por consiguiente, el principio de efectividad[29].

Por último, también por vulneración del principio de efectividad rechaza el Tribunal europeo la fijación del *dies a quo* de la acción de restitución en la fecha de cumplimiento íntegro del contrato que contiene la cláusula abusiva, no pudiendo presumirse que, desde esa fecha, el consumidor tiene conocimiento de tal abusividad[30].

2. Auto del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021

Con estos antecedentes, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante auto de 22 de julio de 2021[31]. El asunto enjuiciado versaba sobre la prescripción de la acción por la que el consumidor reclamaba la devolución de los pagos indebidamente realizados en aplicación de una cláusula abusiva por imponer al prestatario el pago de todos los gastos generados por la concertación de un préstamo con garantía hipotecaria. El Alto Tribunal entendió que, habiendo descartado la jurisprudencia comunitaria como *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución las fechas de celebración o cumplimiento íntegro del contrato que contiene la cláusula abusiva y de abono de las prestaciones indebidas, solo quedan dos posibilidades, a saber, que el período prescriptivo comience el día de la sentencia que declare la nulidad de la cláusula o que el día inicial sea

aquel en el que el Tribunal Supremo haya dictado una serie de sentencias uniformes que declaren que la cláusula es abusiva y determinen las consecuencias de dicha abusividad. No obstante, señaló el Tribunal que ninguna de las soluciones propuestas está exenta de problemática.

De esta manera, si el plazo de prescripción diera comienzo el día de la sentencia que declara la nulidad por abusiva de la cláusula con fundamento en la cual el consumidor ha realizado las prestaciones indebidas se vulneraría el principio de seguridad jurídica, al convertir la acción de restitución en imprescriptible, puesto que su período prescriptivo no se iniciaría hasta que no se hubiera estimado la acción de nulidad de la cláusula, la cual es imprescriptible en el Derecho español al tratarse de una nulidad absoluta. Esta solución, además, podría comprometer gravemente el principio de seguridad jurídica, al admitir reclamaciones de prestaciones indebidas relativas a contratos consumados y extinguidos desde hace décadas.

Por su parte, la fijación del *dies a quo* de la acción restitutoria el día en el que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias uniformes que declararon que la cláusula era abusiva y determinaron las consecuencias derivadas de dicha abusividad podría contravenir el principio de efectividad, al resultar dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, pueda conocer la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal de Justicia europeo sobre la materia.

En este contexto, y teniendo en cuenta que la decisión sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria puede afectar a la interpretación de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y al respeto del principio de seguridad jurídica, y que resulta determinante para el fallo del Tribunal Supremo en el asunto enjuiciado, eleva este al Tribunal de Justicia las siguientes peticiones de decisión prejudicial:

1. ¿Es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción de restitución se computa desde que por sentencia firme se declare la nulidad de la cláusula con fundamento en la cual se han realizado los pagos cuya devolución se reclama?

2. Si dicha interpretación contraviene el principio de seguridad jurídica, ¿se opone a dichos preceptos una exégesis conforme a la cual el *dies a quo* del plazo de prescripción sería la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijan la doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula?

3. Por último, si esta interpretación se opone también a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva, ¿vulneraría los referidos preceptos una exégesis que considere que el día inicial del período prescriptivo es la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción?

Estamos aún a la espera de que el Tribunal de Justicia resuelva esta cuestión prejudicial y fije, esperemos que con carácter definitivo, la fecha de cómputo del plazo de prescripción de la acción de devolución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de una cláusula abusiva.

3. Jurisprudencia menor

Las Audiencias Provinciales no postulan una sola fecha de inicio del período prescriptivo de la acción de restitución, sino que, por el contrario, se alinean con distintas soluciones que exponemos a continuación.

3.A. Cómputo del plazo de prescripción desde la declaración de nulidad de la cláusula

En una postura sin duda mayoritaria, las Audiencias Provinciales sostienen que el período prescriptivo de la acción restitutoria debe computarse desde que se declare judicialmente la nulidad de la concreta cláusula con base en la cual el consumidor invoca su pretensión restitutoria.

Como exponente de esta doctrina podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 29 de septiembre de 2022[32], que enjuició un asunto en el que se analizaba la prescripción de la acción de devolución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de una cláusula abusiva por atribuir al consumidor el pago de todos los gastos derivados de la contratación de un préstamo hipotecario. Con relación al *dies a quo* del período prescriptivo, sostuvo la Audiencia que existían solo dos momentos en los que los prestatarios podían ejercer la acción de reembolso: desde el 23 de mayo de 2019, fecha en que se dictó la sentencia del Tribunal Supremo que declaró la abusividad de la cláusula de gastos, o desde que ha sido declarada la nulidad de la cláusula concreta en aplicación de la cual se han realizado las prestaciones indebidas por el prestatario. La Audiencia se inclinó por esta segunda opción, entendiendo que el inicio del cómputo de prescripción es la nulidad de la cláusula, puesto que, si bien en la actualidad existe un conocimiento bastante amplio de las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven cuestiones de abusividad, debido a su repercusión mediática, no podemos asumir que tales sentencias son conocidas por la población en general. Por ello, declaró la Audiencia que hasta que no se obtenga la declaración de nulidad de la cláusula de gastos no se puede reclamar la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, ya que el planteamiento interpretativo del artículo 1969 del Código Civil no es cuando se puede reclamar teóricamente el reintegro de los gastos en supuestos en los que un acto nulo ha agotado sus efectos (que podría ser cuando se abonan dichos gastos a la entidad financiera), sino cuando se pueden reclamar tales gastos para que los mismos tengan alguna posibilidad de ser resarcidos al consumidor, y esto solo puede ocurrir cuando la cláusula ha sido previamente declarada nula[33].

Esta solución conlleva el riesgo de convertir la acción restitutoria *de facto* en imprescriptible, pues su período prescriptivo no comenzaría a correr entretanto no se declarase la nulidad de la cláusula invocada por el consumidor en apoyo de su pretensión restitutoria, no estando la acción de declaración de nulidad sujeta a plazo de prescripción alguno[34]. Asimismo, para que comenzara a correr el plazo de prescripción de la acción restitutoria no siempre sería necesario el ejercicio de la acción de nulidad de la cláusula (*v. gr.*, cuando la entidad bancaria reconoce extraprocesalmente la nulidad, pero no se aviene a devolver al consumidor todo o parte de lo pagado en virtud de esa cláusula)[35].

3.B. Cómputo del plazo de prescripción desde que se consolida la doctrina del Tribunal Supremo sobre la abusividad de la cláusula

Otra corriente entre nuestras Audiencias es aquella conforme a la cual el plazo de prescripción fijado por el artículo 1964.2 del Código Civil abarca desde la convalidación de la doctrina del Tribunal Supremo que declara la nulidad de una determinada cláusula contractual hasta la formulación por el consumidor de la acción para reclamar la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de dicha cláusula. Así pues, el plazo de prescripción de la acción restitutoria vendrá marcado por la fecha en la que se pueda entender que el Alto Tribunal ha dictado resoluciones aplicando la nulidad de las cláusulas abusivas, de manera que pueda considerarse que el consumidor medio normalmente informado podía haber conocido su derecho[36].

Este es el posicionamiento adoptado por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) en su sentencia de 22 de diciembre de 2022[37], que examinó la prescripción de la acción restitutoria a la luz de la abusividad de una cláusula de gastos. Sostuvo la Audiencia que el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución viene determinado por la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015[38], primera vez en la que expresamente la jurisprudencia nacional declaró el carácter abusivo de la cláusula sobre gastos, siendo dicho pronunciamiento la base jurídica en la que se apoyaron numerosos procedimientos iniciados por prestatarios-consumidores en solicitud de declaración de nulidad de la cláusula de gastos y la restitución de los gastos indebidos[39].

Por su parte, la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª), en su sentencia de 16 de enero de 2023[40], declaró que, por razones de seguridad jurídica, se necesitan una serie de sentencias uniformes sobre la nulidad de la cláusula de gastos para que comience a correr el plazo de prescripción de la acción restitutoria. En otros términos, el inicio del cómputo de la prescripción de la acción de restitución vendrá determinado por la segunda sentencia del Tribunal Supremo sobre nulidad de la cláusula litigiosa[41]. La misma senda siguió la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) en su sentencia de 29 de septiembre de 2022[42], según la cual el *dies a quo* que fija el artículo 1964.2 del Código Civil ha de coincidir con el 23 de enero de 2019, fecha en la que el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó cinco sentencias[43] en las que declaró la abusividad de toda cláusula contractual que imputara al prestatario, de manera genérica e indiscriminada, todos los gastos derivados del otorgamiento, formalización, tramitación, inscripción y cancelación de una escritura pública de préstamo hipotecario concertado entre un profesional y un consumidor, dando un conocimiento público y general de la distribución entre prestamista y prestatario de los gastos derivados de la celebración del contrato[44]. Según la Audiencia, desde tal fecha es razonable entender que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no pueda desconocer que una cláusula del mismo tipo inserta en su contrato de préstamo hipotecario sea abusiva, adquiriendo así un conocimiento preciso del alcance y límites de su derecho de reintegro y justificando el inicio del cómputo del período prescriptivo.

De manera aún más rotunda se pronunció la misma Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) en la sentencia de 8 de octubre de 2020[45], al sostener que, desde el 23 de enero de 2019 no sería posible alegar que se ignora la abusividad de una cláu-

sula que imputa al prestatario consumidor todos los gastos de una escritura pública de préstamo hipotecario. Por tanto, a partir de tal fecha no puede desconocerse que el consumidor tiene conocimiento de que una cláusula igual inserta en su contrato de préstamo es abusiva y, por ende, desde ese momento puede ejercer la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula.

Con relación a la cláusula suelo se sigue un criterio similar, si bien la prescripción corre desde el 9 de mayo de 2013, fecha en la que el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó una sentencia[46] en la que se dio público y general conocimiento a la abusividad de la referida cláusula[47].

Esta doctrina conlleva dos problemas fundamentales. El primero lo pone de relieve la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª) de 16 de febrero de 2022[48], según la cual la jurisprudencia comunitaria no exige que el plazo de prescripción de la acción restitutoria comience a partir del momento en el que el consumidor tiene certeza, con base en un criterio jurisprudencial consolidado, de la abusividad de la cláusula, pues ello implicaría admitir que no están sujetas a plazo de prescripción alguno las acciones que versen sobre materias respecto de las cuales no existe aún pronunciamiento del Tribunal Supremo.

El segundo problema se produce al asumir que la población en general es conocedora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la abusividad de las cláusulas contractuales. Esto no siempre será así, con lo que cabe la posibilidad de que el plazo de prescripción de la acción restitutoria prescriba sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula ni, por ende, el derecho que tiene a la restitución de las cantidades abonadas en aplicación de la misma. Como consecuencia, resulta extremadamente difícil para el consumidor el ejercicio de los derechos que le reconoce la Directiva 93/13/CEE, vulnerándose así el principio de efectividad[49]. A esta crítica se opuso la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) en sentencia de 28 de septiembre de 2022[50], al defender que es el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, como personaje central del proceso por condiciones generales, el que se ve afectado por las resoluciones que determinan la nulidad de las cláusulas y su derecho al resarcimiento, lo que constituye el punto de partida decisivo en la materia. Sin embargo, aun tomando como referencia al consumidor medio, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª) de 28 de septiembre de 2022[51] rechazó la fijación del *dies a quo* en la fecha en la que el Tribunal Supremo estableció la doctrina sobre la imputación de gastos en las cláusulas nulas con la precitada sentencia de 23 de enero de 2019, dada la dificultad para el consumidor medio de acceder a dicho dato, que, además, exige una valoración jurídica[52].

3.C. Cómputo del plazo de prescripción desde el enriquecimiento injusto

Por último, se observa entre nuestras Audiencias Provinciales un tercer posicionamiento que aboga por computar el plazo de prescripción de la acción restitutoria desde el día en que se produce el enriquecimiento injusto, *id est*, desde que el consumidor abona las prestaciones indebidas en aplicación de la cláusula abusiva. En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección

15ª) en sentencia de 5 de julio de 2021[53], que tomó como *dies a quo* la fecha en la que el consumidor procedió al desembolso de las expensas abonadas en virtud de una cláusula de gastos abusiva[54].

En la misma línea, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª), en la sentencia de 28 de septiembre de 2022[55], acogió también como fecha de inicio del cómputo de la prescripción de la acción restitutoria el día en que se abonaron los gastos, al entender que, a partir de la fecha de pago de la comisión de apertura y de los gastos, o de su liquidación al cliente por la gestoría, es razonable considerar que cinco años es tiempo suficiente para que el consumidor pueda ejercitar sus derechos. En este pronunciamiento abogó la Audiencia por el criterio de la razonabilidad para valorar el conocimiento por el consumidor del carácter indebido de las prestaciones satisfechas. En otros términos, no se tuvo en cuenta si el consumidor había tenido un conocimiento efectivo de que las cantidades abonadas eran indebidas, sino si el tiempo de prescripción transcurrido era razonablemente suficiente para que el consumidor medio hubiera conocido dicha circunstancia.

La misma Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª) fue más allá aún en la sentencia de 16 de febrero de 2022[56], al declarar que el hecho de que el plazo de prescripción de la acción restitutoria comience con los distintos pagos realizados por el consumidor no hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva confiere a este, pues en la fecha en que el prestatario abonó el importe cuya restitución solicita conocía que había realizado tales pagos y desde ese momento pudo ejercitar su derecho a reclamar la restitución de lo que consideraba indebidamente repercutido. Como vemos, la Audiencia no considera razonable que el tiempo transcurrido desde los pagos es suficiente para que el consumidor haya conocido el carácter indebido de las cantidades abonadas, sino que da por hecho que este conocimiento se ha producido. Sin embargo, esto no siempre será así y, en los casos en los que el consumidor no conozca el carácter abusivo de la cláusula en virtud de la cual se han realizado los distintos pagos, la fijación del inicio del plazo de prescripción de la acción restitutoria en la fecha del enriquecimiento injusto puede hacer excesivamente difícil el ejercicio por el consumidor de los derechos que le reconoce la Directiva, habida cuenta de que dicho plazo puede iniciarse e, incluso, transcurrir íntegramente sin que el consumidor haya podido hacer efectivo su derecho a la restitución, al desconocer la abusividad de la cláusula en aplicación de la cual ha realizado los distintos pagos y, por ende, el carácter indebido de estos.

Al cómputo del plazo de prescripción desde la fecha de los pagos indebidos se opuso en varias sentencias la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), al entender que la prescripción de la acción de restitución no puede comenzar en la fecha de los distintos pagos indebidos, porque ello es tanto como convertir *de facto* la acción de nulidad en prescriptible, pues la declaración de nulidad de la cláusula carecería de utilidad alguna si la acción para hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad se somete a un plazo de prescripción cuyo *dies a quo*, a saber, la fecha de los distintos pagos, no garantiza la efectividad de la nulidad y el pleno resarcimiento del consumidor[57]. En definitiva, "sería contradictorio mantener una imprescriptibilidad de la acción de nulidad, pero sin resultado, por entender que la acción de reclamación habría prescrito antes de la declaración de nulidad, al mismo tiempo que ello supondría también hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva confiere al consumidor"[58]. Asimismo, la oposición de un pla-

zo de prescripción que se compute desde la fecha de cada prestación realizada por el deudor, aunque este no tuviera y no pudiera razonablemente tener conocimiento en tales fechas del carácter abusivo de la cláusula en virtud de la cual se realizan los pagos, no puede garantizar al consumidor una tutela efectiva[59].

VI. CONCLUSIONES

La única cuestión verdaderamente problemática que en la actualidad plantea la prescripción de la acción de restitución de las cantidades indebidamente satisfechas en aplicación de una cláusula abusiva es la relativa al dies a quo del período prescriptivo. Al respecto, no existe una doctrina pacífica en la jurisprudencia ni comunitaria ni española, lo que ha llevado al Tribunal Supremo a elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial.

A nuestro juicio, la solución más respetuosa con los derechos del consumidor es, sin duda alguna, aquella según la cual la prescripción se computa desde que se declara la nulidad de la concreta cláusula que fundamenta la pretensión restitutoria. Sin embargo, no somos ajenos al hecho de que, al ser la acción para declarar la nulidad de una cláusula contractual imprescriptible, en la práctica también lo sería la acción restitutoria, permitiéndose al consumidor reclamar las sumas pagadas en aplicación de una cláusula abusiva incluida en un contrato finalizado hace décadas, siempre que no exista una decisión judicial que declare la nulidad de la concreta cláusula en cuya aplicación se han realizado los pagos cuya restitución ahora reclama el consumidor.

Mayor reticencia nos provoca el cómputo del período prescriptivo desde que el Tribunal Supremo fija la doctrina sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula y las consecuencias de tal abusividad, pues, por mucha difusión mediática que se haya dado a ciertas sentencias, parece innegable que no todos los consumidores están al tanto de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la abusividad de la concreta cláusula con base en la cual han realizado los pagos y, por ende, del derecho que tienen a reclamar la devolución de los mismos. De hecho, resulta discutible, cuando menos, asumir que incluso un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, fuera conocedor de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la abusividad de las cláusulas contractuales. Por tanto, ya se tome como referencia a un consumidor medio o a aquel concreto que ejercita la pretensión restitutoria, esta solución no garantiza el respeto al principio de efectividad que consagra la Directiva 93/13/CEE.

Finalmente, también podría quedar vulnerado el principio de efectividad si el *dies a quo* se fija cuando se realizaron los distintos pagos, habida cuenta de que, al tratarse de una fecha objetiva que se determina independientemente del conocimiento que el consumidor tuviera o hubiera podido tener de la abusividad de la cláusula en virtud de la cual se abonaron las cantidades, es posible que el plazo de prescripción se inicie antes de que el contrato finalice y, en todo caso, antes de que el consumidor conozca el carácter indebido de los pagos, haciendo imposible, por ende, el ejercicio de su pretensión restitutoria.

Como podemos comprobar, ninguna de las posibles soluciones está exenta de problemática y las consecuencias económicas que para los consumidores puede

implicar la opción por una u otra pueden llegar a ser de gran envergadura, razones por las que urge un pronunciamiento del Tribunal europeo que, en respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, arroje luz a la cuestión y ponga fin a la evidente inseguridad jurídica que produce la disparidad de soluciones adoptadas por nuestras Audiencias.

VII. ANEXO DE BIBLIOGRAFÍA

CADENAS OSUNA, D. (2021). "La cláusula suelo a debate: análisis crítico del control de consentimiento y contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, 1978-2022.

CAÑIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 67-105.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013). La "voluntad virtual" del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 35-43.

SIGÜENZA LÓPEZ, J. (2016). La necesidad de repensar el actuar sistema de ejecución hipotecario. En: M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Ferández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (497-523).

VIII. ANEXO DE JURISPRUDENCIA

VIII.1. Pronunciamientos de las Audiencias Provinciales

- SAP de Valencia de 1 de febrero de 2018.
- SAP de Barcelona de 25 de julio de 2018.
- SAP de Barcelona de 23 de enero de 2019.
- SAP de Lugo de 2 de mayo de 2019.
- SAP de Málaga de 31 de julio de 2019.
- SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 2020.
- SAP de Badajoz de 8 de octubre de 2020.
- SAP de Barcelona de 5 de julio de 2021.
- SAP de Islas Baleares de 16 de febrero de 2022.
- SAP de Cádiz de 6 de julio de 2022.
- SAP de Cádiz de 6 de septiembre de 2022.
- SAP de Cádiz de 19 de septiembre de 2022.
- SAP de Madrid de 27 de septiembre de 2022.
- SSAP de Cádiz de 27 de septiembre de 2022.
- SAP de Ávila de 28 de septiembre de 2022.
- SAP de Badajoz de 28 de septiembre de 2022.
- SAP de Islas Baleares de 28 de septiembre de 2022.
- SAP de Lleida de 28 de septiembre de 2022.
- SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2022.

- SAP de Tarragona de 28 de septiembre de 2022.
- SAP de Badajoz de 29 de septiembre de 2022.
- SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2022.
- SAP Girona de 4 de octubre de 2022.
- SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2022.
- SAP de Lleida de 5 de octubre de 2022.
- SAP de Málaga de 28 de noviembre de 2022.
- SAP de Córdoba de 9 de diciembre de 2022.
- SAP de Cádiz de 12 de diciembre de 2022.
- SAP de Burgos de 19 de diciembre de 2022.
- SAP de Islas Baleares de 19 de diciembre de 2022.
- SAP de Alicante de 20 de diciembre de 2022.
- SAP de Badajoz de 21 de diciembre de 2022.
- SAP de Alicante de 22 de diciembre de 2022.
- SAP de Burgos de 22 de diciembre de 2022.
- SAP de León de 22 de diciembre de 2022.
- SAP de Soria de 22 de diciembre de 2022.
- SAP de Alicante de 23 de diciembre de 2022.
- SAP de Cádiz de 23 de diciembre de 2022.
- SAP de Madrid de 23 de diciembre de 2022.
- SAP de Pontevedra de 23 de diciembre de 2022.
- SSAP de A Coruña de 23 de diciembre de 2022.
- SSAP de León de 23 de diciembre de 2022.
- SAP de Valladolid de 27 de diciembre de 2022.
- SSAP de Islas Baleares de 29 de diciembre de 2022.
- SAP de Cádiz de 9 de enero de 2023.
- SAP de Islas Baleares de 9 de enero de 2023.
- SAP de Murcia de 10 de enero de 2023.
- SAP de A Coruña de 11 de enero de 2023.
- SAP de León de 11 de enero de 2023.
- SSAP de Islas Baleares de 11 de enero de 2023.
- SAP de Islas Baleares de 12 de enero de 2023.
- SAP de León de 12 de enero de 2023.
- SAP de León de 13 de enero de 2023.
- SSAP de Ourense de 13 de enero de 2023.
- SAP de Burgos de 16 de enero de 2023.
- SAP de Zamora de 16 de enero de 2023.
- SSAP de Asturias de 16 de enero de 2023.
- SAP de A Coruña de 18 de enero de 2023.
- SAP de Asturias de 18 de enero de 2023.
- SAP de Cádiz de 18 de enero de 2023.
- SAP de Valladolid de 18 de enero de 2023.
- SAP de las Islas Baleares de 18 de enero de 2023.
- SAP de Zamora de 19 de enero de 2023.
- SSAP de León de 19 de enero de 2023.
- SAP de Madrid de 25 de enero de 2023.

VIII.2. Pronunciamientos del Tribunal Supremo

- ATS de 20 de julio de 2020.
- ATS de 26 de noviembre de 2020.
- ATS de 22 de julio de 2021.
- STS de 27 de febrero de 1964.
- STS de 13 de noviembre de 1998.
- STS de 30 de diciembre de 2010.
- STS de 9 de mayo de 2013.
- STS de 29 de abril de 2015.
- STS de 23 de diciembre de 2015.
- STS de 29 de noviembre de 2017.
- SSTS de 23 de enero de 2019.

VIII.3. Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso "Aziz").
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso "Gutiérrez Naranjo").
- STJUE de 9 de julio de 2020 (caso "SC Raiffeisen Bank S.A. y J.B. contra BRD Groupe Société Générale S.A. y K.C.").
- STJUE de 16 de julio de 2020 (caso "Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria").
- STJUE de 22 de abril de 2021 (caso "Profi Credit Slovakia").
- STJUE de 10 de junio de 2021 (caso "BNP Paribas Personal Finance").
- STJUE de 8 de septiembre de 2022 (caso "E.K. y otros contra D.B.P.").

NOTAS

[1] STS de 29 de noviembre de 2017 (RJ 2017\5632). Salvo indicación expresa en contrario, todos los pronunciamientos del Tribunal Supremo citados en el presente trabajo corresponden a la Sala de lo Civil.

[2] RJ 1998\8742.

[3] *Vid.* también la STS de 29 de abril de 2015 (RJ 2015\2042).

[4] CAÑIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 70, 72 y 95; SIGÜENZA LÓPEZ, J. (2016). La necesidad de repensar el actuar sistema de ejecución hipotecario. En: M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Ferández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (511).

[5] Para un análisis en profundidad de los controles de consentimiento y contenido a los que se someten las condiciones generales de la contratación, *vid.* CADENAS OSUNA, D. (2021). "La cláusula suelo a debate: análisis crítico del control de consentimiento y contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, 1991-1999.

[6] El citado precepto transpone al Derecho español el artículo 3.1 de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (en adelante, Directiva 93/13/CEE): "Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

[7] TJCE 2013\89.

[8] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013). La "voluntad virtual" del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 38.

[9] SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016\309) y 16 de julio de 2020 (TJCE 2020\104).

[10] La acción de restitución no puede acumularse a una acción colectiva de cesación ejercitada por una asociación de consumidores contra una cláusula pretendidamente abusiva, porque, según ha señalado el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el auto de 29 de junio de 2022 (RJ 2022\4305), el control abstracto propio de la acción colectiva de cesación no tiene por objeto la determinación de las consecuencias patrimoniales concretas que la declaración de nulidad de una cláusula o del carácter abusivo de una conducta pueda tener para cada uno de los consumidores y usuarios afectados. Este segundo juicio forma parte del ámbito de la tutela de los intereses patrimoniales particulares y, como regla general, es más adecuado para las acciones individuales que puedan iniciar los consumidores, en las que, junto con la pretensión declarativa de la condición general o conducta de que se trate, se acumule la acción de restitución o indemnizatoria correspondiente.

[11] JUR 2021\205363.

[12] TJCE 2020\104.

[13] RJ 1964\1152.

[14] TJCE 2022\181.

[15] *Vid.* también las SSTJUE de 9 de julio de 2020 (TJCE 2020\170); 16 de julio de 2020 (TJCE 2020\104), y 22 de abril de 2021 (TJCE 2021\101).

[16] RJ 1964\1152.

[17] RJ 2011\1791. *Vid.* también los AATS de 20 de julio de 2020 (JUR 2022\257135) y 22 de julio de 2021 (RJ 2021\3848).

[18] Por todas, SSAP Valencia (Sección 9ª) de 1 de febrero de 2018 (JUR 2018\131835); Barcelona (Sección 15ª) de 25 de julio de 2018 (JUR 2018\258261); Barcelona (Sección 15ª) de 23 de enero de 2019 (JUR 2019\36239); Lugo (Sección 1ª) de 2 de mayo de 2019 (JUR

2019\144266); Málaga (Sección 6ª) de 31 de julio de 2019 (JUR 2020\62253); Barcelona (Sección 15ª) de 15 de septiembre de 2020 (JUR 2020\297275); Badajoz (Sección 2ª) de 8 de octubre de 2020 (JUR 2020\327927); Islas Baleares (Sección 5ª) de 16 de febrero de 2022 (AC 2022\1208); Ávila (Sección 1ª) de 28 de septiembre de 2022 (JUR 2022\345269); Badajoz (Sección 2ª) de 28 de septiembre de 2022 (JUR 2022\344343); Lleida (Sección 2ª) de 28 de septiembre de 2022 (JUR 2022\342464); Madrid (Sección 28ª) de 28 de septiembre de 2022 (JUR 2022\339458); Badajoz (Sección 2ª) de 29 de septiembre de 2022 (JUR 2022\354467); Madrid (Sección 28ª) de 29 de septiembre de 2022 (JUR 2022\339616); Girona (Sección 1ª) de 4 de octubre de 2022 (JUR 2022\342556); Barcelona (Sección 4ª) de 5 de octubre de 2022 (JUR 2022\345281); Lleida (Sección 2ª) de 5 de octubre de 2022 (JUR 2022\345454); Málaga (Sección 7ª, Melilla) de 28 de noviembre de 2022 (JUR 2023\35314); Córdoba (Sección 1ª) de 9 de diciembre de 2022 (JUR 2023\81713); Burgos (Sección 3ª) de 19 de diciembre de 2022 (JUR 2023\49724); Alicante (Sección 8ª) de 20 de diciembre de 2022 (JUR 2023\32305); Badajoz (Sección 2ª) de 21 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50510); Alicante (Sección 8ª) de 22 de diciembre de 2022 (JUR 2023\31522); Burgos (Sección 3ª) de 22 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50426); León (Sección 1ª) de 22 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50257); Alicante (Sección 8ª) de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\32015); Cádiz (Sección 5ª) de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\73466); León (Sección 1ª) de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50901 y JUR 2023\50486); Madrid (Sección 28ª) de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\32219); Pontevedra (Sección 1ª) de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\57824); Valladolid (Sección 1ª) de 27 de diciembre de 2022 (JUR 2023\59488); Islas Baleares (Sección 3ª) de 29 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50869 y JUR 2023\50338); Islas Baleares (Sección 3ª) de 9 de enero de 2023 (JUR 2023\57859); A Coruña (Sección 3ª) de 11 de enero de 2023 (JUR 2023\49262); Islas Baleares (Sección 5ª) de 11 de enero de 2023 (JUR 2023\57887 y JUR 2023\57433); León (Sección 1ª) de 11 de enero de 2023 (JUR 2023\78148); León (Sección 1ª) de 12 de enero de 2023 (JUR 2023\79293); León (Sección 1ª) de 13 de enero de 2023 (JUR 2023\79204); Ourense (Sección 1ª) de 13 de enero de 2023 (JUR 2023\79099 y JUR 2023\78912); Asturias (Sección 6ª) de 16 de enero de 2023 (JUR 2023\79806 y JUR 2023\78977); Burgos (Sección 3ª) de 16 de enero de 2023 (JUR 2023\83656); A Coruña (Sección 3ª) de 18 de enero de 2023 (JUR 2023\80643); Asturias (Sección 1ª) de 18 de enero de 2023 (JUR 2023\78850); Islas Baleares (Sección 5ª) de 18 de enero de 2023 (JUR 2023\78866); Valladolid (Sección 3ª) de 18 de enero de 2023 (JUR 2023\88728); León (Sección 1ª) de 19 de enero de 2023 (JUR 2023\79209, JUR 2023\78935, JUR 2023\78852, JUR 2023\78567 y JUR 2023\78496); Zamora (Sección 1ª) de 19 de enero de 2023 (JUR 2023\78695), y Madrid (Sección 20ª) de 25 de enero de 2023 (JUR 2023\91061).

[19] AC 2021\1724.

[20] Por todas, SSTJUE de 22 de abril de 2021 (TJCE 2021\101) y 8 de septiembre de 2022 (TJCE 2022\181).

[21] Por todas, SSAP Valencia (Sección 9ª) de 1 de febrero de 2018 (JUR 2018\131835); Barcelona (Sección 15ª) de 23 de enero de 2019 (JUR 2019\36239); Lugo (Sección 1ª) de 2 de mayo de 2019 (JUR 2019\144266); Málaga (Sección 6ª) de 31 de julio de 2019 (JUR 2020\62253); Islas Baleares (Sección 5ª) de 16 de febrero de 2022 (AC 2022\1208); Ávila (Sección 1ª) de 28 de septiembre de 2022 (JUR 2022\345269); Badajoz (Sección 2ª) de 28 de septiembre de 2022 (JUR 2022\344343); Badajoz (Sección 2ª) de 29 de septiembre de 2022 (JUR 2022\354467); Madrid (Sección 28ª) de 29 de septiembre de 2022 (JUR 2022\339616); Málaga (Sección 7ª, Melilla) de 28 de noviembre de 2022 (JUR 2023\35314); Córdoba (Sección 1ª) de 9 de diciembre de 2022 (JUR 2023\81713); Burgos (Sección 3ª) de 19 de diciembre de 2022 (JUR 2023\49724); Alicante (Sección 8ª) de 20 de diciembre de 2022 (JUR 2023\32305); Badajoz (Sección 2ª) de 21 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50510); Alicante (Sección 8ª) de 22 de diciembre de 2022 (JUR 2023\31522); Burgos (Sección 3ª) de 22 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50426); León (Sección 1ª) de 22 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50257); Cádiz (Sección 5ª) de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\73466); León (Sección 1ª) de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50901 y JUR 2023\50486); Pontevedra (Sección 1ª) de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\57824); Valladolid (Sección 1ª) de 27 de diciembre de 2022

(JUR 2023\59488); Islas Baleares (Sección 3ª) de 29 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50869); Islas Baleares (Sección 3ª) de 9 de enero de 2023 (JUR 2023\57859); A Coruña (Sección 3ª) de 11 de enero de 2023 (JUR 2023\49262); Islas Baleares (Sección 5ª) de 11 de enero de 2023 (JUR 2023\57887 y JUR 2023\57433); León (Sección 1ª) de 11 de enero de 2023 (JUR 2023\78148); León (Sección 1ª) de 12 de enero de 2023 (JUR 2023\79293); León (Sección 1ª) de 13 de enero de 2023 (JUR 2023\79204); Ourense (Sección 1ª) de 13 de enero de 2023 (JUR 2023\79099 y JUR 2023\78912); Asturias (Sección 6ª) de 16 de enero de 2023 (JUR 2023\79806 y JUR 2023\78977); Burgos (Sección 3ª) de 16 de enero de 2023 (JUR 2023\83656); A Coruña (Sección 3ª) de 18 de enero de 2023 (JUR 2023\80643); Asturias (Sección 1ª) de 18 de enero de 2023 (JUR 2023\78850); Islas Baleares (Sección 5ª) de 18 de enero de 2023 (JUR 2023\78866); Valladolid (Sección 3ª) de 18 de enero de 2023 (JUR 2023\88728); León (Sección 1ª) de 19 de enero de 2023 (JUR 2023\79209, JUR 2023\78935, JUR 2023\78852, JUR 2023\78567 y JUR 2023\78496); Zamora (Sección 1ª) de 19 de enero de 2023 (JUR 2023\78695), y Madrid (Sección 20ª) de 25 de enero de 2023 (JUR 2023\91061).

[22] En el Derecho catalán, se aplicaría a la acción de restitución el plazo general de prescripción de diez años previsto en el artículo 121-20 CCCat.

[23] SAP Islas Baleares (Sección 5ª) de 28 de septiembre de 2022 (JUR 2022\344779).

[24] En Derecho catalán, la doctrina de la *actio nata* la recoge el artículo 121-23.1 CCCat: "El plazo de prescripción se inicia cuando, nacido y ejercitable la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercitarse". Este precepto no resulta aplicable para determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de devolución de cantidades abonadas en aplicación de una cláusula abusiva, pues, como señaló el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en auto de 26 de noviembre de 2020 (JUR 2020\350252): 1) es el Estado el que tiene competencia exclusiva para legislar en materia de condiciones generales de la contratación, y 2) según la jurisprudencia europea, deben ser los tribunales nacionales quienes establezcan los plazos razonables de ejercicio de las acciones restitutorias (duración y *dies a quo*), lo que excede del ámbito autonómico y dota de sentido a la previsión sobre la función unificadora del Tribunal Supremo contenida en el artículo 123.1 de la Constitución Española. En definitiva, las consecuencias de la nulidad de una cláusula abusiva y la duración y el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción restitutoria se rigen por la normativa estatal, y no por la autonómica.

[25] TJCE 2020\104.

[26] En la misma línea se pronunció la STJUE (Sala Primera) de 10 de junio de 2021 (JUR 2021\205363), que se opuso a que el plazo de prescripción de la acción restitutoria comenzara en la fecha de aceptación de la oferta del préstamo hipotecario, porque no garantizaba el derecho del consumidor a una protección efectiva, pues el plazo podía iniciarse y transcurrir íntegramente sin que el consumidor conociera siquiera el carácter abusivo de la cláusula en cuya virtud se solicitaba la devolución. Esto generaría un riesgo no desdeñable de que el consumidor no estuviera en condiciones de invocar, durante el plazo de prescripción, los derechos que le confiere la Directiva 93/13/CEE. En definitiva, un plazo de prescripción solo puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que tal período comenzase a correr o de que expirase.

[27] TJCE 2022\181.

[28] Según el artículo 4421.1 del Código Civil polaco, el plazo de prescripción se iniciará solo cuando la persona perjudicada tenga conocimiento del daño y de la identidad de la persona obligada a repararlo.

[29] *Vid.* también la STJUE (Sala Primera) de 22 de abril de 2021 (TJCE 2021\101).

[30] STJUE de 9 de julio de 2020 (TJCE 2020\170).

[31] RJ 2021\3848.

[32] JUR 2022\339616.

[33] *Vid.* también las SSAP Málaga (Sección 6ª) de 31 de julio de 2019 (JUR 2020\62253); Madrid (Sección 28ª) de 27 de septiembre de 2022 (JUR 2022\339248); Madrid (Sección 28ª)

de 28 de septiembre de 2022 (JUR 2022\339458); Barcelona (Sección 4ª) de 5 de octubre de 2022 (JUR 2022\345281); Soria (Sección 1ª) de 22 de diciembre de 2022 (JUR 2023\60824); Cádiz (Sección 5ª) de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\73466); Madrid (Sección 28ª) de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\32219); Valladolid (Sección 1ª) de 27 de diciembre de 2022 (JUR 2023\59488); Murcia (Sección 5ª) de 10 de enero de 2023 (JUR 2023\78791); Zamora (Sección 1ª) de 16 de enero de 2023 (JUR 2023\78718); Zamora (Sección 1ª) de 19 de enero de 2023 (JUR 2023\78695), y Madrid (Sección 20ª) de 25 de enero de 2023 (JUR 2023\91061).

[34] Por todas, SSAP Valencia (Sección 9ª) de 1 de febrero de 2018 (JUR 2018\131835); Islas Baleares (Sección 5ª) de 28 de septiembre de 2022 (JUR 2022\344779); Islas Baleares (Sección 5ª) de 19 de diciembre de 2022 (JUR 2023\58347); Islas Baleares (Sección 3ª) de 29 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50869 y JUR 2023\50338), e Islas Baleares (Sección 5ª) de 12 de enero de 2023 (JUR 2023\79410).

[35] SAP Valencia (Sección 9ª) de 1 de febrero de 2018 (JUR 2018\131835).

[36] SAP A Coruña (Sección 3ª) de 18 de enero de 2023 (JUR 2023\80643).

[37] JUR 2023\31522.

[38] RJ 2015\5714.

[39] En igual sentido, SSAP Alicante (Sección 8ª) de 20 de diciembre de 2022 (JUR 2023\32305) y 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\32015).

[40] JUR 2023\78787.

[41] *Vid.* también las SSAP Asturias (Sección 6ª) de 16 de enero de 2023 (JUR 2023\79806 y JUR 2023\78977).

[42] JUR 2022\354467.

[43] RJ 2019\93; RJ 2019\92; RJ 2019\91; RJ 2019\90, y RJ 2019\114.

[44] *Vid.* también las SSAP Lugo (Sección 1ª) de 2 de mayo de 2019 (JUR 2019\144266) y Badajoz (Sección 2ª) de 21 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50510).

[45] JUR 2020\327927.

[46] RJ 2013\3088.

[47] SAP Badajoz (Sección 2ª) de 28 de septiembre de 2022 (JUR 2022\344343).

[48] AC 2022\1208.

[49] Por todas, SSAP Valencia (Sección 9ª) de 1 de febrero de 2018 (JUR 2018\131835) y Madrid (Sección 28ª) de 29 de septiembre de 2022 (JUR 2022\339616). Según este último pronunciamiento: "no podemos dar por sentado que la población en general conoce tales sentencias del Tribunal Supremo por lo que hay que entender que hasta que no se ha obtenido la declaración de nulidad los prestatarios no podían reclamar la devolución de las cantidades abonadas por gastos , dado que el planteamiento interpretativo del artículo 1969 del Código Civil no es cuando se puede reclamar teóricamente el reintegro de los gastos en supuestos en los que un acto nulo ha agotado sus efectos que podría ser cuando se abonan dichos gastos a la entidad financiera sino cuando se pueden reclamar dichos gastos para que los mismos tengan alguna posibilidad de ser resarcidos al consumidor y esto solo puede darse cuando se ha obtenido previamente la nulidad de la cláusula, por lo que procede desestimar este motivo de recurso".

[50] JUR 2022\342305.

[51] JUR 2022\344779.

[52] *Vid.* también la SAP Islas Baleares (Sección 5ª) de 12 de enero de 2023 (JUR 2023\79410).

[53] AC 2021\1724.

[54] *Vid.* también las SSAP Valencia (Sección 9ª) de 1 de febrero de 2018 (JUR 2018\131835); Barcelona (Sección 15ª) de 25 de julio de 2018 (JUR 2018\258261); Islas Baleares (Sección 5ª) de 19 de diciembre de 2022 (JUR 2023\58347); Islas Baleares (Sección 3ª) de 29 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50869 y JUR 2023\50338); Islas Baleares (Sección 5ª) de 11 de enero de 2023 (JUR 2023\57887); Islas Baleares (Sección 5ª) de 12 de enero de 2023 (JUR 2023\79410); Islas Baleares (Sección 5ª) de 18 de enero de 2023 (JUR 2023\78866), y Barcelona (Sección 15ª) de 23 de enero de 2019 (JUR 2019\36239).

[55] JUR 2022\344779.

[56] AC 2022\1208.

[57] SAP Cádiz (Sección 5ª) de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\73466).

[58] SSAP Cádiz (Sección 5ª) de 6 de julio de 2022 (JUR 2022\336706); 6 de septiembre de 2022 (JUR 2022\350183); 19 de septiembre de 2022 (JUR 2022\350233); 27 de septiembre de 2022 (JUR 2022\350439 y JUR 2022\349781); 12 de diciembre de 2022 (JUR 2023\64049); 9 de enero de 2023 (JUR 2023\62053), y 18 de enero de 2023 (JUR 2023\62046). *Vid.* también la SAP Málaga (Sección 6ª) de 31 de julio de 2019 (JUR 2020\62253).

[59] SSAP A Coruña (Sección 4ª) de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\50376 y JUR 2023\50243) y Cádiz (Sección 5ª) de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023\73466).

1.6. Responsabilidad civil

Visión jurisprudencial de las características de la responsabilidad civil del notario

Jurisprudential vision of the characteristics of the civil liability of the notary public

por

ALVARO MARCO DE LA HOZ
Prof. Dr. en Derecho Civil de la URJC
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Campus de Madrid (Vicálvaro)

RESUMEN: La institución notarial es un instrumento que el Estado dispone para garantizar la seguridad jurídica preventiva, mediante la atribución a la función notarial de unos efectos legales superiores. Sin embargo, la función notarial es una realidad compleja y, en caso de funcionamiento anómalo por una mala praxis con resultado de un daño, la responsabilidad exigible al notario es también compleja. El ordenamiento jurídico ha dispuesto varios mecanismos para reparar el daño causado, siendo el de la responsabilidad civil vía jurisdiccional el más utilizado y difícil de perfilar. Este trabajo delimita sus características más esenciales desde una visión de su tratamiento por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y su confrontación con la doctrina científica.

ABSTRACT. The Notary institution is a legal tool provided by the State to guarantee preventive legal certainty by giving the notarial function stronger legal effect. However, the notarial function is a complex reality and, in the event of malfunctioning due to malpractice resulting in damage, the liability of the notary is also complex. The legal system has provided various mechanisms for repairing the damage caused, with civil liability jurisdictional route being the most used and difficult to define. This work delimits its most essential characteristics from the point of view of its treatment by the case law of the Spanish Supreme Court and its confrontation with scientific doctrine.

PALABRAS CLAVE*:* seguridad jurídica preventiva, función notarial, responsabilidad notarial, reparación de daños.

KEYWORDS: preventive legal certainty, notarial function, notarial liability, compensation for damage.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO. 1. Ausencia de una regulación específica y sistemática de la responsabilidad civil del notario. 2. Complejidad de la configuración y delimitación de la responsabilidad civil del notario. 3. Primacía de la condición de profesional del Derecho sobre la funcionarial en la construcción de la responsabilidad civil del notario. 4. Categorización de la responsabilidad civil del notario como responsabilidad subjetiva. 5. Concurrencia en la actuación notarial de los modelos de responsabilidad contractual y extracontractual. 6. Tendencia a una continua evolución expansiva de la responsabilidad civil del notario.—III. MECANISMOS DE REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL NOTARIO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La institución notarial es uno de los mecanismos que nuestro ordenamiento jurídico ha puesto a disposición de los ciudadanos para garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre particulares, en la titularidad de sus derechos subjetivos y en el tráfico jurídico en general[1]. Con la intervención notarial se asegura la validez, eficacia y prueba de los actos y contratos de naturaleza privada, y, se consiguen simultáneamente dos finalidades esenciales para el Derecho: por un lado, se evitan o disminuyen los riesgos y las incertidumbres jurídicas que puedan surgir de posibles conflictos o litigios entre las partes intervinientes en un acto o acuerdo[2]; y, por otra parte, se consigue la necesaria certeza, confianza y estabilidad en las situaciones jurídicas, no sólo para los directamente implicados en ellas, sino también para aquellos que en el futuro puedan tener una relación o interés en ellas[3].

En este sentido, debe recordarse que, cuando el artículo 9,3º de nuestra Constitución de 1978 declara que: "*La Constitución garantiza…, la seguridad jurídica*", no sólo contempla la seguridad jurídica en su vertiente pública u objetiva (*legal security*)[4], sino que también se refiere a la dimensión privada o subjetiva de la seguridad jurídica (*certany of law*). Ésta última, en esencia, alude a dos ideas básicas: primera, el que todo ciudadano pueda prever las consecuencias jurídicas de sus actos y hechos realizados al amparo de su libertad contractual o de actuación ("*saber a qué atenerse*"), para lo cual debe conocer, previamente y con claridad, lo que está mandado, lo que está permitido o lo que está vedado por la ley en sus relaciones jurídico privadas; y segunda, como mecanismo corrector de la anterior idea, el que exista una serie de instrumentos de control de la aplicación de esa libre autorregulación de los intereses particulares en las relaciones jurídico privadas[5].

Pues bien, es en la vertiente privada de la seguridad jurídica donde cobra especial relevancia la actuación reglada del notario, a través del ejercicio de dos de sus principales funciones públicas que tiene encomendadas[6]; a saber, la dación de fe pública (o autenticación)[7] y el juicio de legalidad o control de legalidad.

Desde un punto de vista objetivo, la dación de fe del notario atribuye al documento público autorizado o intervenido por él una eficacia jurídica que no tienen los demás documentos jurídicos que coexisten en la esfera extrajudicial; y que se traduce, dependiendo de la clase de documento notarial, en una eficacia sustantiva, ejecutiva, probatoria, traditoria, etc.; todo lo cual produce una presunción de veracidad e integridad, frente a lo que puedan afirmar en su contra los particulares; dando con ello certeza, estabilidad y autenticidad a las relaciones jurídicas privadas. En nuestro ordenamiento jurídico, los preceptos neurálgicos que recogen la eficacia genérica y alcance de la fe pública notarial son los artículos 1218 del Cc, 319 de la LEC y 17 bis, 2º, 2, b) de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (en adelante, LN)[8]. Este último declara que: "*Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes*". Es decir, respecto de las partes y los terceros, el documento notarial declara y contiene la realidad jurídica de lo que documenta, supone una garantía de cumplimiento de lo que en él se pacta o se contiene, y produce todos sus efectos mientras no se desvirtúen por la oportuna resolución judicial.

Junto a la función pública de dación de fe, otra de las funciones que tiene encomendada el notario con incidencia en la seguridad jurídica privada es el juicio o control de legalidad de la actuación de los particulares, como una manifestación de la sumisión del notario al principio general de legalidad[9]. Por medio de esta función, el notario asegura que las relaciones jurídicas privadas creadas al amparo de la autonomía de la voluntad de los particulares son válidas al ajustarse, cumplir y aplicar el derecho (garantía del cumplimiento de la ley); de modo que sólo accedan al tráfico jurídico aquellas actuaciones privadas con trascendencia jurídica que cumplan los requisitos legales[10]. Si en su intervención el notario detecta que el acto o negocio es ilegal o no cumple los requisitos legales, deberá ofrecer a los particulares fórmulas alternativas para la consecución de sus propósitos dentro de la ley o exigir que se cumplan los presupuestos legales[11], y si, a pesar de ello, persisten en la ilegalidad, deberá denegar su actuación, aunque se impone al notario, con carácter general, el deber legal de actuar cuando es requerido en su oficio (artículo 2 de la LN)[12].

Conforme a la descripción que se ha hecho de las dos principales funciones públicas que tiene asignadas el notario, se descubre su razón de ser y el valor al que sirve, que no es otro que el de la seguridad jurídica en la esfera privada[13]; y, dentro de ésta, el de la seguridad jurídica preventiva[14], del que resulta ser uno de sus garantes, y lo que justifica que se atribuya a sus actos y documentos por él redactados unos efectos legales superiores a la de otros operadores jurídicos que actúan en la esfera extrajudicial. De ahí, que el Instituto de Estudios Económicos de Madrid, en su informe intitulado: "*Fe pública y vida económica*", elaborado por PAZ-ARES, C. *et. al.* (1997), se sostenga que: "*…en los países herederos de la tradición jurídica romano-germánica (es decir, la práctica totalidad de los países europeos y latinoamericanos, entre ellos España) una de las metas principales del sistema jurídico es justamente prevenir y evitar posibles conflictos o litigios entre las partes intervinientes en un acuerdo o transacción. Para ello el Estado encomienda en exclusiva a funcionarios especializados el ejercicio de la fe pública: la intervención de los funcionarios públicos en las transacciones entre particulares dota a éstas de*

autenticidad. Se genera así un sistema de seguridad jurídica preventiva: se trata, en efecto, y desde el primer momento en que los particulares concluyen su acuerdo de evitar posibles defectos de legalidad y/o información, posibles errores o malentendidos interpretativos, tanto de forma como de fondo, que pudieran derivar en su momento en ineficacia o ilegalidad de lo acordado, cuando no en conflicto o litigio. Si, pese a todo, la relación se torna conflictiva, la existencia del documento público contribuye a facilitar y agilizar la resolución judicial del caso".

Siendo lo hasta aquí expuesto la esencia y fundamento de la institución notarial, cabe afirmar que, en la medida que el notario desempeñe su labor de forma correcta y cumpla debidamente su función y sus objetivos, estará contribuyendo y colaborando al correcto funcionamiento del Estado de Derecho y de las instituciones jurídicas implicadas, a la seguridad del tráfico jurídico y económico, así como a la evitación o disminución de conflictos o litigios. Por eso, el Estado, preocupado en consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley y en promover las condiciones que hagan efectivo el principio constitucional de seguridad jurídica, se ocupa de regular con detalle la institución notarial, cuya reglamentación general está sustraída a la competencia de las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, uno de los problemas que plantea la institución notarial es cuando en la tarea o labor del notario se producen disfunciones o anomalías en su funcionamiento por una mala praxis, consecuencia de lo cual se ocasionan perjuicios, no sólo para las partes otorgantes del instrumento público, sino también respecto de terceros que no intervinieron en el documento notarial. Piénsese, por ejemplo, en una errónea identificación de los comparecientes, con la consiguiente suplantación de personalidad del titular del derecho objeto del negocio; en la ausencia del deber de asesoramiento previo; en el incumplimiento del deber de solicitar información al registro de la propiedad; en defectos en el poder de representación por caducidad, agotamiento o insuficiencia; en la falta de solicitud de la concesión de la previa licencia de parcelación en una compraventa; o en la autorización del traspaso de un local antes del transcurso de plazo legal del tanteo.

En estos casos de negligencia, el ordenamiento jurídico debe proporcionar inmediatamente los instrumentos necesarios para, por una parte, evitar en el futuro la repetición de esas actuaciones notariales defectuosas o incorrectas, mediante la exigencia de responsabilidades disciplinarias o criminales, que culminen en una sanción administrativa[15], o, en su caso, penal[16]; y, por otra parte, dotar a los perjudicados por una mala praxis notarial de los medios necesarios que faciliten una debida reparación de los daños sufridos, lo que, normalmente, se verifica a través de la arraigada institución de la responsabilidad civil vía jurisdiccional, cuyas características generales son el objeto principal de estudio en este trabajo; sin perjuicio de la existencia de otros instrumentos jurídicos alternativos dirigidos a alcanzar idéntico fin, que no son muy conocidos, y que se examinan al final de este estudio.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO

Como se ha expuesto, el presente trabajo se centra en la reclamación de la responsabilidad civil del notario ante los tribunales de la jurisdicción civil, mediante

un análisis de la jurisprudencia más significativa emanada del Tribunal Supremo. Un examen de la doctrina de este Alto Tribunal sobre la responsabilidad civil del notario muestra que está condicionada, no sólo por los planteamientos y líneas de defensa jurídica que arbitran las partes litigantes ante los tribunales ordinarios, y que limitan enormemente el marco dentro del cual pueden pronunciarse los ulteriores tribunales, sino también por las características propias que delimitan y configuran la responsabilidad civil del notario, y que lo separan de la responsabilidad civil de otros profesionales del Derecho.

Procede, en consecuencia, examinar las características más importantes de la responsabilidad civil del notario que se infieren de un examen del contenido de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo.

1. Ausencia de una regulación específica y sistemática de la responsabilidad civil del notario.

A diferencia de la situación normativa de los registradores de la propiedad, que disponen de una regulación específica y sistemática de la responsabilidad civil, contenida fundamentalmente en los artículos 296 a 312 de la LH[17]; los notarios carecen de esa regulación, fuera de la existencia de algunas normas propias y aisladas, que, además, se localizan en cuerpos normativos diferentes.

La STS de 18 de diciembre de 2019 (ROJ 4136/2019) sólo cita como disposiciones normativas propias que disciplinan la responsabilidad civil de los notarios los artículos 705 y 715 del Cc; 22 de la LH; 23 de la LN y 146 del RN (FJ 3º). Sin embargo, la normativa específica que tiene relación con la responsabilidad civil del notario es mucho más amplia de la que se suele citar, y está constituida, en esencia, por la siguiente:

— En el RN: a) el artículo 146 del RN, que prescribe la responsabilidad civil del notario respecto de los daños y perjuicios ocasionados por dolo, culpa o ignorancia inexcusable[18]; b) los artículos 24 y 25, que imponen al notario la obligación de tener un seguro de responsabilidad civil con el fin de cubrir las responsabilidades en que pueda incurrir en el desempeño de su cargo; c) los artículos 26 a 34, que regulan la prestación de fianza que ha de constituir el notario para tomar posesión y su destino; d) el artículo 224,4º, apartado 6, que establece la responsabilidad del notario en la coincidencia de la copia autorizada electrónica con el original matriz y con su traslado a papel; e) el artículo 249,2º, apartado 3, que impone al notario la responsabilidad de los daños y perjuicios que cause por el retraso en la expedición de copias electrónica y su presentación en los registros de la propiedad y mercantil, excepto en los supuestos de imposibilidad técnica; y f) el artículo 194,2º, que dispone la exclusión de la responsabilidad del notario cuando se consiga en el documento las advertencias que deban detallarse por su importancia o requieran una contestación de uno de los comparecientes.

— En la LN: a) el artículo 14, que impone al notario el deber de constituir una fianza en garantía del ejercicio de su cargo; y b) el artículo 23, sobre la responsabilidad civil del notario por errónea identificación de los comparecientes.

— En el Cc: los artículos 705 y 715, que, respectivamente, hacen responsables a los notarios de la nulidad del testamento abierto y cerrado que procediese por

no haberse observado las solemnidades establecidas para ellos al haber incurrido en malicia, negligencia o ignorancia inexcusable.

— En la LH: el artículo 22, que establece, como se ha visto, la responsabilidad del notario por aquellas omisiones que impidan la inscripción de un documento en el registro de la propiedad.

A pesar de estos preceptos que se refieren específicamente a la responsabilidad civil del notario, la doctrina suele insistir en la existencia de una insuficiencia normativa en esta materia[19]; lo que motiva, por un lado, la imposibilidad de elaborar una teoría de la responsabilidad civil del notario sobre la base de los pocos preceptos existentes[20]; y, por otra parte, la necesidad de colmar esa escasez de normas acudiendo a los normas y criterios generales de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual; lo que le separa de la responsabilidad civil de otros profesionales del Derecho, que disponen de sus propios mecanismos de responsabilidad (ej.: abogados o letrados de las distintas Administraciones Públicas).

Esta característica de la responsabilidad civil del notario la pone también de manifiesto las SSTS de 18 de diciembre de 2019 (ROJ 4124/2019 y 4136/2019), cuando declaran: *"No contamos en nuestro derecho con unas concretas disposiciones legales, que regulen la responsabilidad civil de los notarios como profesionales del derecho y titulares de funciones públicas. Sí existen manifestaciones normativas en diferentes textos legales que se refieren a determinados supuestos, fuente de dicha responsabilidad… Esta ausencia de un régimen específico, que regule de forma general la responsabilidad de los notarios, determina que sean de aplicación las reglas generales de la responsabilidad contractual (art. 1101 CC) y extracontractual (arts. 1902 y 1903 del CC)."* (FFJJ ·º). En idéntico sentido, la STS de 19 de diciembre de 2018 (ROJ 4254/2018), cuando señala que: *"…, debemos partir del marco jurídico aplicable a la responsabilidad del notario. Junto a algunas disposiciones puntuales dispersas, en particular en la legislación notarial, la norma básica está contenida en el art. 146 del Reglamento notarial,… En consecuencia, la responsabilidad civil del notario debe fundarse en las reglas generales de responsabilidad civil, atendiendo a la naturaleza y contenido de la función que tiene encomendada el notario."* (FJ 4º, punto 2)[21]. De todas formas, la obligada remisión a los preceptos y reglas generales de la responsabilidad civil ha de hacerse con cautela y no de forma automática, pues, en muchos casos, deberá ser matizada y adaptada a la naturaleza y contenido de la función que tiene encomendado el notario.

2. Complejidad de la configuración y delimitación de la responsabilidad civil del notario.

Otra de las características de la responsabilidad del notario que se infiere del análisis de las sentencias del Tribunal Supremo es la complejidad de la configuración y delimitación de la responsabilidad civil del notario, debido, fundamentalmente, a la compleja naturaleza de la función notarial, que se caracteriza en que el notario ostenta, en su actuación, la doble condición legal de funcionario público y profesional del Derecho[22].

Aunque el artículo 1 de la LN sólo califica al notario como *"funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes de los contratos y demás actos*

extrajudiciales", y omite toda referencia a la función o consideración del notario como profesional[23]; lo cierto es que de la lectura de otros preceptos de la LN (*v.gr.*: artículos 13,2º y 17,1º) y del RN (*v.gr.*: artículos 1,2º y 147,1º), se descubre que el notario, además de funcionario público, es un profesional del Derecho[24]. Así, como funcionario público realiza la prestación del servicio público de fe pública, por delegación del Estado[25]; ,y como profesional del Derecho, el notario lleva a cabo varias tareas, unas previas y vinculadas con el documento público que autoriza (indagación, interpretación y adecuación de la voluntad de las partes al negocio jurídico, consejo y asistencia al contratante débil, así como informar de la trascendencia y efectos de los actos y contratos que pretenden documentar, de los requisitos internos y externos para la validez y eficacia del negocio jurídico); y otras desvinculadas de todo documento o que son consecuencia del documento público autorizado (redacción de estatutos sociales o cuadernos particionales, depósitos de numerario, emisión de dictámenes, asesoramiento legal independiente o autónomo del documento, gestión ulterior del documento, etc.)[26].

Este reconocimiento y atribución al notario de la doble condición de funcionario público y profesional del Derecho es constante por parte de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Así, la STS de 19 de diciembre de 2018 (4254/2018) señala: "*El que la prestación del ministerio notarial tenga carácter obligatorio (art. 2 de la Ley del notariado y art. 3 del Reglamento notarial) es compatible con que los notarios sean a la vez funcionarios públicos y profesionales del derecho (art. 1 del Reglamento notarial), por lo que existe una peculiar relación profesional con las personas que solicitan su intervención*" (FJ 4º,1). También la STS de 9 de marzo de 2012 (ROJ 2849/2012) sostiene: "*Los notarios son profesionales a quienes compete el ejercicio privado de funciones públicas, según el artículo 1 LN. Su actuación presenta así una doble vertiente, funcionarial y profesional (artículo 1 II RN). Son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho. La naturaleza pública de sus funciones se manifiesta de manera plena en el ejercicio de la fe pública notarial en la esfera de los hechos y en la esfera del Derecho, mediante la extensión o autorización de instrumentos públicos*" (FJ 5º). Asimismo, la STS de 28 de noviembre de 2007 (ROJ 7948/2007) mantiene: "*Los notarios son profesionales a quienes compete el ejercicio privado de funciones públicas (art. 1 de la Ley del Notariado [LN]). Su actuación presenta así una doble vertiente, funcionarial y profesional (art. 1 II del Reglamento de la Ley del Notariado [RN]: «son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho»).*" (FJ 3º)[27].

Por su parte, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, también recoge de manera reiterada el doble carácter del notario de profesional y funcionario. En su Sentencia de 23 de enero de 1990 (361/1990), declara, haciendo suyos los razonamientos de la Sala de instancia: "*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,… "* (AH 5º). Más explícita, es la STS de 26 de enero de 1996 (7713/1996), al señalar: "*Junto a la función pública -dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales-, que puede explicar la condición de funcionario público, el Notario desarrolla una función profesional, de la que son exponente los arts. 13 y 17 de la Ley, el primero, en cuanto preceptúa que "los Notarios pagarán por ejercer su cargo el impuesto a que están sujetas las demás profesiones análogas"*

y, el segundo, al disponer que "el Notario redactará escrituras matrices..." (FJ 3º). En la misma línea, se expresa la STS de 20 de mayo de 2008 (ROJ 2176/2008), cuando a la hora de juzgar la legalidad del artículo 1 del RN, en su redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, aclara que: *"Por lo que se refiere a la impugnación, el precepto no modifica el estatuto del Notario, cuya doble condición de funcionario público y profesional del Derecho ya se proclama en el Reglamento de 1935 y en el posterior de 1944 y se viene reconociendo por la jurisprudencia…"* (FJ 4º)[28].

Pues bien, esta naturaleza dual del notario, que representa una posición intermedia sobre la naturaleza y carácter de la figura del notario[29], plantea una primera dificultad: si la responsabilidad civil del notario es también dual; en el sentido que si actúa como funcionario (ej.: asesoramiento y autorización de una escritura pública) debe aplicarse le regulación de la responsabilidad civil de los funcionarios, y si actúa como profesional del Derecho (ej.: tramitación posterior de la escritura pública autorizada) entonces debe acudirse a la regulación de la responsabilidad civil de los profesionales juristas. Frente a este planteamiento, se alza la posición contraria de entender que la responsabilidad notarial no puede ser dual o bifronte, sino que debe optarse por aplicar con preferencia uno de los regímenes de responsabilidad civil aludidos, cualquiera que sea el contenido de la actuación notarial que se lleve a cabo. Existe también, por último, otro posible enfoque al problema aludido, híbrido o mixto, consistente en aplicar un único régimen de responsabilidad civil, pero con algunas manifestaciones del otro módulo de responsabilidad (solución mixta o híbrida). Aunque sea adelantar lo que se expone más tarde con detalle, es este último planteamiento el que, a nuestro juicio, sigue decididamente nuestra doctrina y jurisprudencia.

Piénsese que el primer planteamiento (responsabilidad civil notarial dual) es rechazable desde el mismo momento en que la doctrina y la jurisprudencia tiene acogida la tesis de la inescindibilidad de las funciones públicas y actuaciones privadas del notario; y, por tanto, no es posible la separación de actuaciones y de responsabilidades[30]. Esta tesis doctrinal ha sido aceptada por la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal. Así, la STS de 23 de enero de 1990, Sala Tercera (ROJ 361/1990), al acoger los fundamentos de la sentencia recurrida, sostiene: *"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* (AH 3º). En el mismo sentido, se expresa la STS de 20 de mayo de 2008, de la misma Sala (FJ 4º). Asimismo, la STS de 10 de junio de 2003, Sala Tercera, (4007/2003) apunta la inescindibilidad de ambas funciones cuando declara: *"Junto a lo expuesto, ya esta Sala y Sección en sentencia de veintidós de enero dos mil uno, afirmó que: «El notario no es un simple profesional del derecho. Es también una persona que ejerce funciones públicas, lo cual no quiere decir, ni dice, que el notario ejerza dos profesiones. Es una y la misma, montada a doble vertiente, de manera que realiza un oficio público -la llamada función certificante y autorizante- y un oficio privado -la que es propia de un profesional del derecho llamado a prestar tareas de pericia legal, de consejo o de adecuación-. Dos vertientes -privada y pública- que configuran una misma función, la notarial,*

dotándola de una especial coloración que la hace distinta de la una y de la otra" (FJ 7º). También la Sala Primera ha mantenido idéntico criterio al señalar en su STS de 28 de noviembre de 2007 (ROJ 7948/2007): "*La doctrina ha destacado que, dentro del respeto a la autonomía de los colegios profesionales del Notariado, no es posible deslindar aquellas reglas que afectan a la faceta profesional del notario de las que se refieren estrictamente a su faceta funcionarial, ya que este binomio conforma la esencia de la figura y requiere un tratamiento unitario*" (FJ 3º).

Asimismo, el planteamiento de una responsabilidad civil dual también es inaceptable al no poderse aplicar al notario el régimen de la responsabilidad civil de los funcionarios del Estado, previsto en el artículo 106,2º de la CE; los artículos 32,1º; 34 y 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y los artículos 61,4º; 65 y 67, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; pues no concurren en él los caracteres propios de los funcionarios públicos, y, por tanto, no es posible predicar una responsabilidad objetiva y una satisfacción de los daños causados por su actuación con cargo a los fondos públicos, sino a costa de su responsabilidad patrimonial personal o, en su caso, a cargo del seguro de responsabilidad civil suscrito[31].

No obstante lo anterior, no han faltado autores que consideran que la esencia de la responsabilidad civil del notario debe buscarse en la responsabilidad civil de las autoridades y funcionarios públicos, a pesar de la inexistencia, en sede notarial, de una responsabilidad objetiva de la Administración. NIETO SÁNCHEZ, tras justificar históricamente por qué no es aplicable al notario la responsabilidad objetiva y directa de la Administración y sí la directa del notario por los usuarios de los servicios notariales, sostiene, sin embargo, que los parámetros previstos en la responsabilidad patrimonial de la Administración para las autoridades y funcionarios públicos sí deben aplicarse al notario[32]. También, JARILLO GÓMEZ, entiende, por ejemplo, que en el caso de que el notario se niegue a expedir una copia de un préstamo hipotecario con eficacia ejecutiva su responsabilidad es cercana a la de un funcionario público y le sería exigible la aplicación de lo previsto en los artículos 67 y siguientes, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas[33].

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que la compleja naturaleza que tiene la función notarial va a condicionar la delimitación de su responsabilidad, desde el mismo momento en que las respectivas funciones, pública y privada, imponen diferentes normas de conducta y están muchas veces entrecruzadas. A veces va a primar la vertiente profesional-funcionarial con unas normas de conducta cuya inobservancia determina un criterio de imputación de la responsabilidad (responsabilidad extracontractual) y, en otros, puede operar como un mero profesional del Derecho con unas normas de conducta cuyo incumplimiento conlleva otro criterio de imputación de la responsabilidad (responsabilidad contractual); todo lo cual determina que nos encontremos ante situaciones complejas que no pueden atenderse con un único régimen de responsabilidad civil. Es más, en unas ocasiones el notario puede encontrarse ante una obligación de medios por la actividad que desarrolla; y, en otras, ante una mera obligación de resultado; e incluso, a veces, cabe inferir una responsabilidad empresarial del notario por culpa *in*

vigilando respecto de los daños causados por su personal empleado en la oficina notarial (artículo 1903,5º del Cc).

3. Primacía de la condición de profesional del Derecho sobre la funcionarial en la construcción de la responsabilidad civil del notario.

Excluida, como se ha expuesto, la aplicación del régimen de responsabilidad civil de los funcionarios públicos y la existencia de una responsabilidad civil dual del notario es indudable que debe cobrar protagonismo su faceta de profesional del Derecho para configurar y delimitar su régimen de responsabilidad civil. Por esto, la jurisprudencia, a la hora de resolver los casos que enjuicia, parte de la consideración de que *"los notarios son profesionales a quienes compete el ejercicio privado de funciones públicas"* (SSTS de 28 de noviembre de 2007 -ROJ 7948/2007, FJ 3º; y de 14 de mayo de 2008 -ROJ 3301/2008, FJ 6º,b-); esto es, que los notarios son profesionales del Derecho que realizan funciones o actividades públicas pero en régimen privado, y, por tanto, la responsabilidad del notario la encauza dentro del régimen jurídico de la responsabilidad civil de los profesionales jurídicos (jueces y magistrados, abogados, procuradores de los tribunales, registradores, letrados de la administración de justicia), tipo liberal, pero con las peculiaridades propias de la función notarial[34].

Esto implica para el notario, al menos, tres importantes consecuencias:

a) Como todo profesional del Derecho, va a responder directa, personal e ilimitadamente por los daños causados por su actuación negligente (sea con su patrimonio, con el seguro suscrito de responsabilidad civil o con la fianza obligatoria), aunque ejerza una función pública y tenga la condición de funcionario público, de forma que nunca el sujeto dañado va a poder exigir responsabilidad al Estado, ni si quiera de forma subsidiaria.

b) Es posible modular la responsabilidad civil del notario por pacto con los interesados, siempre que no afecte a la actividad notarial reglada e imperativa, ni al grado mínimo de diligencia que le es exigible como profesional cualificado.

c) Que al ser un profesional del Derecho en quien concurre inescindiblemente funciones públicas, se le va a exigir siempre un mayor grado de diligencia, no sólo ya en su importante esfera de profesional-funcionario, sino también en su faceta de profesional. Esta expansión de mayor exigencia por su aspecto público o funcionarial al privado o profesional se refleja en la STS de 28 de noviembre de 2007 (7948/2007), cuando declara: "*Esto determina, en suma, que el grado de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales exigible de acuerdo con las circunstancias es elevado también cuando se trata de aspectos de la actividad notarial que pueden encuadrarse en su actividad profesional al margen de su función instrumental, pues se atribuyen por el particular interesado como cliente a un profesional cualificado en el ámbito jurídico y habilitado por el Estado para la realización privada de funciones públicas de garantía, investido de las notas de independencia e imparcialidad en su actuación de fedatario, de quien es razonable esperar una actividad eficiente acorde con las funciones de seguridad jurídica preventiva que le competen*" (FJ 3º).

De todas formas, esta preferencia de la condición de profesional del Derecho sobre la condición de funcionario a la hora de pergeñar la responsabilidad del notario no impide, como se expone más adelante, que se encuentren manifestaciones propias de la esfera funcionarial, como es la posible existencia de alguna responsabilidad objetiva o extracontractual en su actuación.

4. Categorización de la responsabilidad civil del notario como responsabilidad subjetiva.

Consecuencia de la característica anterior es la categorización de la responsabilidad civil del notario como responsabilidad subjetiva (por culpa u omisión de la diligencia exigible), y no objetiva, a pesar de su condición de funcionario público.

Así se desprende, sin ambages, del tenor del artículo 146,1º, primer inciso, del RN, cuando señala que: "*El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable*".

La jurisprudencia es clara y reiterada en esta nota característica de la responsabilidad civil del notario. En concreto, las SSTS de 18 de diciembre de 2019 (ROJ 4124/2009 y ROJ 4136/2009) disponen: "*La responsabilidad civil del notario no se construye bajo fórmulas de responsabilidad objetiva, que discurran al margen de la concurrencia del elemento subjetivo de la culpa en la génesis del daño. En este sentido, la STS 803/2011, de 9 de marzo de 2012, señala que: "[...] El artículo 146 RN establece una norma de imputación subjetiva de la responsabilidad que exige determinar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la actuación de los notarios se desarrolló dentro de los parámetros razonables de la diligencia exigible, teniendo en cuenta el especial grado de diligencia que se impone a los notarios en el ejercicio de sus funciones, dada su alta cualificación profesional, en una sociedad en la que es notorio el incremento de la complejidad y proliferación de las actuaciones jurídicas (STS 5 de febrero de 2000, RC n.º 1425 / 1995) y el grado de previsibilidad que la situación producida presentaba (SSTS26 de octubre de 2005, RC n.º 889/1999)".* De la misma manera, se expresa la STS 718/2018, de 19 de diciembre, cuando señala al respecto: "*Por lo que se refiere al fondo del asunto, debemos partir del marco jurídico aplicable a la responsabilidad del notario. Junto a algunas disposiciones puntuales dispersas, en particular en la legislación notarial, la norma básica está contenida en el art. 146 del Reglamento notarial, conforme al cual…*" (FFJJ 3º,2).

Por su parte, la STS de 9 de marzo de 2012 (ROJ 2849/2012) añade: "*El artículo 146 RN establece una norma de imputación subjetiva de la responsabilidad que exige determinar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la actuación de los notarios se desarrolló dentro de los parámetros razonables de la diligencia exigible, teniendo en cuenta el especial grado de diligencia que se impone a los notarios en el ejercicio de sus funciones, dada su alta cualificación profesional, en una sociedad en la que es notorio el incremento de la complejidad y proliferación de las actuaciones jurídicas (STS 5 de febrero de 2000 , RC n.º 1425 / 1995) y el grado de previsibilidad que la situación producida presentaba (SSTS26 de octubre de 2005, RC n.º 889/1999)*" (FJ 5º,c).

La doctrina también ha sostenido de forma mayoritaria que la responsabilidad civil del notario es de naturaleza subjetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo, culpa o negligencia para que le pueda ser imputada[35].

No obstante lo anterior, no han faltado en la doctrina científica autores que mantienen la existencia de una responsabilidad objetiva en ciertos y determinados casos. Así, PARRA LUCAN y REGLERO CAMPOS, sostienen que cuando se trata de una actuación del notario reglada, que no admite otra forma de proceder, si se produce un daño, y ese daño es consecuencia de un incumplimiento de la norma que impone la conducta debida, existirá una responsabilidad del notario, aunque no exista culpabilidad alguna[36]. Por otro lado, SOLER ÁLVAREZ (2009), considera que, en caso de una identificación del compareciente en el momento del otorgamiento del documento notarial por conocimiento personal y directo del notario (no por medios supletorios), y la persona sobre la que el notario da fe de conocimiento suplanta la personalidad de otra, se está en presencia de un supuesto de responsabilidad objetiva, ya que el artículo 23,1º, apartado tercero, de la LN no exige la concurrencia de una conducta culposa o negligente, sino únicamente daño y su relación de causalidad con la conducta errónea del notario[37]. En contra de esta postura, se ha manifestado VENTOSO ESCRIBANO, quien, haciendo suya una recomendación del II Congreso Internacional del Notariado Latino, señala que, aunque de la literalidad del artículo 23 de la LN se infiera la existencia de una responsabilidad de tipo objetivo por la mera identificación errónea de los comparecientes y la producción de unos daños, debe entenderse que el notario tiene que indemnizar los daños y perjuicios cuando exista culpa o negligencia por el notario[38].

Como es lógico, la aplicación del principio subjetivista supone que quien pretenda reclamar la responsabilidad civil de un notario por su actuación deba demostrar los presupuestos propios de toda responsabilidad civil. A saber: a) una acción u omisión que suponga la infracción por parte del notario de una conducta debida; b) el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la conducta debida sea negligente, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable; c) la producción de un daño directo, cierto, determinado y actual; y d) una relación entre el daño producido y la actuación del notario.

Así, las SSTS de 18 de diciembre de 2019 (ROJ 4124 y 4136/2009), apuntan: *"Los requisitos para que nazca la obligación del notario de indemnizar los daños y perjuicios irrogados a los otorgantes o a terceros, por acto jurídicamente imputable a su actuación profesional, son los propios de una responsabilidad civil: a) una acción u omisión por parte del notario; b) la concurrencia de dolo, culpa o ignorancia inexcusable, en el desempeño de las funciones propias de su cargo, y, entre ellas, las derivadas del ejercicio de la fe pública notarial, que ostenta con independencia y autonomía…; c) el daño, como presupuesto ineludible de toda responsabilidad civil; y d) el correspondiente nexo causal entre la acción u omisión del notario interviniente y el resultado dañoso producido"* (FFJJ 3, 2). Más escueta, pero en la misma línea, la STS de 6 de abril de 2010 (3484/2010), cuando señala: *"Los motivos del recurso de casación plantean tres de los elementos cuya concurrencia es necesaria para la existencia de responsabilidad civil, a saber, a) la existencia de una conducta profesional negligente por parte de los demandados (motivos primero a quinto); b)*

la existencia de un daño resarcible (motivo séptimo); y c) la existencia de nexo de causalidad entre la primera y el segundo (motivo sexto)" (FJ 3º)[39].

5. Concurrencia en la actuación notarial de los modelos de responsabilidad contractual y extracontractual.

Según se extrae del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, otra de las notas que caracterizan a la responsabilidad civil del notario es la convivencia de los modelos de responsabilidad contractual y extracontractual, con la consiguiente diferenciación de regímenes jurídicos aplicables a cada una de ellas[40].

La doctrina científica ha estado dividida acerca de la calificación de la relación jurídica existente entre el notario y los otorgantes del documento notarial[41]. Unos, dando preferencia a la condición de profesional del notario, consideran que existe un verdadero contrato, cuya naturaleza es objeto, a su vez, de opiniones dispares (mandato, arrendamiento de servicios, contrato de obra, gestión de negocios) y, por tanto, existe una responsabilidad contractual del notario si ocasiona daños por negligencia[42]. En cambio, otros, otorgando primacía al carácter de funcionario público del notario, entienden que no puede desarrollar su actividad vía contrato al tener sus obligaciones un origen legal, y, en consecuencia, su responsabilidad sólo puede ser extracontractual[43].

Sobre la cuestión, no han faltado tampoco soluciones híbridas o mixtas. Unos, atendiendo a la función que despliega el notario, sostienen que, cuando ejerce una función pública (labor de dación de fe y de control de la legalidad), no existe contrato alguno con los otorgantes o particulares sino deberes legales del notario, y, por tanto, se está en presencia de una responsabilidad extracontractual; y si el notario desarrolla otras actividades no exclusivas que pueden realizar otros personas (ej.: asesoramiento aislado, gestión ulterior de documentos, depósito de dinerario, etc.), media necesariamente un contrato y la responsabilidad será contractual. Otros, teniendo presente, no la función notarial, sino la persona perjudicada por la actuación notarial, consideran que la responsabilidad civil del notario es siempre contractual respecto de los otorgantes perjudicados por el documento notarial, mientras que con relación a terceros que puedan verse perjudicados la responsabilidad es de índole extracontractual[44].

Finalmente, existen también en esta materia algunas posturas aisladas y originales; en general, con escasos apoyos. GÓMEZ ACEBO, mantiene que no puede existir en esta materia un dualismo (contractual y extracontractual), sino que siempre existe un contrato cuya naturaleza varía según la función desempeñada por el notario: entre el notario y los otorgantes existe un contrato, cuyo contenido mínimo y forma de cumplir las recíprocas prestaciones está determinado por la ley (contrato normado), sin perjuicio que por pacto agregado se acentúa el rigor de la actuación notarial. Si a esta actuación mínima (función pública), se le añaden otras actuaciones marginales convenidas (depósito de numerario, gestión documental, etc.), existirá un contrato civil puro, sujeto a las normas generales, aunque sometido a un mayor rigor en la responsabilidad por la "confianza" que desprende la figura del notario[45]. Por su parte, NIETO SÁNCHEZ, considera que cuando el notario ejercita funciones estrictamente notariales (entre las que in-

cluye la actuación profesional ínsita en su actuación funcionarial) no existe un contrato civil con los otorgantes, sino la prestación de un servicio público, en el que el notario, una vez requerida su actuación, actúa conforme a un régimen legal preestablecido (el plazo de prescripción aplicable sería el del artículo 67, de la Ley 39/2015); y que una vez otorgado el instrumento público existe entre el notario y los otorgantes una relación de derecho público[46].

Por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial, la solución híbrida expuesta es la que ha prevalecido casi de forma unánime. La STS de 19 de diciembre de 2018 (ROJ 4254/2018) declara: "*Por lo que respecta al carácter de la responsabilidad del notario, la doctrina jurisprudencial ha declarado que frente a los otorgantes esa responsabilidad es contractual, calificándola como de arrendamiento de servicios. Por el contrario, si los perjudicados no son quienes han encargado al notario su intervención, su responsabilidad sería de carácter extracontractual (sentencias de fechas 6 de mayo de 1994, 5 de febrero de 2000, 15 de noviembre de 2002 y 9 de marzo de 2012), con la consiguiente incidencia en el plazo prescriptivo*". (FJ 1º, 3). En la misma línea, se expresa la STS de 11 de junio de 1988 (ROJ 10090/1988), cuando señala: "*En otro orden de ideas, hay que tener en cuenta que en el caso enjuiciado existe una concurrencia de culpas, contractual una y extracontractual la otra: la primera, en cuanto a los otorgantes que demandan los servicios de un profesional de la fe pública para el otorgamiento del documento y, la segunda, en cuanto pueda afectar a un tercero no concurrente al acto del otorgamiento*" (FJ 2º).

De este modo, se puede comprobar como la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal enjuicia la responsabilidad civil del notario, unas veces acudiendo al expediente de la responsabilidad contractual, y en otros al régimen de la responsabilidad extracontractual, dependiendo del caso concreto sometido a su consideración, lo cual va a depender de quién sea la persona perjudicada que reclama la reparación de los daños sufridos y qué vínculo existe entre el reclamante y el notario[47].

Así, son casos resueltos por la vía de la responsabilidad extracontractual, los supuestos enjuiciados en las SSTS de 18 de diciembre de 2019 (ROJ 4136/2019), por falta de diligencia debida en el juicio de identidad de uno de los otorgantes; de 9 de marzo de 2012 (ROJ 2849/2012), por omisión de la notificación de la celebración de la subasta notarial *ex* artículo 1872 del Cc; de 6 de abril de 2010 (ROJ 3484/2010), por no traslado del gravamen de la finca matriz a la finca segregada; de 26 de octubre de 2005 (ROJ 6513/2005), por omitir la información registral ex. artículo 175 del RN; de 19 de julio de 2003 (ROJ 5178/2003), por ausencia de control y supervisión de la actuación de los empleados en la notaría; de 6 de junio de 2002 (ROJ 4097/2002), por la no toma de razón en el registro de la propiedad de la hipoteca unilateral por hecho del empleado trabajador; de 5 de febrero de 2000 (769/2000), por juicio de identidad negligente con suplantación de personalidad; y de 2 de diciembre de 1998 (ROJ 7215/1998), por juicio de identidad personal sin la debida diligencia.

Por el contrario, son supuestos resueltos por el expediente de la responsabilidad contractual, los casos enjuiciados en las SSTS de 29 de junio de 2020 (ROJ 2074/2020), por un deficiente juicio de suficiencia de la representación; de 19 de diciembre de 2018 (4254/2018), por un defectuoso asesoramiento; de 28 de septiembre de 2015 (4001/2015), por incumplimiento del deber de información de

la pendencia de despacho en el registro de la propiedad de una anotación de embargo; de 18 de marzo de 2014 (ROJ 1232/2014), por no advertir la existencia de cargas anteriores tras el envío de la información registral a la notaría; de 14 de mayo de 2008 (ROJ 3301/2008), por inexistencia de incumplimiento del deber de tramitar la escritura otorgada; de 28 de noviembre de 2007 (7948/2007), por falta de la diligencia debida en la tramitación y gestión ulterior del documento autorizado; de 22 de junio de 2004 (ROJ 4331/2004), por inexistencia de falta de advertencia del transcurso del plazo legal de tanteo antes de la autorización de la escritura de traspaso de local; y de 15 de noviembre de 2002 (ROJ 7577/2002), por no exigir la licencia de parcelación en una división de terrenos.

Respecto a ese último grupo de sentencias, se puede apreciar en el Tribunal Supremo una inclinación favorable a calificar la relación contractual de los otorgantes con el notario de contrato de arrendamiento de servicios o de prestación de servicios. Valgan como referencias, las STS de 8 de junio de 2006 (ROJ 3519/2006, FJ 3º) y de 15 de noviembre de 2002 (ROJ 7577/2002, FJ 2º); siendo tal vez la más transparente la STS de 6 de mayo de 1994 (ROJ 22284/1994), cuando declara: "*…, la relación que liga al notario con aquel que requiere su actuación, adopta la forma de arrendamiento de servicios, sin que a ello obste ni el carácter público de la función que cumple aquél, al dar fe de lo que se recoge en las escrituras o actas por el redactadas y firmadas, ni menos aún la obligatoriedad de aceptar el encargo que al mismo se le encomiende, por lo que, siendo de arrendamiento de servicios la relación contractual que liga a notarios y clientes, carácter este último que, en este caso, no concurría el actor, a quien no competía la notificación del traspaso, las acciones quede la misma se deriven tendrán, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.964. el plazo de prescripción de quince años, no transcurridos en el caso que nos ocupa, cuando el actor ejercitó su acción de reclamación de daños*" (FJ 2º); y la STS de 28 de noviembre de 2007 (ROJ 7948/2007), que señala que: "*El contrato en virtud del cual se obligan a realizar funciones profesionales de gestión ajenas a la fe pública puede revestir distinta naturaleza. Por lo general ofrece las características especiales propias de los contratos de gestión, que la jurisprudencia y la doctrina construyen acudiendo prioritariamente, según las circunstancias, a las figuras del mandato y del arrendamiento de servicios*" (FJ 3º). Si bien esta última parece que lo refiere a cuando el notario actúa en su faceta de profesional del Derecho, y no a su vertiente de funcionario público, respecto del cual guarda silencio[48].

Por su parte, la doctrina ha mantenido diversos pareceres a la hora calificar la relación contractual que une al notario con los otorgantes (mandato, arrendamiento de servicios, contrato de obra, contrato mixto servicios-obra[49], contrato de gestión, etc.); pero, en general, sigue el criterio jurisprudencial expuesto[50].

6. Tendencia a una continua evolución expansiva de la responsabilidad civil del notario.

Es una realidad que desde finales del siglo pasado hasta nuestros días se ha producido un notable incremento de reclamaciones de responsabilidad civil contra los notarios por actuaciones culposas o negligentes. Si se examinan los repertorios de jurisprudencia, públicos o privados más al uso, se constata la escasez de

contiendas sobre responsabilidad del notario hasta finales de los años ochenta del siglo pasado. Desde entonces, se ha producido una tendencia creciente reflejada en el número de sentencias dictadas por los tribunales de justicia. La mayoría de esas resoluciones judiciales han quedado concentradas en las Audiencias Provinciales, dado que no llegan a ser revisadas por el Tribunal Supremo, por el exigente trámite de admisión de los recursos de casación. A pesar de ello, se puede comprobar el aumento de sentencias en el Alto Tribunal, lo cual es ya significativo, si se tiene en cuenta que, por lo general, el cuerpo de notarios nunca ha sido muy proclive a resolver sus diferencias con los particulares ante los tribunales de justicia.

Las razones de ese incremento son muy diversas[51], pero las que entendemos como más acertadas es la cada vez mayor atribución de nuevas funciones a los notarios o ampliación del contenido de las ya existentes, así como la mayor asunción de actuaciones propias de otras profesiones.

Piénsese que a las funciones clásicas y principales que tenía el notario, el legislador ha ido añadiendo nuevas funciones o ampliando el contenido de otras que ya tenía, lo que ha determinado un aumento de los deberes legales a los que el notario no puede negarse (artículo 145,2º del RN). Con relación a la atribución de nuevas funciones, destaca el proceso de desjudicialización de ciertas materias iniciado hace años, para ser atribuido a los notarios, de forma que se descargue la intervención judicial en asuntos que, por su naturaleza y contenido, pueden ser transferidas y asumidas por otros servidores públicos que gozan de cierta "autoritas". Y ello, en línea con la concepción doctrinal y jurisprudencial antes expuesta de que "*los notarios son profesionales a quienes compete el ejercicio privado de funciones públicas*". Así, se expresa la propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, cuando señala: "*la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, … en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados*"[52]. De este modo, los notarios han asumido nuevas competencias y funciones, tales como la tramitación y celebración de expedientes matrimoniales; separación y divorcio de mutuo acuerdo; determinados actos de conciliación; subastas voluntarias; consignación de deudas pecuniarias; designación, renuncia o prórroga de los cargos de albacea y contador-partidor; aprobación de particiones realizadas por contador-partidor dativo; presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrado, ológrafo y otorgados en forma oral; declaración de herederos abintestato; etc.

Por lo que respecta a la ampliación del contenido de actuaciones que ya tenía asignadas, cabe destacar la que tiene relación con el deber del notario de emitir un juicio de capacidad de los otorgantes (artículos 17,bis, 2º,a) de la LN; y 156,8º y 167 del RN). La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, atribuye al notario un papel destacado de apoyo institucional a las personas con discapacidad[53], y debe cerciorarse que el documento notarial recoge la verdadera voluntad de la persona discapacitada, determinar si la persona necesita o no apoyos y asegurarse de que se ve asistida de los apoyos formales e informales que sean necesarios.

También es significativo el aumento de la función de control de legalidad con el nuevo papel atribuido a los notarios respecto al control de transparencia de los préstamos hipotecarios. Así, por ejemplo, el notario podrá rechazar su intervención si al tiempo de autorizar la escritura pública de préstamo hipotecario no se acredita el previo otorgamiento del acta notarial que pruebe haberse cumplido las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios (artículos 15,5º y 22,2º, de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario). Asimismo, el deber de asesoramiento del notario previsto en los artículos 17bis,2º,a) de la LN y 147 del RN, se ha visto incrementado de forma explícita al imponer que el prestatario reciba, dentro de plazo, un asesoramiento personalizado y gratuito del notario elegido para otorgar la escritura pública de contrato de préstamo sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación a que se refiere el artículo 14,1º de la Ley 5/2019; de lo cual quedará constancia en un acta notarial (artículo 15,2º de la Ley 5/2019).

Otra próxima ampliación del contenido de la actuación notarial, esta vez, en su forma de ejecutarse, es la relativa a la identificación de los otorgantes o fe de conocimiento, prevista en el artículo 23 de la LN y los artículos 187 a 192 del RN. La ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea, entre otras, de digitalización de actuaciones notariales y registrales, admite la posibilidad de realizar el otorgamiento y la autorización de ciertos actos o negocios por medio de videoconferencia, a través de la sede electrónica notarial, y no de forma presencial.

En definitiva, a mayor atribución de funciones o aumento del contenido de sus actuaciones institucionales, más deberes u obligaciones se imponen, lo cual implica incrementar las posibilidades de incumplimiento, y, por tanto, mayor posibilidad de incurrir en responsabilidad civil.

III. MECANISMOS DE REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR NOTARIO

Expuesto en el apartado anterior las características generales de la responsabilidad civil del notario según se infiere de la doctrina del Tribunal Supremo, procede el examen de los distintos mecanismos legales que, con diferente alcance y fortuna, habilita nuestro ordenamiento jurídico, en orden a la consecución de la reparación de los daños sufridos por un particular ante la actuación irregular de un notario. Un primer instrumento, consiste en la reparación "in natura" o especí-

fica, mediante el otorgamiento, a costa del notario, de una nueva escritura pública que sustituya la defectuosa anterior, y que se encuentra previsto en los artículos 146,1º del RN y 22 del Decreto de 8 de febrero de 1948, por el que se aprueba la nueva redacción de la Ley Hipotecaria (en lo sucesivo, LH)[54]. Otro segundo mecanismo puesto a disposición de los ciudadanos viene constituido por la función mediadora o arbitral de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, a que se refiere el art. 146,2º del RN. Y, finalmente, un tercer instrumento, consiste en la petición directa de responsabilidad civil del notario y fijación de la indemnización de los daños y perjuicios causados; que, en la práctica más habitual y recurrente, consiste en la demanda de responsabilidad civil vía jurisdiccional civil para que los tribunales de justicia fijen y condenen al pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el defectuoso proceder del fedatario.

Con relación al primer mecanismo de reparación, llamado "in natura" o específica, dispone el artículo 146,1º, segundo inciso, del RN: "*El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados*". GÓMEZ-ACEBO considera que la utilización de esta vía de reparación es obligatoria para los otorgantes cuando, mediante el otorgamiento de una nueva escritura o mediante una escritura complementaria o de subsanación, se puede conseguir todavía el pleno resultado jurídico querido por los otorgantes; sin que sea lícito admitir en tales casos un desistimiento del negocio pretendido ni optar por la indemnización de daños y perjuicios. Según este autor, sólo quedará abierta la vía de la indemnización de daños y perjuicios cuando la repetición del negocio sea imposible, no se consiga con la repetición el resultado querido por los otorgantes, o, aun repitiéndose, persistiera la nulidad o ineficacia del negocio[55]. Por nuestra parte, el recurso al resarcimiento "in natura" es siempre imperativo para el notario cuando se comete alguna omisión de una circunstancia no invalidante de la escritura que impide su inscripción en el registro de la propiedad, pues no cabe otra conclusión de la literalidad del artículo 22 de la LH, cuando preceptúa: "*El Notario que cometiere alguna omisión que impida inscribir el acto o contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, la subsanará extendiendo a su costa una nueva escritura, si fuere posible, e indemnizando, en su caso, a los interesados de los perjuicios que les ocasione su falta*.". En estos casos, deberán seguirse las formalidades previstas en el artículo 153 del RN, cuyo alcance y contenido no se examinan en este trabajo por exceder de su objeto; y, en su caso, cuando proceda, el notario deberá, además, indemnizar a los interesados los daños y perjuicios ocasionados por el error u omisión[56].

Por lo que respeta al segundo mecanismo de reparación de los daños sufridos por una actuación negligente del notario, se encuentra la vía mediadora o arbitral de las Juntas Directivas de los respectivos Colegios Notariales, que se prevé en el artículo 146,2º del RN cuando señala: "*A tales efectos, quien se crea perjudicado, podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, si considera evidentes los daños y perjuicios hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como solución del conflicto.*". Con relación a esta medida conviene aclarar que se trata de un procedimiento

extrajudicial, excepcional y de muy escasa aplicación práctica, ya que requiere de un previo acuerdo de conformidad entre el notario y el perjudicado por el que se encomiende al Colegio Notarial competente, a través de su Junta Directiva, para que enjuicie si existe o no un evidente perjuicio, y, en caso de existir, cuantifique la compensación económica, para su posterior avenencia por las partes implicadas[57].

Finalmente, en cuanto a los instrumentos que el ordenamiento jurídico ha puesto a disposición de los particulares para la petición directa de responsabilidad civil del notario y fijación de la indemnización de los daños y perjuicios causados, cabe sostener que son muy diferentes y se canalizan a través de distintos cauces procedimentales. Evidentemente, el más típico y conocido es la fijación de la responsabilidad civil en la vía jurisdiccional civil. Sin embargo, no puede desconocerse la existencia de otras dos vías alternativas de conseguir una satisfacción civil de los daños ocasionados por una actuación negligente del notario, sin necesidad de acudir a los tribunales civiles. Vías alternativas que, dada la configuración jurídica que de ellas hace el legislador, se encuentran enormemente limitadas para su utilización en la práctica profesional.

Nos referimos, en primer lugar, al procedimiento o vía arbitral previsto en el artículo 6, de la Orden del Ministerio de Justicia de 16 de noviembre de 1982, por la que se modifican las normas reguladoras del Servicio de Responsabilidad Civil de los Notarios creadas por Orden de 24 de abril de 1948[58]. Esta norma autoriza, con carácter rigurosamente excepcional, a la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España (hoy, Consejo General del Notariado) para que pueda asumir, previa conformidad de notario y reclamante, cualquier supuesto de responsabilidad civil de un notario, tanto para enjuiciar su procedencia como para fijar el abono de la indemnización que corresponda. Procedimiento excepcional que, al igual que el previsto en el artículo 146,2º del RN antes descrito, es de nula aplicación práctica por su desconocimiento generalizado, toda vez que exige una previa conformidad entre las partes implicadas no siempre fácil de alcanzar.

Y, en segundo lugar, aludimos a la vía, también excepcional, de intervención de la Administración en la fijación de la indemnización por responsabilidad civil del notario y, en caso de disconformidad de lo por ella resuelto, de someter con posterioridad la decisión final al orden de la jurisdicción contencioso-administrativa. Este mecanismo se encuentra previsto en el artículo 23,1º, apartado 3º, de la LN, que dispone: "*El Notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de estos por la actuación maliciosa de ellos mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo. En tal supuesto el Notario, sin perjuicio de lo anterior, será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados*"[59].

Para comprender el alcance de este precepto, debemos comenzar por afirmar que, con carácter general, el conocimiento de la responsabilidad civil del notario está encomendada a la jurisdicción civil, y, por tanto, queda excluida de esta competencia la Administración; tal como ha indicado, de forma muy reiterada, la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy, Dirección General de la Seguridad Jurídica y de la Fe Pública), en el sentido de que la responsabilidad civil del notario no puede reclamarse ni hacerse efectiva en vía administrativa ante di-

cha Dirección General, por ser materia de la competencia exclusiva de los tribunales de justicia[60]. A mayores, la RDGRN de 12 de noviembre de 1990, declara que la decisión de los tribunales de justicia sobre la existencia de responsabilidad civil es necesariamente de carácter previo a cualquier decisión que en el ámbito administrativo pueda adoptar la DGRN sobre la responsabilidad disciplinaria del notario.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo de 2002, Sala de lo Contencioso (ROJ STSJ M 7441/2002), sostiene que el transcrito precepto permite, vía de excepción y por decisión del interesado, la fijación de la indemnización por responsabilidad civil en sede administrativa cuando los daños provengan de un error notarial en la identificación de los comparecientes si el medio empleado para dar fe de conocimiento de los otorgantes ha sido el conocimiento personal y directo del notario; no así para los demás medios de identificación (FJ 7º)[61]. Es más, la STS de 11 de junio de 1988, Sala Primera (ROJ 10090/1988), va más allá del limitado alcance que el Tribunal Territorial atribuye al meritado artículo 23,1º, apartado tercero, de la LN, y mantiene que, en caso de error en la identificación de los comparecientes por suplantación y falsificación del DNI, es preciso, antes de acudir a la vía judicial, que previamente se proceda a la apertura de un expediente disciplinario en el que se declare y reconozca el error de identificación incurrido (FJ 1º,3). Esta doctrina, que hayamos podido comprobar, no ha sido seguida, con posterioridad, por otras sentencias del Tribunal Supremo, por lo que resulta difícil su aplicación generalizada fuera del caso enjuiciado[62].

IV. CONCLUSIONES

I. La institución notarial es un mecanismo que garantiza la seguridad jurídica preventiva en el tráfico jurídico, mediante la encomienda al notario de dos funciones públicas: la dación de fe pública y el control de legalidad. En la medida que el notario desempeñe su labor de forma correcta y cumpla debidamente sus funciones, estará contribuyendo y colaborando al correcto funcionamiento del Estado de Derecho, de las instituciones jurídicas implicadas, a la seguridad del tráfico jurídico, así como a la evitación o disminución de conflictos o litigios. El problema surge cuando el notario desempeña su labor con una mala praxis, consecuencia de lo cual se ocasionan perjuicios, no sólo para las partes otorgantes del instrumento público, sino también respecto de terceros que no intervinieron en el documento notarial.

II. De la jurisprudencia del Tribunal Supremo se infiere los rasgos más importantes que caracterizan la responsabilidad civil del notario: i) la ausencia de una regulación específica y sistemática, lo que obliga acudir a las reglas generales de la responsabilidad civil; ii) la complejidad de la configuración y delimitación de la responsabilidad civil del notario por la doble condición que ostenta de funcionario público y profesional del Derecho, al que se le agregan, además, funciones de colaboración con las Administraciones públicas; iii) la primacía de la condición de profesional del Derecho sobre la funcionarial en la construcción de la responsabilidad civil del notario; iv) la categorización de la responsabilidad civil del notario como responsabilidad subjetiva, con algún supuesto excepcional de respon-

sabilidad objetiva; v) la concurrencia en la actuación notarial de los modelos de responsabilidad contractual, extracontractual y empresarial; y vi) la tendencia a una continua evolución expansiva de la responsabilidad civil del notario, debida, en gran parte, a una mayor atribución de funciones o aumento del contenido de sus actuaciones institucionales.

III. En casos de negligencia notarial, el ordenamiento jurídico proporciona instrumentos necesarios para evitar en el futuro la repetición de actuaciones irregulares (responsabilidad disciplinaria o penal); y para dotar a los perjudicados de los medios necesarios para la reparación de los daños sufridos. El mecanismo más habitual de reparación de daños es el que se verifica a través de la institución de la responsabilidad civil vía jurisdiccional civil. Sin embargo, existen otros mecanismos alternativos dirigidos a alcanzar idéntico fin, tales como: la reparación "in natura" u otorgamiento de un nuevo instrumento público que sustituya el defectuoso anterior; la función mediadora de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales; el procedimiento arbitral del Consejo General del Notariado previsto en la Orden del Ministerio de Justicia de 16 de noviembre de 1982; y la intervención de la Administración en la fijación de la indemnización y, en caso de disconformidad de lo resuelto por ella, someter la decisión final al orden de la jurisdicción contencioso-administrativa. En la práctica, estos mecanismos alternativos son poco utilizados por su carácter excepcional, por la rigurosidad de sus requisitos de procedencia, y por el escaso conocimiento de su existencia.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Constitucional

- STC de 11 de junio de 1989.
- STC 234/2012, de 13 de diciembre.

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

- STS de 11 de junio de 1988.
- STS de 18 de marzo de 1998.
- STS de 2 de diciembre de 1998.
- STS de 5 de febrero de 2000.
- STS de 6 de junio de 2002.
- STS de 15 de noviembre de 2002.
- STS de 19 de julio de 2003.
- STS de 22 de junio de 2004.
- STS de 26 de octubre de 2005.
- STS de 28 de noviembre de 2007.
- STS de 14 de mayo de 2008.
- STS de 6 de abril de 2010.
- STS de 9 de marzo de 2012.
- STS de 18 de marzo de 2014.
- STS de 28 de septiembre de 2015.
- STS de 19 de diciembre de 2018.
- STS de 18 de diciembre de 2019.

- STS de 18 de diciembre de 2019.
- STS de 29 de junio de 2020.

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

- STS de 23 de enero de 1990.
- STS de 26 de enero de 1996.
- STS de 13 de octubre de 1998.
- STS de 10 de junio de 2003.

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

- STSJM de 30 de mayo de 2002.

Dirección General de los Registros y del Notariado

- RDGRN de 22 de junio de 1989.
- RDGRN de 12 de noviembre de 1990.
- RDGRN de 9 de octubre de 1991.
- RDGRN de 14 de abril de 1992.
- RDGRN de 1 de junio de 2006.
- RDGRN de 2 de junio de 2006.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBORCH DE LA FUENTE, S. (2011), Evolución del notariado en España. En: J. Borrell (coord..), *Derecho Notarial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2011). La responsabilidad civil del notario. En: F. de P. Blasco Gasco *et. al.* (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penades*, Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch.

BELLOCH JULBE, J.A. (1992). Notas en torno al notariado y "La Jurisdicción Voluntaria". *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2 (abril-junio).

BOLAS ALFONSO, J. (2004). *El papel del notariado europeo en el nuevo espacio jurídico y económico*. Colección Ensayos de actualidad de escritura pública. Madrid: Consejo General del Notariado.

BRANÍOS NUÑEZ, E. (1999). Análisis económico de la función notarial. *La Notaría*. *Col.legi de Notaris de Catalunya*, núm. 3/1999.

BUSTO LAGO, J.M. (2021). La responsabilidad civil del notario y su aseguramiento: una lectura desde la jurisprudencia. En: J. Ataz López y J.A. Cobacho Gómez (coords.). *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Roca Guillamón*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi.

CALATAYUD SIERRA, A. (1998). El rol del notario frente a las exigencias del Estado, principalmente en el plano administrativo y fiscal. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 27 (julio-septiembre).

DANÉS Y TORRAS, D. (1965). El notario como funcionario, como técnico en Derecho, consultor y asesor. *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios de Derecho notarial*, Volumen II. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid: Reus.

DE PRADA, J. y BALLBÉ, M. (1995). *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Sistema Notarial*, Volumen II. En: Colegio Notarial de Barcelona.

DELGADO DE MIGUEL, J.F. (1993). La función notarial. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. II Extraordinario.

ESCOBAR DE LA RIVA, E. (1957). *Tratado de Derecho Notarial*. Alcoy (Valencia): Marfil.

GIMÉNEZ-ARNAU, E. (1944). *Introducción al Derecho Notarial*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

GÓMEZ-ACEBO, D. F. (1954). La responsabilidad civil del notario. *Revista de Derecho Notarial*, núms. 5 y 6 (julio-diciembre).

GONZÁLEZ PALOMINO, J. (1948). *Instituciones de Derecho Notarial*. Madrid: Reus.

JARILLO GÓMEZ, J.L. (2022). La responsabilidad del notario en el Derecho de Sucesiones. En: J.M. Calero Martínez y E. de Urbano Castrillo (coords.). *La responsabilidad de los Notarios. Cuestiones penales y civiles*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (1982). *La seguridad jurídica del contrato*. XVI Congreso Internacional del Notariado Latino, Lima, 1982. Valencia: Junta de Decanos de los Colegios Notariales.

MARTÍNEZ-GIL PARDO DE VERA, J. (2007). Comentario al artículo 146 del RN. En: A. Rodríguez Adrados *et. al.*, *Nueva legislación Notarial Comentada*, Tomo I. Madrid: Colegio Notarial de Madrid.

MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, J.A. (1964). Estudio de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862. *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios históricos*, Volumen I. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid: Reus.

— (1973). La función notarial en la Ley Orgánica y en la actualidad. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 80 (abril-junio).

NIETO SÁNCHEZ, J. (2021). La responsabilidad civil del notario. En: M. E. Clemente Meoro y M.ª. E. Cobas Cobiella (dirs.), *Derecho de daños*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PARRA LUCAN, M.ª Á. (2007). La responsabilidad de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial. En: J. A. Moreno Martínez (coord..), *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson.

PÉREZ SANZ, A. (2007). Comentario al artículo 23 de la LN. En: A. Rodríguez Adrados *et. al.*, *Nueva legislación Notarial Comentada*, Tomo I. Madrid: Colegio Notarial de Madrid.

REMESEIRO REGUERO, R. (2018). La función notarial de control de legalidad. Estado de la cuestión en el ámbito de las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, volumen 22.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1979). Sobre las consecuencias de una funcionarización de los notarios. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 104 (abril-junio).

— (1980). El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 107 (enero-marzo).

— (1997). De nuevo sobre la inescindibilidad notarial. *Revista Jurídica del Nota-*

riado, núm. 21 (enero-marzo).
— (1997). La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código Civil. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 24 (octubre-diciembre).
— (2004). *Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la Ley 24/2001*. Colección Ensayos de actualidad de escritura pública. Madrid: Consejo General del Notariado.
RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1994). La fe pública como valor constitucional. *La Fe Pública*. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.
RUEDA PÉREZ, M.A. (1998). La función notarial en la economía de mercado. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 25 (enero-marzo).
SANAHUJA SOLER, J.M. (1945). *Tratado de Derecho Notarial*. Barcelona: Bosch.
SÁNCHEZ MELGAR, J. (2000). Responsabilidad civil notarial. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 36 (octubre-diciembre).
SOLER ÁLVAREZ, E. (2009). La responsabilidad civil del notario por suplantación de la identidad de los comparecientes. Análisis jurisprudencial. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 2 (febrero).
TAPIA HERMIDA, A.J. (2017). La responsabilidad del notario y su aseguramiento. *El Notario del Siglo XXI*, núm. 76.
TARRAGÓN ALBELLA, E. (2011). La función notarial. En: J. Borrell (coord..), *Derecho Notarial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
TENA ARREGUI, R. (2003). *Valor de documento notarial*. Colección Ensayos de actualidad de escritura pública. Madrid: Consejo General del Notariado.
VALLET DE GOYTISOLO, J. (1978). La función notarial de tipo latino. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 100 (abril-junio)
VENTOSO ESCRIBANO, A. (1977). La fe de conocimiento, antecedentes y estado actual de la cuestión en Derecho Español. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 96 (abril-junio).
VERDERA SERVER, R. (2008). *La responsabilidad civil del notario*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Cívitas.

NOTAS

[1] En realidad, como afirma RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1979). Sobre las consecuencias de una funcionarización de los notarios. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 104 (abril-junio), p. 374; la figura del notario no es una invención legal sino una creación espontánea de la sociedad que decide atribuir a un profesional privado del derecho la redacción de los documentos jurídicos. Es, con posterioridad, cuando el poder público pasa a regularlo para asignarle la competencia estatal de la fe pública, al reconocer el especial valor que en la sociedad y en los tribunales de justicia había alcanzado su labor profesional. Para TARRAGÓN ALBELLA, E. (2011). La función notarial. En: J. Borrell (coord..), *Derecho Notarial*. Valencia: Tirant lo Blanch (p. 29); la aparición del notario responde a la demanda social de que en los contratos exista una mayor seguridad, en orden a evitar, en la medida de lo posible, la existencia y eficacia de negocios ilegales, fraudulentos, realizados en perjuicio de terceros, injustos o simplemente defectuosos.

Sobre una síntesis histórica de la aparición del notariado puede verse, GIMÉNEZ-ARNAU, E. (1944). *Introducción al Derecho Notarial*. Madrid: Revista de Derecho Privado (pp. 55 y ss.); ALBORCH DE LA FUENTE, S. (2011), Evolución del notariado en España. En: J. Borrell (coord..), *Derecho Notarial*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 37 a 45); y SANAHUJA SOLER, J.M. (1945). *Tratado de Derecho Notarial*. Barcelona: Bosch (p. 248).

[2] BOLAS ALFONSO, J. (2004). *El papel del notariado europeo en el nuevo espacio jurídico y económico*. Colección Ensayos de actualidad de escritura pública. Madrid: Consejo General del Notariado (p. 17); señala que el documento público notarial tiene un efecto profiláctico o preventivo de la litigiosidad, gracias a los efectos sustantivos, ejecutivos, probatorios y legitimadores que comporta; de modo que evita el pleito, reduce el número de asuntos litigiosos o, en caso de producirse, facilita enormemente su solución.

[3] LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (1982). *La seguridad jurídica del contrato*. XVI Congreso Internacional del Notariado Latino, Lima, 1982. Valencia: Junta de Decanos de los Colegios Notariales (pp. 11 y 12); indica que existe seguridad jurídica en un contrato cuando, en cualquier momento, se puede demostrar de modo simple, fácil e incuestionable, la celebración del contrato y su contenido (prueba); que ese contrato es conforme y está ajustado a Derecho (validez); y que el contrato produce los efectos pretendidos por sus otorgantes y los que son inherentes a su naturaleza frente a las partes y frente a los terceros que no intervinieron en su celebración (eficacia). Estos distintos aspectos, como mantiene el autor, se consiguen de forma completa y suficiente con la intervención notarial.

BRANÍOS NUÑEZ, E. (1999). Análisis económico de la función notarial. *La Notaría*. *Col. legi de Notaris de Catalunya*, núm. 3/1999 (pp. 74 y 75), entiende que la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario depende de la regularidad de la cadena de transmisiones (inter vivos o mortis causa) y de gravámenes (hipotecas, servidumbres, etc.); lo que se consigue si el adquirente no se ve despojado de su situación jurídica por actuaciones anteriores en las que no ha sido parte, como consecuencia de la existencia de defectos que determinan la resolución del derecho de cualquiera de los anteriores titulares (suplantación de personalidad, intimidación, error, falta de capacidad o legitimación, incumplimiento de requisitos legales, etc.). Para este jurista, la autenticidad y el control de legalidad que aporta el notario con su intervención constituye, junto con el registro de la propiedad (a través de la figura del tercero hipotecario), un óptimo mecanismo jurídico de certeza y protección del adquirente de buena fe.

[4] Para RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1994). La fe pública como valor constitucional. *La Fe Pública*. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España (pp. 21 a 24), el aspecto objetivo de la seguridad jurídica se manifiesta en dos categorías: la corrección estructural y funcional del sistema jurídico. La corrección estructural implica que las normas jurídicas deben cumplir un mínimo de calidad en su creación; tales como, su generalidad, su promulgación, su irretroactividad, su claridad y suficiencia, su coherencia, la posibilidad de su cumplimiento, su estabilidad o cierto grado de inalterabilidad en el tiempo, y la congruencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación efectiva. En cambio, la co-

rrección funcional supone un mínimo de calidad en la aplicación de las normas, tales como la sujeción de los poderes públicos y de los ciudadanos al bloque de la legalidad, evitando la arbitrariedad en la actuación de aquéllos y la trasgresión o falta de cumplimiento de las normas por parte de éstos; en definitiva, que las normas se cumplan. Según este autor, en esta última categoría cobra especial relevancia, no sólo los tribunales de justicia, como órganos encargados de la aplicación del Derecho para la solución de conflictos que se les plantee, sino también los medios cautelares o instrumentos de prevención de conflictos, entre los cuales se encuentra la función notarial y registral.

A este sentido objetivo se refiere la STC 234/2012, de 13 de diciembre, cuando declara: "*Tal y como hemos afirmado recientemente en la STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 9, sistematizando nuestra doctrina anterior respecto del principio de seguridad jurídica consagrado constitucionalmente en el art. 9.3 CE, dicho principio "ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1)"* (FJ 8º) (BOE núm. 10, de 11 de enero de 2013).

[5] *Vid.* RUEDA PÉREZ, M.A. (1998). La función notarial en la economía de mercado. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 25 (enero-marzo), p. 102.

[6] Evidentemente, el notario tiene muchas más funciones o tareas encomendadas. Así, entre otras, proporcionar información, consejo y asesoramiento legal a los interesados; interpretar la voluntad de los otorgantes y traducir jurídicamente esa voluntad; redactar el documento, conservarlo y expedir copias; colaborar con la Administración en el suministro de determinada información impuesta (tributaria, catastral, estadística, actos de última voluntad, inversiones extranjeras, blanqueo de capitales, urbanismo, etc.); gestionar el documento autorizado (liquidación y pago de tributos derivados del acto o negocio contenido en el documento notarial autorizado, presentación de documento en los registro públicos que corresponda, etc.); redactar estatutos, cuadernos particionales, etc..

[7] En nuestro ordenamiento jurídico, el notario no es la única persona a la que se le atribuye la dación de fe. Es tradicional distinguir tres esferas en la fe pública: judicial, administrativa y extrajudicial. Dentro de ésta última, se sitúa, de forma preeminente, la fe pública notarial; pero coexisten con ella la de otras personas que también tienen encomendada el ejercicio de la fe pública extrajudicial (cónsul, militar, párroco, registrador, etc.).

[8] Este último precepto fue introducido por el artículo 115, de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. La importancia de esta Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002 y su incidencia en la actuación notarial es de sobra conocida; no sólo por introducir los documentos públicos notariales en soporte electrónico (en realidad, sólo aplicable a las copias) y el alcance del juicio notarial sobre la suficiencia de la representación o apoderamiento, sino también por las innumerables medidas introducidas con repercusión en la seguridad jurídica preventiva (artículos 96 a 115). La Ley 24/2001 se ha visto culminada con la reciente e importante ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea, entre otras, de digitalización de actuaciones notariales y registrales. Esta Ley introduce la matriz o el protocolo electrónico bajo la fe del notario (que había quedado aplazado hasta que los avances tecnológicos permitiesen su extensión y conservación, según dispuso la Disposición transitoria undécima de la LN, introducido por la Ley 24/2001), el cual coexistirá con el protocolo en soporte papel; si bien, en caso de contradicción entre el contenido de uno y otro prevalecerá el contenido del protocolo cactáceo sobre el electrónico. Asimismo, la Ley 11/2023 admite la posibilidad de realizar el otorgamiento y la autorización de ciertos actos o negocios por medio de videoconferencia, a través de la sede electrónica notarial. Según prevé la Ley, estas nuevas medidas digitales entran en vigor el día 9 de noviembre de 2023.

[9] RODRIGUEZ ADRADOS, A. (2004). *Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la Ley 24/2001*. Colección Ensayos de actualidad de escritura pública. Madrid: Consejo General del Notariado (p. 64).

[10] TENA ARREGUI, R. (2003). *Valor de documento notarial*. Colección Ensayos de actualidad de escritura pública. Madrid: Consejo General del Notariado; entiende que el control

de legalidad notarial se extiende no sólo a que los actos y contratos cumplan los requisitos legales, sino también a que exista un específico asesoramiento y consejo jurídico (p. 24). Esto último supone que el ciudadano conozca, de modo imparcial y equilibrada, las normas jurídicas que rigen el acto o negocio que se pretende llevar a cabo y los medios jurídicos adecuados para alcanzar lo querido con su actuación (pp. 24 a 26). Es más, para este autor, el mecanismo clave que justifica que un ordenamiento jurídico adopta un sistema de seguridad jurídica preventiva se encuentra en la existencia de un control de legalidad integral y completo de la actuación de los particulares. Control que, en España, es bifronte. Por un lado, a través del control notarial de legalidad en el momento que nacen, se perfeccionan o constituyen los negocios jurídicos y derechos entre los particulares; lo que implica verificar todos los aspectos del negocio (identificación, capacidad, legitimación, representación, ausencia de vicios o prohibiciones, cumplimiento de requisitos legales, etc.), incluido un asesoramiento e información específica e imparcial. Y, por otra parte, en combinación con el anterior, un control registral de legalidad de los actos y contratos, si lo que se pretende con posterioridad a la actuación notarial (o, en su caso, judicial o administrativa,) es dar una mayor publicidad y eficacia a las titularidades de derechos reales que resultan de esos actos y contratos, mediante su acceso al registro de la propiedad (pp. 19 a 24).

[11] Así, por ejemplo, el notario podrá rechazar su intervención si al tiempo de autorizar la escritura pública de declaración de obra nueva no se acredita el preceptivo seguro decenal o la concesión de la licencia urbanística de obra (artículos 20, 1º, de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; y 28,1º, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana); o si lo que se pretende en el contrato es incluir cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (artículo 84, del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias).

[12] RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (2004), *op. cit.* p. 66.

[13] TENA ARREGUI, R. (2003), *op. cit.* 10.

[14] En contraposición a la seguridad jurídica privada represiva o al sistema de seguridad económica. El sistema de seguridad jurídica privada tipo represivo o reparador consigue la seguridad jurídica acudiendo a los tribunales de justicia para imponer una sanción civil o una reparación ante una infracción o lesión ya producida; por tanto, funciona una vez producido el conflicto, litigio o lesión (RUEDA PÉREZ, M.A. (1998), *op. cit*. 103). El sistema de seguridad económica, de títulos o de seguro (propio de USA y de los países del *common law*) sustituye la seguridad jurídica preventiva por una compensación indemnizatoria cuando el contrato es ineficaz y no produce la adquisición de los derechos pretendidos. *Vid.* TENA ARREGUI, R. (2003), *op. cit.* 15 a 18, en la que aborda la diferencia entre seguridad económica y seguridad jurídica; así como también, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (1982), *op. cit.* 12 y 13.

[15] El régimen disciplinario de los notarios se encuentra regulado en el artículo 43, Dos, de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social; y en los arts. 346 y ss. del RN. Además, el primer precepto añade que, a falta de normas especiales, se aplicará, supletoriamente, lo dispuesto en las normas reguladoras del régimen disciplinario de los funcionarios civiles del Estado, excepto en lo referente a la tipificación de las infracciones, que rige lo dispuesto en el citado artículo 43, Dos, de la Ley 14/2000. Esta regulación, debe entenderse, además, sin perjuicio de lo que establece la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y sus normas de desarrollo (especialmente, el artículo 118); y la legislación sobre blanqueo de capitales.

[16] La responsabilidad penal directa del notario se contempla, principalmente, en los artículos 390 y 391 (falsedad documental), y 404 (prevaricación administrativa), de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; sin perjuicio de la posible responsabilidad en que pueda incurrir por su participación en actos jurídicos dentro de los cuales

puede haber otros delitos en las que resulte acusado como cómplice por omisión (ej.: blanqueo de capitales, estafas, delitos societarios, etc.), o como autor (ej.: apropiación indebida de fondos del cliente).

De todas formas, no puede desconocerse que, en la comisión de ilícitos penales, puede derivarse también una responsabilidad civil para el notario por los daños o perjuicios causados por la realización del delito (artículos 109 y ss. y 116 del CP), la cual puede exigirse en la misma vía penal en que se enjuicia criminalmente al notario (artículo 119 del CP); incluida la responsabilidad subsidiaria que deriva de los delitos cometidos por los empleados o dependientes del notario (artículo 120,3º y 4º del CP) o la responsabilidad directa del asegurador (artículo 117 del CP).

[17] Sin perjuicio, como es evidente, que esa normativa sea también insuficiente, imperfecta y necesitada de ser integrada con otros preceptos del ordenamiento. Un estudio completo de su régimen jurídico, STRUCH ESTRUCH, J. (2014). *La responsabilidad civil del registrador*. Madrid: Centro de estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

[18] Precepto que el Tribunal Supremo suelo citar como la norma básica en materia de responsabilidad del notario. *Vid.*, por todas, la STS de 19 de diciembre de 2018, FJ 4º,2 (ROJ 4254/2018).

[19] Así PARRA LUCÁN, M.ª Á. y REGLERO CAMPOS, F. (2015). La responsabilidad civil de los profesionales del Derecho. En: F. Reglero Campos (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II. (4ª edic.). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 886; VERDERA SERVER, R. (2008). *La responsabilidad civil del notario*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Cívitas (p. 56); y ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2011). La responsabilidad civil del notario. En: F. de P. Blasco Gasco *et. al.* (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penades*, Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch (p. 149). En contra, NIETO SÁNCHEZ, J. (2021), que considera que se está en presencia de un auténtico *corpus* normativo específico para la función notarial en materia de responsabilidad civil (*op. cit.* 1129).

[20] En este sentido, VERDERA SERVER, R. (2008), *op. cit.* 56.

[21] A nivel doctrinal, señalan la misma idea, PARRA LUCAN, M.ª. Á. (2007). La responsabilidad de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial. En: J. A. Moreno Martínez (coord..), *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson (p. 829); y VERDERA SERVER, R. (2008), *op. cit.* 73.

[22] Idéntica naturaleza mixta se predica de la figura de los registradores de la propiedad y, por remisión del artículo 13,3º del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Registro Mercantil, de la figura de los registradores mercantiles. Este doble carácter de funcionario y profesional se infiere de los artículos 222,7º; 274; 332,7º; 334,1º de la LH; del Preámbulo del Real Decreto 483/1997, de 14 de abril, que aprueba los Estatutos Generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; del artículo 536 del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario; y del artículo 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

[23] La doctrina notarial que ha estudiado e interpretado el artículo 1 de la LN ha puesto de relieve que este precepto no tiene por objeto definir la figura del notario, sino delimitar el campo de la actuación notarial, al separar la fe pública judicial de la extrajudicial. Acoge este sentido interpretativo del artículo 1 de la LN, la STS de 26 de enero de 1996, Sala Tercera, FJ 3º (ROJ 7713/1996). Sobre la situación notarial antes de la LN, MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, J.A. (1964). Estudio de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862. *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios históricos*, Volumen I. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid: Reus (pp. 621 y ss.). Además, la LN tiene por finalidad regular la función pública de la función notarial, y no la función privada o profesional, que también es función notarial. Así, entre otros, GONZÁLEZ PALOMINO, J. (1948). *Instituciones de Derecho Notarial*. Madrid: Reus, 1948, p. 193.; MOLLEDA FERNÁN-

DEZ-LLAMAZARES, J. A. (1973). La función notarial en la Ley Orgánica y en la actualidad. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 80 (abril-junio), pp. 381 y 382; y RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1979), *op. cit.* 314; y (1980), El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 107 (enero-marzo), pp. 306 y 307.

[24] El Decreto de 8 de agosto de 1935, por el que se aprueba con carácter provisional el Reglamento de la organización y régimen del Notariado y sus cuatro Anexos (Gaceta de Madrid núm. 229, de 17 de agosto), es la primera norma que proclama la doble condición del notario como profesional del derecho y funcionario público. Su artículo 1,2º disponía: "*Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado*". Con posterioridad, el Decreto de 2 de junio de 1944 (BOE núm. 189, de 7 de julio), por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento notarial, completa el indicado texto al describir la función profesional y pública del notario, cuando señala que: "*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 aquéllos se proponen alcanzar. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: a) En la esfera de los hechos, como manifestación exacta de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos. b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes*". Finalmente, el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, antepone la condición de funcionario a la de profesional del Derecho y puntualiza la descripción de la función pública, al disponer que "*Los Notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado… a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos*" (BOE núm. 25, de 29 de enero).

[25] Para, VALLET DE GOYTISOLO, J. (1978). La función notarial de tipo latino. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 100 (abril-junio), esta función central y tradicional, que denomina función autenticadora, comprende el control de legalidad o ajustamiento al derecho del negocio jurídico documentado, y la autenticación, autorización o dación de fe (p. 192). En igual sentido, DELGADO DE MIGUEL, J.F. (1993). La función notarial. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. II Extraordinario (p. 233); y RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1979), *op. cit.* 323.

[26] La posibilidad de emitir dictámenes, asesorar con independencia de la función autenticadora y gestionar con posterioridad el documento autorizado por el notario a solicitud del interesado (ej.: liquidaciones tributarias, presentación en los registros públicos, etc.), *vid.* DELGADO DE MIGUEL, J.F. (1993), *op. cit.* 249 y 250; CALATAYUD SIERRA, A. (1998). El rol del notario frente a las exigencias del Estado, principalmente en el plano administrativo y fiscal. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 27 (julio-septiembre), pp. 17 y 18; RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1979), *op. cit.* 326 a 330.

[27] En sentencias muy anteriores de la Sala Primera, el Tribunal Supremo ha proclamado repetidamente el doble carácter de profesional del Derecho y de funcionario público de los notarios. RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1979), cita las STS de 18 de octubre de 1969, 17 de mayo de 1972, 25 de mayo y 26 de junio de 1976 y 31 de marzo de 1977; así como las RRDGRN de 12 de marzo de 1970 y 4 de noviembre de 1971 (*op. cit.* pp. 333 y 334).

[28] También se ha pronunciado a favor de esta doble caracterización el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas en su Sentencia de 26 de marzo de 1987 (asunto 235/85), que declara sujetos a IVA la prestación de los servicios notariales en los Países Bajos, a cuyo efecto distingue dentro de la actividad del notario el ejercicio de funciones públicas y por otro servicios prestados con carácter profesional. Asimismo, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de Pleno de 11 de mayo de 1989 (BOE núm. 140, de 13 de junio), al resolver el conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio, por el que se modificaban determinados artículos del Reglamento Notarial; declara que los notarios "*son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos*" (FJ 4º).

[29] No procede exponer la variedad de posiciones doctrinales acerca de la naturaleza del notario, donde es posible encontrar posturas que dan preferencia a su carácter profesional, otras a su carácter de funcionario u oficial público, y otras que niegan directamente su condición de funcionario público. Esta última posición es, por ejemplo, la que mantiene ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2011), al declarar: *"el notario no es un funcionario público sino que ejercita en nombre propio una función pública, no como órgano estatal sino como medio para que el Estado consiga sus propósitos. De ahí que esté obligado a realizar su actividad ante la demanda de un particular (art. 1 y 2 LN) pero a la vez, el ejercicio de su actividad debe ser totalmente independiente y además, cobrará sus servicios directamente del cliente mediante arancel y no de los presupuestos del Estado. La consecuencia es que el notario responde directamente frente al sujeto dañado de su actuación negligente con todo su patrimonio (art. 1911 CC), sin que pueda el sujeto dañado exigir responsabilidad a la Administración. En garantía de la responsabilidad en el ejercicio de su función, el notario tiene la obligación de acreditar la contratación de un seguro de responsabilidad civil (art. 14 LN y 24 y 25 RNot.) así como prestar fianza de cuantía que varía entre 1500 y 3000 según el número de población del lugar en que resida y ejerce su función (art. 14 LN y arts. 26 y ss. RNot.)"* (*op. cit.* 153).

En cualquier caso, las calificaciones que ha recibido, a parte de la de funcionario público, son innumerables: auxiliar de la Administración, empleado público, jurisconsulto, profesor en Derecho, concesionario de un servicio público, funcionario *sui géneris*, técnico profesional del Derecho y de consultor y asesor, oficial público, funcionario que ejerce su función bajo la forma de una profesión liberal, etc.. Un examen de las mismas, DANÉS Y TORRAS, D. (1965). El notario como funcionario, como técnico en Derecho, consultor y asesor. *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios de Derecho notarial*, Volumen II. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid: Reus (pp. 163 y ss.); y RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1997), *op. cit.* 173 y ss..

[30] Corresponde a RODRIGUEZ ADRADOS (1979) ser el artífice de esta doctrina, conforme a la cual la función pública del notario (dación de fe pública y control de legalidad) no es nunca una función pública pura y aislada, sino que aparece inescindiblemente mezclada y especificada por su función privada, que la modaliza y se desarrolla al mismo tiempo que en las actuaciones púbicas; y, viceversa, su actuación privada también resulta afectada por su función pública, por la impronta de la imparcialidad que cuida del interés de las dos partes y la búsqueda de la voluntad común (*op. cit.* 362, 365). También, por el mismo autor, (1997). De nuevo sobre la inescindibilidad notarial. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 21 (enero-marzo), pp. 161 a 163 y 169. Por tanto, ambos elementos o funciones no se yuxtaponen, sino que se entrecruzan continuamente, formando una unidad esencial, que no puede separarse o aislarse. Esta tesis es seguida de forma abrumadora por la doctrina notarial. *Cfr.* RUEDA PÉREZ, M. (1998), op. cit. 114.

[31] Para DELGADO DE MIGUEL, J.F. (1993), aunque el notario es funcionario público, no lo es en sentido administrativo o puro, porque no se dan en él las condiciones inherentes y propias de todo funcionario: no percibe retribución del Estado sino de los particulares; la impugnación de la autenticidad de las afirmaciones en el plano de los hechos se sustancia ante los tribunales ordinarios, no a través de la vía contencioso-administrativa; y carece de jurisdicción o *imperium* para imponer a las partes el contenido y fuerza obligatoria del documento que elabora y otorgan las partes. Sin embargo, al ejercer el notario el servicio público de la fe pública por delegación del Estado existe una reglamentación del Estado de esa función pública, fundamentalmente, en la regularización del documento notarial, el acceso a la profesión, organización del cuerpo (ausencias, licencias, inexcusabilidad de su actuación), etc. (*op. cit.* 234 a 239). Iguales diferencias, RODRIGUEZ ADRADOS (1979), si bien añade como notas que separan al notario del funcionario el que no actúa de oficio, sino a instancia de particulares; su actuación atiende primordialmente a intereses privados de los otorgantes; la libre elección del notario; la amplitud de la actuación la determinan los particulares; es responsable personalmente de los daños y perjuicios que causare; celebra contratos con los particulares; etc. (op. cit. 363 a 366).

Por ello, el Consejo de Estado, en su dictamen núm. 28.999, de fecha 25 de octubre de 1962, sobre el anteproyecto de lo que fue el texto articulado de la Ley de Funcionarios del Estado, excluyese de su aplicación a los *"no remunerados por presupuestos, que, de ordinario, tampoco son verdaderos funcionarios, sino más bien profesionales que ejercen privadamente determinadas funciones públicas"*. De este texto se derivó más tarde la expresión acuñada por la doctrina y la jurisprudencia de que el notario desempeña "un ejercicio privado de funciones públicas", "un profesional que ejerce una función pública" o "profesiones públicas" para evitar la expresión de "funcionario público" o excluir directamente su condición de funcionarios. Así, DELGADO DE MIGUEL, J.F. (1993), *op. cit.* pág. 240; y RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1979), *op. cit.* 334; este último con cita de diversas sentencias de la época. Estas discusiones doctrinales tienen su reflejo en alguna sentencia de nuestro Alto Tribunal, como es la STS de 23 de enero de 1990, Sala Tercera (ROJ 361/1990), cuando señala: *"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"* (AH 5º).

Esta idea aparece también acogida en la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, sobre la situación y organización del notariado en los Estados Miembros de la Comunidad Europea, en la que se expresa: *".. la profesión de notario, aunque organizada de forma distinta en cada uno de los doce Estados miembros de la Comunidad, y también en el interior de algunos de estos Estados, se caracteriza en lo fundamental por una serie de elementos prácticamente comunes, que pueden resumirse de la siguiente forma: delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas; actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal… pero sometida al control del Estado… en lo que se refiere a la observancia de las normas referentes al documento notarial. A la reglamentación de las tarifas en interés de los clientes, al acceso a la profesión o a la organización misma;…"*.

Finalmente, la STS de 26 de enero de 1996, Sala Tercera (ROJ 7713/1996), tiene declarado: *"En definitiva, el Notario en nuestro ordenamiento ejerce una función compleja, en la que concurren aspectos públicos y aspectos privados, en régimen de profesión liberal, sometida a controles administrativos, entre los que se encuentran, por su relación con el caso, la exigencia de responsabilidad disciplinaria por las faltas que pueda cometer - art. 347 del Reglamento- en el ejercicio de su actividad pública .*

Todo ello nos lleva a la conclusión de que no existe relación de servicio entre el Notario y la Administración, que su figura no responde a la definición del funcionario público contenida en el art. 1º de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 , ya que el Notario no está integrado en las estructuras administrativas como profesional independiente que es, aunque ejerza una profesión oficial, una función pública en régimen de profesión liberal" (FJ 3º).

[32] (2021). La responsabilidad civil del notario. En: M. E. Clemente Meoro y M.ª E. Cobas Cobiella (dirs.), *Derecho de daños*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 1134 a 1138).

[33] (2022). La responsabilidad del notario en el Derecho de Sucesiones. En: J.M. Calero Martínez y E. de Urbano Castrillo (coords.). *La responsabilidad de los Notarios. Cuestiones penales y civiles*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi (p. 154)g.

[34] Dispone la STS de 13 de octubre de 1998, Sala Tercera (5802/1998): *"… no cabe desconocer que el Notariado constituye una profesión liberal que, con autonomía e independencia, ejerce funciones públicas, sin recibir sus retribuciones de los presupuestos estatales, a la que, por ende y en la actualidad, podría, en su caso, serle imputada la responsabilidad directa e inmediata, para la cual precisamente tiene su propio sistema de cobertura, y cuya exigencia parece igualmente que ha de promoverse, cual además ha efectuado el propio recurrente, ante la Jurisdicción civil, todo ello sin perjuicio de que nunca podrá prescindirse del hecho cierto de que estamos en presencia del desempeño de funciones públicas, con las consecuencias inherentes a tal circunstancia cuando a ello hubiere lugar"* (FJ 6º).

[35] BUSTO LAGO, J.M. (2021). La responsabilidad civil del notario y su aseguramiento: una lectura desde la jurisprudencia. En: J. Ataz López y J.A. Cobacho Gómez (coords.). *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Roca Guillamón*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi (p. 857); SÁNCHEZ MELGAR, J. (2000). Responsabilidad civil notarial. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 36 (octubre-diciembre) (p. 272); ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2011), *op. cit*. pp. 158 y 161; TAPIA HERMIDA, A.J. (2017). La responsabilidad del notario y su aseguramiento. *El Notario del Siglo XXI*, núm. 76 (p. 129); y SOLER ÁLVAREZ, E. (2009). La responsabilidad civil del notario por suplantación de la identidad de los comparecientes. Análisis jurisprudencial. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 2 (febrero), (p. 7).

[36] (2014). *La responsabilidad civil de los profesionales del Derecho*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (p. 60).

[37] *Op. cit*. 10. En cambio, no comparte la opinión de que la responsabilidad sea también objetiva, cuando el notario da fe de conocimiento por los medios supletorios que se describen en el artículo 23 de la LN (artículo 187 del RN), pues la sentencia en la que se apoyan (STS de 2 de diciembre de 1998 -ROJ 7215/1998-), en realidad, condena al notario por ser negligente en dar fe de conocimiento personal de una persona desconocida (sólo la conocía de haber ido días antes a la notaría provisto de un DNI falso), sin agotar los medios supletorios de identificación. Y, así es, pues, aunque la citada sentencia declara, inicialmente: *"conforme establece la sentencia de instancia "parece razonable entender que, dadas las circunstancias, el apelado, puesto que no existía el conocimiento personal de la compareciente, hubiese consignado el conocimiento supletorio al que se refiere el artículo 23 c) de la referida Ley del Notariado, respondiendo, por consiguiente, como se establece en el segundo párrafo de dicho apartado, "de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente". No lo hizo así, y dio fe del conocimiento personal de la compareciente, lo que, con palmaria evidencia, facilitó objetivamente (aún, por supuesto, sin asomo alguno de intencionalidad o dolo civil por parte del apelado) la intenciones delictivas de aquella"*; añade inmediatamente después: *"En definitiva, el notario no procedió con la diligencia profesional exigible, en términos de normalidad, para garantizar la identidad de la compareciente, previniendo las siempre posibles suplantaciones"* (FJ 2º).

[38] (1977). La fe de conocimiento, antecedentes y estado actual de la cuestión en Derecho Español. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 96 (abril-junio), (pp. 412 y 413).

[39] La doctrina señala idénticos requisitos para que nazca la responsabilidad civil del notario. Así, SANCHEZ MELGAR, J. (2000), *op. cit*. 266 a 272; TAPIA HERMIDA, A.J. (2017), *op. cit*. 129 a 131; SOLER ÁLVAREZ, E. (2009), *op. cit*. 7; GÓMEZ-ACEBO, D. F. (1954). La responsabilidad civil del notario. *Revista de Derecho Notarial*, núms. 5 y 6 (julio-diciembre) (pp. 325 a 327).

[40] Como es sabido, la responsabilidad contractual se rige por los artículos 1101 y siguientes del Cc, mientras que la responsabilidad extracontractual por los artículos 1902 y siguientes del mismo cuerpo legal; con importantes diferencias de tratamiento jurídico entre una y otra en el plazo del ejercicio de la acción (cinco o un año), en la prueba de la culpa (acreedor perjudicado o presunción de culpa), en la naturaleza de la responsabilidad (subjetiva u objetiva), en el tratamiento de la pluralidad de responsables (mancomunidad o solidaridad), en las causas de exoneración (daño del personal dependiente en la extracontractual), en la admisión de graduaciones o moderación de la culpa (sólo en la contractual); y en la cuantía del resarcimiento (sólo las consecuencias previstas o previsibles, frente al resarcimiento de todas las consecuencias).

[41] Sobre una visión general de las posturas doctrinales existentes, pueden verse, NIETO SÁNCHEZ, J. (2021), *op. cit*. 1129 a 1133; MARTÍNEZ-GIL PARDO DE VERA, J. (2007). Comentario al artículo 146 del RN. En: A. Rodríguez Adrados *et. al.*, *Nueva legislación Notarial Comentada*, Tomo I. Madrid: Colegio Notarial de Madrid (p. 349); GÓMEZ ACEBO, D.F. (1954), *op. cit*. 312 a 315;

[42] En su contra se afirma que, salvo contadas excepciones, la actuación del notario es rogada pero obligatoria (artículo 145,2º del RN), de forma que no puede negarse a intervenir una vez que ha sido requerido; toda vez que la retribución del notario no puede pactarse por estar fijada por arancel, salvo cuando excede de una determinada cantidad.

[43] Suele citarse en su apoyo la aislada y vieja STS de 3 de julio de 1965 (RJ 1965\3696), que afirma que la responsabilidad civil del notario tiene un origen y carácter legal, siendo de aplicación los artículos 1903,5º del Cc y 40,3º de la antigua Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 20 de julio de 1957. Es decir, la Sentencia viene a declarar la naturaleza extracontractual de la responsabilidad civil del notario, tanto la que puedan exigir los otorgantes, como los terceros que no fueron parte en el otorgamiento del documento notarial.

[44] Esta postura es criticada por GÓMEZ ACEBO, D.F. (1954), al entender que con el cliente existe una relación económica y no jurídica, toda vez que el notario tiene iguales obligaciones tanto para el otorgante cliente como para el no cliente (*op. cit.* 314). Este mismo autor, tiene su propia postura, y mantiene que no puede existir en esta materia un dualismo (contractual y extracontractual), sino que siempre existe un contrato cuya naturaleza varía según la función desempeñada por el notario: entre el notario y los otorgantes existe un contrato, cuyo contenido mínimo y forma de cumplir las recíprocas prestaciones está determinado por la ley (contrato normado), sin perjuicio que por pacto agregado se acentúa el rigor de la actuación notarial. Si a esta actuación mínima (función pública), se le añaden otras actuaciones marginales convenidas (depósito de numerario, gestión documental, etc.), existirá un contrato civil puro, sujeto a las normas generales, aunque sometido a un mayor rigor en la responsabilidad por la "confianza" que desprende la figura del notario (*op. cit.* 315 a 318 y 330 y ss.).

[45] *Op. cit.* 315 a 318 y 330 y ss..

[46] *Op. cit.* 1131 a 1133. En términos muy parecidos, ESCOBAR DE LA RIVA, E. (1957). *Tratado de Derecho Notarial*. Alcoy (Valencia): Marfil. (p. 175).

[47] Por eso, RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1997). La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código Civil. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 24 (octubre-diciembre) (págs. 122 y 123), apunta que es clara y no admite dudas que la responsabilidad civil del notario en los casos de los artículos 705 y 715 del Código civil es extracontractual, ya que el perjudicado por la declaración de nulidad del testamento abierto o cerrado es siempre un tercero (el que no va a poder ser heredero por la nulidad del testamento), que no tuvo, en su día, relación jurídica previa alguna con el notario autorizante del testamento, salvo el mismo testador y los herederos definitivos beneficiados por la nulidad del testamento que no les instituía herederos. En el mismo sentido, VERDERA SERVER, R. (2008), *op. cit.* 136.

[48] VERDERA SERVER, R. (2008), entiende que la calificación de la relación contractual de arrendamiento de servicios puede estar justificada en su condición de profesional del Derecho, pero no cuando se vincula la función notarial con la dación de fe, en la que debe apreciarse más bien la existencia de un contrato de obra, habida cuenta que la prestación fundamental a la que el notario se vincula con el cliente es el resultado del otorgamiento del correspondiente instrumento público (*op. cit.* 127 a 130).

[49] Esta postura encuentra su justificación en que la categorización de la relación contractual entre el notario y los otorgantes como un contrato de servicios determina que se califique la actividad asumida y desarrollada por el notario de obligación de medios. Sin embargo, no puede desconocerse que alguna de las prestaciones a que puede obligarse el notario pueden configurarse como auténticas obligaciones de resultado propias de un contrato de obra (ej.: emitir un dictamen, expedir una copia dentro del plazo legal, presentación del documento autorizado dentro de plazo en la oficina liquidadora o Delegación de Hacienda, presentación del documento en el registro de la propiedad, etc.).

[50] Por todos, SANCHEZ MELGAR, J. (2000), *op. cit.* 268; y ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2011), *op. cit.* 154 a 156.

[51] Se apunta el excesivo número de documentos notariales que se otorga, que dificulta un correcto control de legalidad por parte del notario, la integración en el notariado de otros cuerpos de profesionales no siempre bien preparados jurídicamente, la concienciación social de la defensa jurídica de los derechos vulnerados con el advenimiento de la democracia constitucional del año 1978, o la posibilidad de la gratuidad de la justicia.

[52] BELLOCH JULBE, J.A. (1992). Notas en torno al notariado y "La Jurisdicción Voluntaria". *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2 (abril-junio), manifiesta que la función notarial es perfectamente idónea para asumir responsabilidades en el ámbito de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, dada su especialización, cualificación y experiencia técnica (pp. 28 y 29).

[53] Tras la reforma operada por la Ley 8/2021, el artículo 25 de la LN dispone: "*Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso*"; o los artículos 56,1º; 57,3º y 62,3º de la LN preceptúan que: "*Cuando cualquiera de las referidas personas fuese menor y careciera de representante legal o fuese persona con discapacidad sin apoyo suficiente, el Notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial*". Por su parte en el Cc, el nuevo artículo 255,4º, relativo a la escritura pública que contenga medidas de apoyo, sostiene que: "*El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante*" (en idéntico contenido el artículo 260,2º del Cc, para los poderes preventivos).

[54] Sobre el origen de estos preceptos, *vid.* NIETO SÁNCHEZ, J. (2021), *op. cit.* 1123 y 1124.

[55] *Op. cit.* 329 y 330. La STS de 28 de septiembre de 2015 (ROJ 4001/2015) entiende que se produce la reparación "in natura" cuando se reintegra la esfera jurídica que se ha lesionado a su estado anterior a la causación del daño, colocando al damnificado en la situación en la que se encontraría sino se hubiese producido el evento dañoso (FJ 3º,2).

[56] Con relación al artículo 22 de la LH, la STS de 18 de marzo de 1998 (ROJ 1825/1998) tilda *obiter dictum* la subsanación mediante una nueva escritura que permita la inscripción del acto o contrato en el registro de la propiedad de responsabilidad "quizá" objetiva (FJ 2º). Afirmación que, tal vez, se justifique por la ausencia de referencia alguna en el precepto de los elementos de negligencia o culpa.

[57] NIETO SÁNCHEZ, J. (2021), entiende que, aunque se ha calificado la actuación de la Junta Directiva de arbitral (RRDGRN de 21 de diciembre de 2015 y 12 de febrero de 2018), es más apropiado hablar de una función mediadora, como califica la RDGRN de 22 de mayo de 2018: primero, porque no existe un convenio arbitral en los términos de la Ley de Arbitraje; y, segundo, porque lo que hace la Junta es formular a los interesados una propuesta para que, si lo estiman conveniente, la acepten; pero no que se sometan de entrada a la solución que adopte la Junta Directiva (*op. cit.* 1122 y 123).

[58] BOE núm. 285, de 27 de noviembre.

[59] Critica la existencia de este precepto, PÉREZ SANZ, A. (2007). Comentario al artículo 23 de la LN. En: A. Rodríguez Adrados *et. al.*, *Nueva legislación Notarial Comentada*, Tomo I. Madrid: Colegio Notarial de Madrid (pp. 122 a 124).

[60] *Cfr.*, entre otras, las RRDGRN de 22 de junio de 1989; 12 de noviembre de 1990; 9 de octubre de 1991; y 14 de abril de 1992 (todas ellas en, DE PRADA, J. y BALLBÉ, M. (1995). *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Sistema Notarial*, Volumen II. En: Colegio Notarial de Barcelona (pp. 308, 374, 398, 427 y 437, respectivamente); o las RRDGRN de 1 y 2 de junio de 2006 (en *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado* (2006), pp. 2192 y ss.).

[61] El supuesto de hecho se refiere a un notario que había escriturado una emisión de obligaciones hipotecarias en la que comparece una persona que se hace pasar por el titular de la finca hipotecada, que había fallecido doce años antes, para lo cual utiliza el DNI caducado del titular fallecido previa sustitución de la fotografía legítima por una del compareciente. El caso determina la apertura de dos procedimientos: la vía penal, en el que es condenado el compareciente como autor de un delito de estafa; y la vía administrativa, con la presentación de una denuncia ante la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid, interesando, al amparo del artículo 23 de la LN, la sanción disciplinaría del notario y el abono de una indemnización en concepto de responsabilidad civil. La Junta Directiva deniega la apertura de expediente disciplinario al sostener que no se trataba de un caso previsto en el artículo 23 de la LN. Contra la denegación de la Administración Colegial, se formula recurso ordinario ante la DGRN, que es desestimado. Finalmente, contra la resolución del Centro Directivo es interpuesto recurso contencioso administrativo ante el TSJM. El Tribunal Territorial estima procedente la incoación de expediente disciplinario, conforme al artículo 346 del RN, pero no acoge la indemnización por responsabilidad civil por haberse hecho la identificación por medio del DNI y no por conocimiento personal y directo del notario, que es el caso al que se aplica el artículo 23,1º, apartado 3º, de la LN.

[62] El caso enjuiciado alude a dos demandas interpuestas contra un notario que autorizó una escritura pública en la que hubo error en la identificación por una suplantación de personalidad con un DNI falsificado por parte de uno de los comparecientes, contra el que, simultáneamente, se tramita un proceso penal por falsificación de documento de identidad y subsiguiente delito de estafa. En la primera instancia, se condena al fedatario público al pago de los daños y perjuicios ocasionados por no haber seguido las pautas marcadas en el artículo 23 de la LN, mientras que en la segunda instancia se absuelve al notario. El recurso de casación ante el TS es interpuesto por uno de los demandantes, alegando, entre otros motivos, la inaplicación del artículo 23 de la LN. El recurso de casación es desestimado por la doctrina expuesta y por no apreciarse negligencia en la identificación del compareciente, por las dificultades prácticas que existen en poder apreciar la falsificación de un DNI, toda vez que al existir en tramitación un proceso penal para la depuración de la responsabilidad criminal, y consiguientemente de la civil, es preferente la jurisdicción punitiva sobre la civil.

1.7. Concursal civil

El procedimiento especial para microempresas en el Texto Refundido de la Ley Concursal: ámbito subjetivo y aspectos relevantes[1]

The especial procedure for micro-companies in the Reform of the Insolvency Law: subjetive scope and relevant aspects

por

GEORGINA ÁLVAREZ MARTÍNEZ

Profesora Ayudante Doctor Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: Este estudio aborda el ámbito subjetivo y los aspectos más relevantes del procedimiento especial para microempresas previsto en el libro tercero del Texto Refundido de la Ley Concursal. En relación con el ámbito subjetivo se comentan los presupuestos ordenados en el art. 685 del TRLC. Entre los aspectos relevantes derivados del régimen se destacan su carácter universal, el obligatorio y exclusivo sometimiento para las microempresas, la flexibilidad y reducción de costes, así como la amplitud de su presupuesto objetivo. A lo largo de la investigación se traen a colación algunas aportaciones de la jurisprudencia menor.

ABSTRACT : This study deals with the subjective scope and the most relevant aspects of the special procedure for micro-companies provided for in the third book of the Reformed Text of the Insolvency Law. In relation to the subjective scope, the assumptions set forth in Article 685 of the TRLC are discussed. Among the relevant aspects derived from the the regulation, its universal nature, the obligatory and exclusive submission for micro-companies, the flexibility and reduction of costs, as well as the breadth of its objective budget are highlighted. Throughout the research, some contributions of minor jurisprudence are brought up.

PALABRAS CLAVES: Microempresas, insolvencia, procedimiento especial.

KEY WORDS: Micro-companies, insolvency, special procedure.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. ÁMBITO SUBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL.—III. ASPECTOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO: 1. Carácter universal. 2. Obligatorio y exclusivo para las microempresas. 3. Flexibilidad del procedimiento judicial y reducción de costes. 4. Presupuesto objetivo amplio: probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual.—IV. CONCLUSIONES.- V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Una de las principales aportaciones de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma al Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) —en adelante la Reforma al TRLC— ha sido la incorporación de un nuevo Libro Tercero dedicado al procedimiento especial para Microempresas[2], al que deberán sujetarse exclusivamente los deudores incluidos en su ámbito de aplicación, conforme lo previsto también en el nuevo apartado segundo del art. 2 del TRLC, y en lo establecido en la nueva redacción del art. 583. 4 TRLC, respecto a lo que se refiere al presupuesto subjetivo del concurso de acreedores, y a los planes de reestructuración, respectivamente[3].

La entrada en vigor de este procedimiento se exceptuó de la prevista para el resto de la Ley, ordenándose en su lugar el 1 de enero de 2023[4], a condición de que con carácter previo el Ministerio de Justicia hubiese puesto en marcha la plataforma electrónica de liquidación de bienes prevista para estas microempresas, y aprobado las condiciones de acceso y modo de funcionamiento del servicio electrónico donde acceder y cumplimentar los formularios normalizados, que servirán para practicar algunos de las trámites más relevantes del procedimiento[5]. Con el fin de dar cumplimiento a estos requisitos —al menos formalmente— la Orden JUS/1333/2022, de 28 de diciembre, de condiciones de acceso y modo de funcionamiento del servicio electrónico para la cumplimentación de los formularios normalizados y de las especificaciones técnicas de la plataforma electrónica prevista en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma al texto refundido de la Ley Concursal, ha previsto en dos breves capítulos los aludidos formularios electrónicos, así como las especificaciones técnicas de la plataforma electrónica de liquidación de los bienes[6], respectivamente.

En puridad, el procedimiento especial ha sido diseñado por el legislador como un mecanismo de insolvencia único de carácter híbrido, preconcursal y, en su caso, concursal, adaptado a las necesidades de estas empresas que constituyen más del noventa por ciento de las empresas españolas y dan empleo a casi cuatro millones de personas. Con este perfil está llamado a atender las dificultades financieras de una parte considerable del tejido empresarial español[7], aunque el recorte

de última hora en su umbral de acceso respecto al volumen de negocio anual o pasivo declarado en las últimas cuentas cerradas reducirá su alcance efectivo y, correlativamente, aumentará el ámbito de aplicación del régimen especial establecido en el Libro segundo para el preconcurso de las pymes, resultando, en su caso, inevitables las normas concursales del Libro primero.

Las microempresas suelen tener una estructura de organización simple, muchas veces de carácter familiar, son administradas por los propios socios, tienen un modesto capital, y escasa capacidad de interlocución con sus acreedores financieros. Frente a una crisis son más vulnerables y proclives a exacerbar los riesgos —los intereses de los administradores y de los pocos socios están alineados— con el fin de salvar si acaso *in extremis* el negocio[8], de tal manera que llegan al procedimiento concursal con una situación financiera muy deteriorada, donde el poco valor que queda en la empresa hace inviable asumir cualquier solución reorganizativa, y los costes fijos del procedimiento[9].

Con el fin de atender tales necesidades y de superar las insuficiencias de un sistema concursal perfilado más para las grandes y medianas empresas[10], el legislador ha delimitado un procedimiento especial para microempresas con las siguientes características generales: reúne normas concursales y preconcursales atendiendo a un sistema modular; el deudor puede solicitar su apertura desde que se encuentre en probabilidad de insolvencia; con el propósito de reducir costes fijos, limita la participación de profesionales al cumplimiento de una función imprescindible o cuyo coste pueda ser asumido voluntariamente por las partes; comunicaciones de las partes a través de formularios accesibles en línea y sin coste; por cuestiones de economía procesal, los trámites transcurren en paralelo: así, el plan de continuación puede tramitarse al mismo tiempo que la apertura del procedimiento, y lo propio sucede con el plan de liquidación, cuyo plazo de presentación corre en paralelo al de los acreedores para presentar alegaciones en relación con la cuantía, características o naturaleza de su crédito; finalmente, para agilizar la venta de los activos —y también reducir costes— la liquidación debe hacerse a través de una plataforma electrónica.

Este estudio tiene por objeto reflexionar sobre el ámbito de aplicación subjetivo de este procedimiento, así como sobre las características relevantes del mismo[11], trayendo a colación algunas aportaciones de la jurisprudencia menor.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL

El art. 685. 1. TRLC establece que el procedimiento especial para microempresas (o micropymes dice el Preámbulo de la Reforma al TRLC) será aplicable a los deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan cumulativamente las siguientes dos características: 1ª) durante el año anterior a la solicitud hayan empleado una media de menos de diez trabajadores; y, 2ª) tengan un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o (alternativamente) un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud.

Como se sabe el Anteproyecto de Ley de la Reforma al TRLC —siguiendo la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas[12]— extendía el ámbito subjetivo del procedimiento a las microempresas con volumen de negocios anual o balance general anual no superior a los dos millones de euros y con menos de diez trabajadores. En el texto final se ha recogido una versión mucho más reducida de microempresa, justificada por su relación con el art. 3 de la Directiva 2013/34 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados, y otros informes afines de ciertos tipos de empresas. La reducción del umbral de acceso a este procedimiento especial a un límite tan bajo es muy cuestionable e implicará, como se ha anticipado, que un no muy reducido número deudores estarán sujetos a las reglas especiales previstas en el último título del Libro segundo del TRLC por lo que al preconcurso se refiere —y en tanto no superen el umbral previsto en el art. 682 TRLC— y al propio Libro primero por lo que respecta al concurso, pese a contar con una estructura de organización simple, de pocos acreedores y cuya reorganización y liquidación se atendería mejor en el marco de un procedimiento especial[13].

La norma refiere el volumen de negocio anual o el límite de pasivo exigido a las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud. Esta referencia parece limitar los problemas interpretativos sobre la cuantía conectados con la determinación del procedimiento aplicable. Sin embargo, no siempre se dispondrá de cuentas anuales, incluso es posible que no se hayan llegado a efectuar nunca. En este caso será necesario acudir a otras estimaciones del pasivo para determinar el sometimiento de la empresa al libro tercero del TRLC[14].

Concurriendo estos límites, el citado art. 685. 1. TRLC ordena la sujeción a este procedimiento a los deudores personas naturales y jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional. Como en el concurso, el primer presupuesto de acceso a este procedimiento es la persona sin más cualidades, y de allí que deba subrayarse que no son las microempresas las que tienen esta aptitud, a pesar de la rúbrica del Libro tercero, sino los deudores personas naturales o jurídicas[15]. El segundo presupuesto, como en el preconcurso de las grandes y medianas empresas, es la actividad empresarial o profesional (art. 583 TRLC). Correlativamente, esta exigencia deja fuera del procedimiento especial a las personas naturales que no sean empresarios o profesionales, que deberán acudir, por tanto, al concurso de acreedores del libro primero. Esta exclusión no se comprende en el contexto de los motivos de esta Reforma porque, por un lado, se facilita el acceso —es más se les obliga— a los pequeños deudores empresarios al procedimiento especial —más sencillo, flexible y económico— en un estadio temprano de dificultades financieras, prescindiendo del concurso de acreedores, pero su mismo ámbito de aplicación obliga a las personas naturales o físicas no empresarios al régimen del concurso, pensado más para las grandes empresas[16].

Sí tienen cabida los emprendedores personas físicas —también los emprendedores personas jurídicas— conforme la delimitación del art. 3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización— así como las personas físicas sometidas al régimen jurídico del trabajador autónomo[17] —según la definición del art. 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo— y que estaban expresamente aludidas en el ámbito de

aplicación del derogado régimen del acuerdo extrajudicial de pagos[18]. Sin embargo, no parece que quepan en el ámbito de la norma otras personas naturales que, operando en el mercado, no desarrollen una actividad empresarial o profesional, así, los agricultores, artesanos y artistas.

En lo relativo a las personas jurídicas, si bien la norma no distingue entre públicas y privadas, atendiendo a lo previsto en el art. 1. 3. del TRLC, cabe excluir también de este procedimiento a las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público y, al igual que sucede con la interpretación del citado art. 1 TRLC respecto al presupuesto subjetivo del concurso, no queda del todo claro si resultan excluidas del procedimiento especial las sociedades y fundaciones públicas[19].

Junto a la persona natural o jurídica y la actividad empresarial o profesional, el art. 685 1. TRLC precisa que estas últimas "se lleven a cabo", dejando así fuera del alcance de la norma a los empresarios o profesionales que las hubiesen llevado, pero no tengan actividad al momento de la solicitud. A este respecto, por ejemplo, los Juzgados de Primera Instancia Mercantil de Málaga (nº 1, 2 y 3), con el objeto de unificar criterios en relación con este procedimiento especial, han señalado recientemente que la redacción literal del artículo citado exige que los empresarios, personas físicas o jurídicas, que se acojan al procedimiento especial de microempresas, que estén desarrollando una actividad empresarial o profesional al momento de la solicitud, debiéndose excluir los que hubiesen cesado en tales actividades en un momento inmediatamente anterior. En este último caso, procederá un auto de inadmisión, sin perjuicio de la posibilidad, para el solicitante, de presentar un concurso ordinario posterior[20].

Por último, el segundo apartado del art. 685 TRLC establece que, si la entidad formase parte de un grupo, los criterios del primer apartado —número de trabajadores, volumen anual de negocio o pasivo— habrán de computarse en base consolidada. Es decir, si la microempresa forma parte de un grupo, los setecientos mil euros de volumen de negocio o los trescientos cincuenta mil euros de pasivo deberán valorarse considerando la consolidación del grupo, lo que en la práctica implicará que solo en muy pocos casos estas microempresas podrán acogerse al procedimiento especial[21]. Con todo, hay que destacar que el legislador no ha descartado la posibilidad, si quiera teórica, de que este tipo deudores estén sujetos a este procedimiento, a diferencia de lo que ha previsto para las pequeñas y medianas empresas en el art. 682. 2. TRLC, donde ha excluido la aplicación del régimen especial previsto en el Título V del Libro segundo cuando la sociedad pertenezca a un grupo obligado a consolidar.

Los deudores que reúnan las características descriptas en el citado art. 685. 1 TRLC deberán acogerse "exclusivamente" a las disposiciones del libro tercero, estando, correlativamente, excluidos tanto del presupuesto subjetivo de la declaración del concurso (art. 1. 2.TRLC), como del preconcurso (art. 583. 4.TRLC). Pese a esta exclusión, hay que descartar que las microempresas resulten del todo ajenas a las normas concursales y preconcursales, en tanto el legislador ha ordenado en el art. 687 TRLC la aplicación supletoria de los libros primero y segundo, si bien con las adaptaciones que resulten precisas para acomodarse a los principios y reglas del procedimiento especial[22]. Además, se ha previsto que si fuesen personas naturales puedan solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho conforme lo previsto en el

Libro primero (arts. 486-502 TRLC), en todos los casos de frustración del plan de continuación, así como también una vez terminada la liquidación y distribuido el remanente, conforme los arts. 700 TRLC y 715 TRLC., respectivamente. Como se sabe, el art. 486 TRLC autoriza al deudor persona natural, sea o no empresario, de buena fe, a solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho, bien con sujeción a un plan de pagos sin previa liquidación de la masa activa, bien con liquidación de la masa activa. En este ámbito, uno de los principales cambios de la Reforma al TRLC es el paso de un sistema en el que la exoneración del pasivo insatisfecho estaba condicionada a la satisfacción de un determinado tipo de deudas, a un sistema de exoneración por mérito por el que se pueden exonerar todo tipo de deudas (salvo las no exonerables), siempre que se cumpla con el estándar de la buena fe, y que expresamente el legislador ha determinado que no concurre en las circunstancias previstas en el art. 487 TRLC. En relación con la aplicación de este régimen de exoneración al crédito público, recientemente un auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona de 19 de junio de 2023 ha planteado la inconstitucionalidad de tres normas: la Disposición Transitoria Primera 3. 6ª de la Ley 16/2022 en relación con el art. 489.1 5ª del TRLC en su redacción dada por la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, que podría estar vulnerando el art. 9.3 de la CE sobre la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales y el principio de seguridad jurídica; así como los artículos 491 y 497 del TRLC en su redacción anterior a la Ley 16/2022, por posible vulneración al art. 82.5 de la CE, debido a que su contenido pudo haber ido más allá de lo que le habilita la delegación del legislativo, y en contra de la interpretación sostenida por el TS en la Sentencia del 2 de julio de 2019 que había determinado la exoneración del crédito público.

III. ASPECTOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO

1. Carácter universal

La Reforma del TRLC ha configurado este procedimiento con carácter universal susceptible de afectar, por tanto, a la totalidad de los bienes y derechos —masa activa— que integran el patrimonio del deudor a la fecha de su apertura, más los que se reintegren en el mismo o se adquieran durante su tramitación, con excepción de los bienes y derechos legalmente inembargables. Si el deudor estuviera casado, serán de aplicación los artículos relativos al régimen económico matrimonial del capítulo I del título IV del libro primero (art. 685.3.TRLC). En lo relativo a la masa pasiva, el procedimiento afecta a todos los acreedores, con independencia del origen y naturaleza de la deuda, incluido el crédito público, si bien respecto de estos últimos, se han previsto algunas normas especiales[23].

Con este carácter universal, se ha delimitado un procedimiento único que aglutina normas concursales y preconcursales, aunque estas no están definidas ni identificadas como tales, al menos con el mismo criterio que siguen los libros primero y segundo para las grandes, medianas y pequeñas empresas. Por ello, incluso la propia denominación del procedimiento, "especial", prescinde de toda otra connotación. A nuestro modo de ver, la falta de alusión expresa al concurso y al preconcurso en el régimen jurídico de las microempresas constituye un modesto avance hacia la eli-

minación de los costes indirectos asociados a la idea y al concepto del concurso —a veces difíciles de valorar, pero que estarían vinculados a los costes reputacionales, pérdida de ventas, valor de los activos, etc[24]—, si bien no resultarán del todo evitables debido a la aplicación supletoria de las normas concursales y preconcursales, al deber de tramitarlo ante el juzgado competente para la declaración del concurso (art. 691 quater 1.TRLC), y a que su apertura debe publicarse tanto en el Registro Público Concursal como en los Registros de Bienes y Personas (art. 692 bis. 3. 4.TRLC).

La falta de distinción precisa entre las normas preconcursales y concursales —y correlativas etapas procesales— conecta, por otra parte, con el carácter modular que ha querido darse al procedimiento, dejando que sea el deudor y/ o sus acreedores, quienes le den la forma bien de una reestructuración informal, una liquidación exprés, o un concurso de acreedores clásico[25]. Con esta perspectiva el legislador autoriza la comunicación por parte de cualquier microempresa —se entiende que cumpliendo con los requisitos del art. 685 TRLC— al juzgado competente de apertura de negociaciones con los acreedores, mediante formulario normalizado, con la finalidad de acordar un plan de continuación o una liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento en el marco del procedimiento especial, siempre que se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual[26]. Transcurridos los tres meses del período de negociaciones, el deudor que se encuentre en situación de insolvencia actual deberá, también mediante formulario, solicitar la apertura del procedimiento especial (art. 690.7. TRLC) dentro de los cinco días hábiles siguientes incluyendo, entre otros extremos, la elección del procedimiento de continuación o del procedimiento de liquidación y, en este último supuesto, si prevé la transmisión de la empresa en funcionamiento. Si el deudor fuese persona jurídica, la competencia para solicitar la apertura corresponde al órgano de administración (art. 691.4. TRLC), quien tendrá también competencia —aunque no se haga expresa mención— para comunicar la apertura de negociaciones. Por su parte, los acreedores o los socios personalmente responsables de las deudas del deudor que se encuentre en insolvencia actual podrán solicitar la apertura del procedimiento especial, debiendo precisar en el formulario normalizado prescrito la elección de un procedimiento de continuación o de un procedimiento de liquidación (art. 691 ter. 2. 3º. TRLC).

La comunicación del inicio de negociaciones ha de instrumentarse mediante un formulario, en la misma manera que se han previsto los actos de comunicación en el seno de este procedimiento especial (art. 687. 2.TRLC). Este requisito supone una "formalidad" añadida y no prescrita en la comunicación de apertura de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración. Con todo, se trata de un documento de carácter privado, que no requiere la asistencia de abogado, y que carece de eficacia para abrir el procedimiento especial, debiéndose limitar sus efectos a lo previsto en el art. 690 TRLC[27]. El nombre del propio capítulo II (del título I) parece distinguir así las cosas al referirse a la "Negociación y apertura del procedimiento especial"[28].

2. Obligatorio y exclusivo para las microempresas

Tal como se ha señalado, el art. 685. 1º TRLC establece que el procedimiento especial "será" aplicable a los deudores personas naturales o jurídicas que reúnan

las características descritas en sus numerales uno y dos. Correlativamente, los art. 1.2. TRLC y 583.4 TRLC excluyen a estos deudores del presupuesto subjetivo del concurso y del preconcurso, respectivamente, ordenando su sujeción exclusiva a las normas del libro tercero. Por tanto, el régimen no sólo es exclusivo — independiente y alternativo a lo previsto en el libro primero regulador del concurso de acreedores y al libro segundo relativo al preconcurso— sino también obligatorio para los deudores microempresas. Esta disposición supone un cambio radical en el régimen jurídico hasta ahora aplicable.

Es sabido que en el sistema legal anterior, estos deudores, en principio, debían acogerse al concurso de acreedores, a menos que el juez hubiese apreciado la falta de especial complejidad del concurso, considerando las circunstancias previstas en el art. 522 del TRLC (versión original), en cuyo caso se les podía aplicar el procedimiento abreviado (que ha sido suprimido con la Reforma al TRLC). La aplicación de este procedimiento resultaba obligatoria si el deudor hubiese cesado completamente en su actividad y no tuviese en vigor contratos de trabajo, o hubiese presentado, junto con la solicitud del concurso, un plan de liquidación con una propuesta escrita vinculante de adquisición de la unidad productiva en funcionamiento (art. 523 TRLC versión original). Por su parte, el art. 524 TRLC (también versión original) autorizaba al juez transformar un procedimiento abreviado en ordinario, o a la inversa, de oficio, a solicitud del deudor, de la administración concursal, o de cualquier acreedor, a la vista de la modificación de las circunstancias previstas en los dos artículos anteriores, y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso. Como se ve, la flexibilidad que el sistema concursal ofrecía a las pequeñas y medianas empresas en el régimen anterior estaba básicamente conectada a la discrecionalidad del juez de aplicar o no el procedimiento abreviado[29].

3. Flexibilidad del procedimiento judicial y reducción de costes

El procedimiento especial para microempresas es un procedimiento judicial que se tramita ante el juez que sería competente en caso de concurso de acreedores, y persigue simplificar, acelerar y flexibilizar de los trámites asociados al procedimiento concursal ordinario. Si bien con algunas adaptaciones —que se expondrán enseguida— conforme lo previsto en los Antecedentes de la Reforma al TRLC, "se ha considerado igualmente oportuno mantener el principio de decisión mayoritaria de los acreedores y una intervención judicial mínima, inspirada en los criterios de necesidad y proporcionalidad"[30], y en el caso concreto de las microempresas "solo se producirá para adoptar las decisiones más relevantes del procedimiento o cuando exista una cuestión litigiosa que las partes eleven al juzgado". Con esta perspectiva se han previsto varias herramientas, muchas de las cuales están condensadas en el art. 687 TRLC. En esta norma se prevé la realización telemática de todos los actos procesales, los actos de comunicación a instancia de parte mediante la cumplimentación de formularios, accesibles en línea, sin coste, sincronizados con la plataforma de liquidación, con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y con la Tesorería General de la Seguridad Social[31]. En cumplimiento de la Orden JUS/1333/2022, de 28 de diciembre, de condiciones

de acceso y modo de funcionamiento del servicio electrónico para la cumplimentación de los formularios normalizados y de las especificaciones técnicas de la plataforma electrónica prevista en la Ley de Reforma al TRLC, se ha creado en el marco del Portal del Servicio Público de Justicia (Ministerio de Justicia) el Servicio Electrónico de Microempresas —que es la plataforma destinada a llevar a cabo el procedimiento especial[32]— por medio del cual se deben efectuar los referidos actos de comunicación entre las partes y cumplimentar los formularios previstos en ella. Se han dispuesto treinta y dos formularios, numerados, identificados con nomenclatura y referenciados al artículo del TRLC en el que se recogen. En el punto de acceso a este Servicio Electrónico de Microempresas hay enlaces a dos guías formativas —también a preguntas frecuentes y a incidencias del servicio—, advirtiéndose en una de ellas que el servicio se encuentra en fase de test y mejora por lo que es posible que algunas de las funcionalidades sufran variaciones antes de su puesta en producción. En esta fase de ajustes y coordinación entre la administración y los usuarios de la plataforma, es probable que haya resultado apresurada la entrada en vigor del procedimiento especial, que debería haberse condicionado más al correcto funcionamiento de toda la estructura tecnológica sobre la que se asienta, que al exclusivo elemento temporal.

Entre los medios previstos para conseguir un procedimiento ágil y flexible el citado art. 687 TRLC además prevé, como regla general, y salvo que se establezca expresamente lo contrario en el mismo libro tercero, la facultad del juez de dictar resolución al finalizar la vista de manera oral, así como la ausencia de recurso contra autos y sentencias. En este último ámbito, en el propio art. 687.4 TRLC se establece que en los casos en los que se permita el recurso —así, en el art. 698 quater 1. TRLC en relación con al auto de homologación del plan de continuación— este "no tendrá efectos suspensivos, sin perjuicio de la facultad del juez de acordar la suspensión de actuaciones que puedan ser afectadas por su resolución conforme a lo previsto en la legislación procesal civil".

Por otra parte, se han eliminado algunos efectos y actuaciones automáticas anudadas hasta ahora al concurso de acreedores que podrán ser activadas, no obstante, a solicitud de parte interesada y cuando se den los requisitos que los justifiquen. En este sentido, aun previéndose un procedimiento básico para acceder a un plan de continuación y/o a una liquidación ágil, no se ha ordenado un trámite lineal por fases con etapas consecutivas, sino que deudor, acreedores y socios personalmente responsables de las deudas del deudor —según los requisitos previstos— podrán optar, según las circunstancias de cada microempresa y con ciertas particularidades, por un procedimiento de continuación, o de liquidación con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento (arts. 685.5, 693.1 TRLC), a menos que el 85 % de los créditos correspondiesen a acreedores públicos, en cuyo caso, deberá tramitarse como procedimiento de liquidación. A este respecto, en la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores se prevé que el deudor precise una u otra finalidad (art. 690.1. TRLC) y es preceptivo que lo indique también en la solicitud de apertura del procedimiento (art. 691.3.4.TRLC). Por su parte, los acreedores o los socios personalmente responsables de las deudas del deudor legitimados para la apertura de este procedimiento deberán manifestar su elección por una u otra alternativa[33].

Cualquiera sea la opción, la apertura del procedimiento especial, como sucede con el ordinario, determina la paralización de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos del deudor, con independencia de que la ejecución se hubiere iniciado en el momento de la solicitud, y de la condición del crédito o del acreedor (siendo de aplicación lo previsto en el capítulo II del título II del libro segundo, con las especialidades previstas en el libro III, conforme art. 694.4. TRLC). Esta regla tiene sus excepciones, así, la suspensión no afectará a los créditos con garantía real, sin perjuicio de que en este ámbito el deudor puede solicitar su suspensión —también las ejecuciones de crédito público— cuando recayeren sobre los bienes y derechos necesarios para la actividad empresarial o profesional y se mantendrá por un máximo de tres meses desde el decreto en que se tenga por efectuada la solicitud (art. 701.1.y 2.TRLC). Tampoco se suspenderán las ejecuciones de los créditos que no se vean afectados por el plan de continuación (art. 694.4.TRLC).

Con el propósito de reducir los costes del procedimiento, junto a lo anteriormente expuesto, se ha limitado la participación de los profesionales e instituciones a los supuestos en que cumplan una función imprescindible, o cuyo coste sea asumido voluntariamente por las partes. Apartándose de lo previsto en el Anteproyecto de Reforma al TRLC en el que se contemplaba la facultad del deudor de solicitar la asistencia de abogado, el art. 687.6. TRLC requiere con carácter necesario la asistencia letrada y representación procesal mediante procurador. Se ha excluido de esta necesidad, aunque no definitivamente según se verá, el preceptivo nombramiento de la administración concursal, y del experto en el período de negociaciones abierto a solicitud del deudor. Se parte así del principio del deudor no desapoderado (*debtor in posesión*)[34], quien, por regla general, y con independencia de que se haya optado por un plan de continuación o de liquidación, conservará sus facultades de administración o disposición. Esta regla del deudor no desapoderado es modificable tanto a instancias del propio deudor, como de los acreedores, cuyos créditos habrán de representar un porcentaje más o menos elevado del pasivo, según pretendan, en el marco del procedimiento especial de continuación y estando el deudor en situación de insolvencia actual, la limitación de las facultades, la intervención o la sustitución por un experto en la reestructuración, de la siguiente manera: los acreedores que representen al menos el 20 % del pasivo total pueden solicitar la limitación de estas facultades del deudor que se encuentre en estado de insolvencia actual (art. 703 TRLC), así como también, en cualquier momento del procedimiento, pueden solicitar la intervención a través del nombramiento de un experto en la reestructuración (el propio deudor podría solicitarlo en este último caso), o la sustitución, si sus créditos representan al menos el 40 % del pasivo, encontrándose en todo caso el deudor en situación de insolvencia actual. (art. 704 TRLC); a la solicitud de limitación de facultades, como al nombramiento de experto en reestructuraciones pueden oponerse el propio deudor (art. 703.3. TRLC), o el deudor y los acreedores que representen la mayoría del pasivo (art. 704.4. TRLC), a menos que el nombramiento sea necesario a efectos de realizar las valoraciones previstas o entablar acciones rescisorias o de responsabilidad, previstas en el libro tercero, en cuyo caso no cabe la oposición de los acreedores. En este último supuesto no se prevé la enervación de la oposición del deudor, lo que,

en nuestra opinión no se justifica, dada la importancia y gravedad de las acciones que están en juego.

Cuando el procedimiento especial precipite en una solución liquidativa, el deudor y los acreedores que representen el veinte por ciento del pasivo —que se reducirá a diez por ciento en caso de paralización de la actividad empresarial o profesional del deudor— pueden solicitar el nombramiento de un administrador concursal (art. 713.1 TRLC). No obstante, en el procedimiento especial de liquidación se ha previsto en el art. 713.5 TRLC que el juez pueda nombrar un administrador concursal a instancia de un único acreedor, cuando el deudor haya provisto información insuficiente o inadecuada, o haya observado un comportamiento que genere dudas razonables sobre la conveniencia de realizar las operaciones de liquidación. En estos supuestos, se ha ordenado, a su vez, que la retribución corra a cargo del deudor y que su cobro se produzca tras la satisfacción del crédito público privilegiado, apartándose con ello de la regla prevista en este Libro tercero conforme la cual el coste del nombramiento de estos profesionales debe ser asumido por quienes lo solicitan (arts. 704.7, 713.4, 714.3 TRLC).

4. Presupuesto objetivo amplio: probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual

La puerta de acceso al procedimiento especial es amplia, tanto como la que autoriza el acceso al preconcurso del Libro segundo, y todavía más que la que abre el concurso del Libro primero, en cuanto cabe que acceda a este procedimiento el deudor que se encuentre en probabilidad de insolvencia, en estado de insolvencia inminente o insolvencia actual[35], a menos que pretenda su tramitación como procedimiento especial de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento, en cuyo caso se exige su insolvencia actual o inminente (art. 683.3. TRLC)[36].

Con carácter previo, autónomo e independiente del procedimiento en sí, el art. 686 TRLC prevé que cualquier microempresa pueda "comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la apertura de negociaciones con los acreedores con la finalidad de acordar un plan de continuación o una liquidación con transmisión de empresa en funcionamiento en el marco de un procedimiento especial, siempre que se encuentre en probabilidad de insolvencia, en estado de insolvencia inminente o en insolvencia actual". Por tanto, el presupuesto objetivo a la comunicación de negociaciones, no estrictamente del procedimiento especial, coincide con lo previsto en el art. 585 TRLC respecto a la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración. En este sentido, el art. 690. 3. TRLC contiene una expresa remisión al régimen jurídico previsto en el libro segundo, título II, capítulos I y II (donde se regula la comunicación de apertura de negociaciones con acreedores, y sus efectos) aunque introduciéndose algunas especialidades.

En relación con la apertura del procedimiento, se ha previsto tanto la facultad como el deber del deudor de instarla en determinadas circunstancias, y la legitimación para que lo hagan otras personas distintas a él[37]. Por lo que respecta al propio deudor, en el art. 691 TRLC se establece que comparezca asistido de abogado, cuando se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o

actual —salvo que solicite la apertura como procedimiento especial de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento, en cuyo caso deberá encontrarse en estado de insolvencia inminente o actual (art. 686.3. TRLC)— y solicite la apertura del procedimiento especial mediante la presentación del formulario normalizado. Este formulario puede presentarse y tramitarse bien a través de la sede judicial electrónica, bien en las notarías, oficinas del registro mercantil o cámaras de comercio que hayan asumido estas funciones. Entre la información que ha de aportar en este momento, se exige que el deudor explique las causas y el alcance de las dificultades financieras, y "el tipo de insolvencia en la que se encuentra".

Estando en insolvencia probable o inminente, la apertura del procedimiento especial es una facultad del deudor, quien estará obligado a solicitarla, dentro de los cinco días hábiles siguientes al transcurso de los tres meses del período de negociaciones, si se encuentra en situación de insolvencia actual (art. 690 TRLC). Como en el concurso, tiene también el deber de solicitar su apertura dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiere conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual, presumiéndose su conocimiento, salvo prueba en contrario, si hubiesen acaecido alguno de los hechos externos reveladores de la insolvencia que sirven de fundamento a la solicitud de otros legitimados distintos al deudor (art. 686.2. TRLC) Por lo que respecta al incumplimiento de este deber en las circunstancias señaladas, constituye también presunción de culpabilidad, salvo prueba en contrario, en el caso de apertura de la calificación abreviada (por remisión a las disposiciones generales de la calificación del concurso, prevista en el art. 718.1. TRLC), solicitada bien por la administración concursal —en caso de que haya sido nombrada— bien por los acreedores que representen el diez por ciento del pasivo o por los socios personalmente responsables de las deudas, dentro de los sesenta días naturales siguientes a la apertura de la liquidación o, por cualquiera de los acreedores, si el deudor hubiera cometido inexactitud grave en los formularios o documentos que los acompañen[38].

El art. 691.5. TRLC impone al deudor igualmente el deber de solicitar la apertura del procedimiento especial en el plazo de un mes —nótese el apartamiento del plazo general de dos meses previsto en el art. 686.2 TRLC— habiendo transcurridos tres meses de incumplimiento en el pago a que se refiere el artículo 2.4.5º TRLC donde se especifica como hecho externo revelador del estado de insolvencia el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso, cuotas de seguridad social, salarios e indemnizaciones a los trabajadores…[39]. En este último caso, el legislador no vuelve a requerir el estado de insolvencia actual, aunque cabe entenderlo así por la propia remisión normativa. Pero sí agrava los efectos del incumplimiento de este deber, en el sentido de que, de no solicitarse la aperetura del procedimiento en el plazo anterior, las quitas y esperas que resulten de la aprobación del plan de continuación no afectarán a los créditos tributarios y de la seguridad social. En nuestra opinión se trata de una consecuencia desproporcionada y gravosa tanto para el deudor como para el resto de los acreedores, por los siguientes motivos: respecto al primero, porque puede que su negocio no resulte viable sin vincular a estos acreedores públicos; en cuanto a los segundos, porque son relegados frente a los bienes afectos al cumplimiento de las obligaciones del deudor, sin una clara razón de oportunidad[40].

Respecto a las personas legitimadas distintas al deudor para solicitar la apertura del procedimiento el art. 691 ter. TRLC otorga esta facultad también a cualquier acreedor —sin la excepción prevista en el art. 3.2. TRLC para el concurso— o a los socios personalmente responsable de las deudas de la microempresa que se encuentre en estado de insolvencia actual, mediante la presentación de formulario normalizado e incluyendo los extremos previstos en la norma. Entre estos se exige "…una justificación explicativa de la situación de insolvencia actual con alegación del hecho o hechos externos reveladores de acuerdo con el libro primero", previstos concretamente en su art. 2.4. TRLC.

Tal como hemos anticipado, el procedimiento especial es único, exclusivo, y aglutinador de normas preconcursales y concursales. Junto a estos caracteres, cabe señalar su polivalencia funcional, al estar diseñado en su conjunto tanto para prevenir, como para solucionar la insolvencia. La circunstancia de que el legislador haya previsto también la probabilidad de insolvencia como puerta de acceso al procedimiento especial revela su interés en facilitar a los deudores microempresas que eviten su deterioro en un estadio considerablemente temprano de dificultades financieras[41], a través de un plan de continuación, que ofrezca una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa en el medio plazo, o de su rápida salida del mercado por liquidación cuando sean inviables. A este fin, es preciso fomentar, en paralelo, un cambio de mentalidad en los deudores —también en los acreedores, en especial las entidades financieras a veces reacias a la renegociación fuera de una grave situación financiera— hasta ahora más proclives a reaccionar frente a la insolvencia actual, aunque también habrá que formarlos y asistirlos para que estén en condiciones de detectar la viabilidad del negocio a dos años vista[42].

IV. CONCLUSIONES

I. Habiendo entrado en vigor el régimen del procedimiento especial para microempresas, aún no están dadas las condiciones para su aplicación. Es cierto que se ha abierto el acceso a la plataforma electrónica y a los formularios, pero no sólo resta superar la fase de pruebas de todo el sistema, sino también la reglamentación de algunas de las cuestiones asociadas al funcionamiento de la plataforma (así, los requisitos de venta de los activos fuera del régimen de subasta, conforme a lo previsto en la Disposición adicional segunda de la Reforma al TRLC).

II. Por lo que respecta a su ámbito de aplicación subjetivo, debe lamentarse su bajo umbral de acceso porque, al resultar fácilmente superable, obligará a muchos deudores, con características similares a las microempresas, a acogerse al concurso y/o a las reglas especiales previstas en el art. 682 TRLC para el preconcurso. Por otra parte, es criticable que resulten excluidas de su ámbito las personas naturales no empresarios o profesionales. Respecto a los empresarios o profesionales sujetos al procedimiento especial, la norma exige que estén llevando a cabo la actividad tales actividades al momento de comunicar la apertura de negociaciones con los acreedores, o a la solicitud de apertura del procedimiento, resultando excluidos aquellos que hubiesen llevado a cabo estas actividades con anterioridad a los momentos señalados.

III. En relación con los aspectos relevantes de este procedimiento, uno de las más destacables, a nuestro modo de ver, y derivado de su carácter aglutinador de normas concursales y preconcursales —que no están definidas ni identificadas como tales en el texto de la Ley— es su propia denominación "especial", sin más, porque ello constituye un pequeño avance hacia la eliminación de los costes indirectos asociados al término "concurso". Otra ventaja para las microempresas, derivada del enfoque modular de este procedimiento, es que está previsto que funcione como un traje a medida de sus necesidades, debiéndose señalar por ello también su polivalencia funcional.

IV. En lo atinente a la prescindencia del administrador concursal, o del experto en reestructuraciones, no parece que pueda conseguirse del todo, primero porque el art. 713.5. TRLC deja la puerta abierta a que un único acreedor pueda solicitar al juez —en las circunstancias allí previstas— el nombramiento de un administrador concursal, corriendo la retribución a cargo del deudor, y apartándose con ello de la regla según la cual el coste del nombramiento de estos profesionales debe ser asumido por quienes los solicitan. Por otra parte, porque no siempre el deudor estará en condiciones de elaborar por sí solo la lista de acreedores, clasificarlos según su naturaleza concursal, valorar sus activos —por muy simple que resulte la estructura del negocio—, preparar un plan de continuación, y/o un plan de liquidación, y menos todavía atendiendo a las severas consecuencias que se derivan de la inexactitud de la información presentada a partir de la apertura de la calificación abreviada.

V. Respecto al presupuesto objetivo del procedimiento especial, se ha subrayado su amplitud, que revela la determinación del legislador por abordar cuanto antes las dificultades financieras del deudor microempresa, hasta ahora más proclive a reaccionar frente a la insolvencia actual. Junto a tan amplio presupuesto, y con el fin de acabar con la inercia de estos deudores, entre otras medidas, debería promoverse un sistema de alertas temprana, preferentemente en el marco de un plan de autodiagnóstico de salud empresarial, que coloque a las microempresas en condiciones de detectar su viabilidad a dos años vista.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Altman, E., (1984), "A futher empirical investigation of the bankruptcy cost question", *The Journal of Finance* 39, nº 4, pp. 1067-1089, disponible: https://www.jstor.org/stable/pdf/2327613.

Davis, R.B., Madaus, S., Mazzoni, A., Mevorach, I., Mokal, r., Romanine, B., Sarra, J. P., Tirado, I., (2016), "The modular approach to Micro, Small, and Medium Enterprise Insovency", disponible en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2904858

Fernández Pérez, N., (2022), "Libro Tercero. Procedimiento especial para microempresas", en Gallego Sánchez, E. (dir.), AA.VV. *Derecho concursal y preconcursal. Texto Refundido de la Ley Concursal, tras la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre,* T.2, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 2336-2383.

Fernández Torres, I., (2020), "Comentario al Artículo 1.2. TRLC", en Pulgar Ezquerra, J., (Dir.), AA. VV. *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal,* 2ª ed., T. I, Madrid: La Ley, 2020, pp. 158-167.

Flores Segura, M., (2022), "El procedimiento de insolvencia especial para microempresas: una visión general", *Diario La ley,* Nº 10169, 14 de noviembre, versión digital.

Gallego Sánchez, E., (2022), "Los presupuestos de la declaración del concurso. Presupuesto subjetivo"., Gallego Sánchez, E. (dir.), AA.VV. *Derecho concursal y preconcursal. Texto Refundido de la Ley Concursal, tras la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre,* T.1, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 76-142.

Gurrea Martínez, A., (2021), "Implementing and insolvency framework for micro and small firms", *International insolvency Review,* https://doi/10.1002/iir.1422.

Haugen, R., Senbet, L., (1978), "The insignificant of bankruptcy costs to the theory of optimal capital structure", *The Journal of Finance* 33, nº 2, pp. 383-393, disponible https://www.jstor.org/stable/pdf/2326557.

Miller M. H., (1991), "Leverage", *The Journal of Finance,* vol. 46, nº 2, disponible: https://www.jstor.org/stable/pdf/2328832.

Pulgar Ezquerra, J., (2020), "Comentario al art. 2. TRLC", en Pulgar Ezquerra, J., (Dir.), AA. VV. *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal,* 2ª ed., T. I, Madrid: La Ley, pp. 167-198.

— (2021), *Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de financiación y acuerdos extrajudicales de pago,* 3ª ed., Madrid: La Ley.

Rojo, A., (2023), "La conversión de créditos en acciones o participaciones en los planes de reestructuración", en Peñas Moyano, M. J. (coord..), AA.VV *Estudios de Derecho de Sociedades y de Derecho Concursal. Libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González,* Ed. Universidad de Valladolid, pp. 739-768.

Sanjuán y Muñoz, E., (2022), *Reestructuración y liquidación de microempresas en crisis. El procedimiento especial para microempresas y su régimen transitorio. Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal,* Valencia: Tirant lo blanch.

Tirado Martí, I., (2022), "El procedimiento especial para micropymes en el Texto Refundido: ¿una oportunidad perdida?", *I&R* nº 7, octubre, pp. 237-279.

Vela Pérez, J., (2023), "El procedimiento especial de microempresas", *ADC,* Nº 58, versión digital.

World Bank Group, (2017), "Report on the treatment of MSMEs insolvency", Washington, DC., pp. 1-5, disponible en: htpps://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/973331494264489956/report-on-the-treatment-of-msme-insolvency.

— (2021), "Principles for Effective Insolvency and Creditor and Debtor Regimes", Washington, DC.

— (2022), "World Development Report 2022: Finance for an Equitable Recovery", Washington, D.C., disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/36883

NOTAS

[1] Este trabajo se encuentra en el marco del proyecto de investigación de referencia PID 2019-107487GB-100 (Ministerio de Ciencia e Innovación) sobre "Gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia", cuya investigadora principal es la profesora Juana Pulgar Ezquerra.

[2] La Directiva sobre reestructuración e insolvencia no contempla un procedimiento especial para microempresas —a las que denomina pymes conjuntamente con las pequeñas y medianas empresas, remitiéndose a la definición de la normativa nacional aplicable (art. 2.2)— limitándose a matizar algunas exigencias cuando el deudor fuese una pyme, así respecto a la facultad de los Estados miembros de limitar la exigencia del consentimiento del deudor a los planes de reestructuración a los casos en los que el deudor sea una pyme (art. 11.1, párrafo 2º), como de quedar exentas de la formación de clases de acreedores, habida cuenta de la estructura relativamente sencilla de sus capital (considerando 45). Por ello, con la inclusión del libro tercero en el TRLC, el legislador español ha ido más allá en el proceso de transposición de la Directiva. Actualmente se está tramitando una nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de armonización de determinados aspectos del Derecho de Insolvencia de 7 de diciembre de 2022 [COM (2022) 702 final] (https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8adadc6c-76e9-11ed-9887-01aa75ed71a1.0011.02/DOC_1&format=PDF que, entre sus disposiciones, y con el objeto de reforzar la eficiencia de los procedimientos de insolvencia, introduce un procedimiento especial para facilitar y acelerar la liquidación de las microempresas, reduciendo los costes administrativos asociados al procedimiento de insolvencia estándar (Cfr. Exposición de Motivos de la Propuesta. 3. Resultados de las Evaluaciones *ex post*, de las consultas con las partes interesadas y de las evaluaciones de impacto; considerandos 35-46). El régimen proyectado en este ámbito (Título VI, arts. 38 a 57 Propuesta Directiva 2022 Derecho de insolvencia) se adecua mucho a las previsiones del nuevo libro tercero del TRLC, porque precisamente este ha sido tenido en cuenta a la hora de redactar la citada Propuesta de Directiva. Así, entre estas previsiones tomadas de nuestro libro tercero, cabe citar: el carácter innecesario del nombramiento del administrador concursal —que podrá nombrarse a solicitud de parte y siempre que los costes de su intervención sean financiados por el solicitante o por la masa del concurso—, utilización de formularios normalizados y medios electrónicos para todas las comunicaciones entre la autoridad competente y, en su caso, el administrador concursal y las partes en el procedimiento; una o varias plataformas de subasta electrónica a efectos de la venta de los activos de la masa del concurso en el marco del procedimiento simplificado de liquidación.

[3] Lo propio ordena el nuevo art. 682.3 TRLC en la regulación de las pequeñas y medianas empresas.

[4] Disposición final decimonovena de la Reforma al TRLC, salvándose el apartado segundo de su art. 689 TRLC que entrará en vigor cuando se apruebe el desarrollo reglamentario del régimen de la administración concursal. Respecto a este Reglamento, el pasado 9 de enero de 2023 el Ministerio de Justicia abrió (hasta el 24 del mismo mes) una consulta pública previa sobre el Real Decreto por el que se desarrolla el Reglamento de la Administración Concursal.

[5] Disposición adicional segunda y disposición adicional cuarta de la Reforma al TRLC, respectivamente.

[6] A través de la cual deberá producirse la liquidación de los bienes individuales o de categorías genéricas de bienes del deudor. Complementariamente podrá realizarse mediante entidad especializada, a menos que se justifique debidamente mediante criterios objetivos (art. 708.3. TRLC), debiéndose entender, por tanto, que deberá justificarse el recurso directo a esta entidad especializada. Como se indica en el Preámbulo de la Reforma al TRLC, y atendiendo a lo previsto en su Disposición adicional segunda, la plataforma es de acceso gratuito y universal, y acoge los activos del procedimiento, conformados por catálogo y organizados

por categorías según criterios comerciales, siendo enajenables de manera individual o por lotes.

[7] A lo que se refiere brevemente el Preámbulo de la Reforma al TRLC, remitiéndose a los datos del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a 30 de agosto de 2020. El impacto de estas empresas en la economía española es un botón de muestra de lo que ellas representan a su vez a nivel mundial. Con todo lo difícil que puede resultar medir este impacto —bien por la falta de consenso en la propia definición de micro, pequeña o mediana empresa [MSMEs, por sus siglas en inglés], bien porque forman parte de una economía informal— es claro que estas empresas son claves en el desarrollo del empleo, la economía y el comercio en todos los países y por tanto es crucial que el Derecho aborde oportunamente sus problemas de insolvencia, facilitando tanto la supervivencia de las que sean viables, como la rápida salida del mercado de las inviables. A este respecto, véase: World Bank Group, 2017, pp. 1-5.

[8] Las conductas oportunistas —y arriesgadas, algunas veces motivadas por factores emocionales— de estos deudores se explican por "una apuesta de resurrección" de una compañía en la que habiéndolo perdido todo, salvo la limitación de la responsabilidad, más no se puede perder. Cfr. Gurrea Martínez 2021, p. 3.

[9] Cfr. Miller, 1991, p. 484, donde se advierte que en las pequeñas compañías los costes directos del procedimiento podrían fácilmente consumir la masa activa.

[10] Así lo expone también el Preámbulo de la Ley de Reforma al TRLC. La necesidad de adaptar los procedimientos de insolvencia al perfil de las micro y pequeñas empresas ha venido reconociéndose en varias ocasiones a nivel mundial, así en su informe específico World Bank Group, 2017; más recientemente 2021, p. 8 y s; 2022, ps. 123-148, donde, entre otras cosas, se advierte que las pymes con frecuencia carecen de los recursos y conocimientos técnicos necesarios para comprender y utilizar eficazmente sistemas de insolvencia complejos y costosos.

[11] Una visión general sobre todo el procedimiento: Flores Segura, 2022.

[12] Disponible aquí: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32003H0361

[13] Cfr. Pulgar Ezquerra, 2021, p. 139 y s.

[14] Vela Pérez, 2023.

[15] Sobre la impropiedad de la rúbrica del libro tercero: Gallego Sánchez, 2022, p. 77.

[16] Misma crítica: Fernández Pérez, 2022, p. 2345 y s.

[17] Tirado Martí, 2022, p. 241.

[18] Si se tratase de personas casadas, deberán indicar en el formulario de solicitud de apertura del procedimiento la identidad del cónyuge, así como el régimen económico del matrimonio (art. 691.3.3º TRLC); en todo caso, el deudor empresario o profesional persona física que reúna los requisitos legales podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho, una vez terminada la liquidación y distribuida el remanente, conforme lo establecido en libro primero del TRLC. cfr. art. 715 TRLC.

[19] A favor de la inclusión de unos y otros en el presupuesto subjetivo del concurso: Fernández Torres, 2020, p. 165 y s. En relación con las microempresas, pensamos que su exclusión vendrá dada no por la tipología, sino, si acaso, por la falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 685 .1. TRLC.

[20] Tribunal de Instancia Mercantil de Málaga (Juzgados nº 1, 2 y 3), Acuerdo Nº 2, 2023, reunidos: Márquez, Mª. J.P., Castro Azuaga, C., Rodríguez Valiente, C., Moreno Velasco, V, Galiano Nieves, Mª J., Marina Coll, R.

[21] En el mismo sentido: Tirado Martí, p. 242.

[22] Por ejemplo, los Juzgados de Primera Instancia Mercantil de Málaga (nº 1, 2 y 3, *cit. ut supra*) han considerado que los arts. 37 bis a 37 quinquies del TRLC pueden aplicarse supletoriamente, cuando pueda considerarse que concurren en el deudor microempresa los requisitos para considerar que carece de masa de acuerdo con los criterios fijados en el art. 37 bis, atendiendo a que no existe una regulación específica para tal supuesto en el libro tercero, y a que no resulta contrario a las prescripciones del mismo.

[23] El Anteproyecto de Ley de Reforma al TRLC ordenaba la exclusión del crédito público cuando la apertura del procedimiento se hubiera declarado en caso de insolvencia probable. En su versión final, el legislador ha eliminado esta salvedad —que podría haber complicado la reestructuración temprana de las microempresas, en las que precisamente el crédito público suele ser más abultado que en las grandes empresas— aunque ha introducido una serie de especialidades cuando concurra el crédito público, así en los arts. 685.4. TRLC, 694.4 TRLC, 698.3 TRLC. Respecto a estas especialidades se ha señalado, con razón, que implican una sobreprotección al crédito público susceptibles de destruir el valor de la empresa en funcionamiento, impidiendo una reestructuración acordada o una venta agregada, sin mejorar, correlativamente, la posición de la propia administración pública. *Vid:* Tirado Martí, p. 279.

[24] Cfr. Miller, p. 484, donde se señala la carga emotiva y psicológica de término *bankruptcy;* Pulgar Ezquerra, 2021, p. 66 y s., quien trae a colación la distinción por parte de la doctrina tradicional entre los costes directos e indirectos conectados con el concurso de acreedores, y su consecuente impacto en las decisiones de reestructuración de capital. A este mismo respecto, alguna doctrina ha señalado que tales costes —tanto los directos como los indirectos— únicamente son relevantes atendiendo a la liquidación de la compañía (no necesariamente relacionada con el concurso) así: Haugen, Senbet, 1978, pp. 383-393; mientras que otros autores delimitan su evidencia también en la mera probabilidad de insolvencia, así: Altman, 1984, pp. 1067-1089. Este último autor, por su parte, expone críticamente algunos métodos para valorar cuán significativos resultan no sólo los costes directos, sino también los indirectos.

[25] Este enfoque modular ha sido considerado por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en el 51º período de sesiones —Nueva York, 10 a 19 de mayo de 2017— en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Cfr. "Insolvency of Micro, Small, and Medium-Sized enterprises", A/CN.9/WG.V/WP.147. Un análisis y descripción más extensa sobre este enfoque modular en: Davis, Madaus, Mazzoni, Mevorach, Mokal, Romanine, Sarra, Tirado, 2016.

[26] El presupuesto objetivo es idéntico al previsto en el art. 585 TRLC respecto a la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración (volveremos sobre este presupuesto objetivo más adelante). El art. 690. 3 TRLC ordena la aplicación del régimen jurídico regulado en el libro II, título II, capítulo I y II con algunas salvedades, entre ellas y, a diferencia de los previsto en el art. 607 TRLC, que los efectos de la apertura de las negociaciones sean improrrogables, (cfr. art. 690. 3. 3 TRLC). Transcurridos 3 meses del período de negociaciones, el deudor que se encuentre en situación de insolvencia actual deberá solicitar la apertura del procedimiento especial, cfr. art. 690.7. TRLC.

[27] Tampoco la comunicación de existencia de negociaciones, o la intención de alcanzarlas de inmediato para alcanzar un plan de reestructuración implica, en puridad, la apertura de un procedimiento. En el mismo sentido, en el marco de la legislación anterior (comunicación apertura de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o para alcanzar un acuerdo de refinanciación): Pulgar Ezquerra, 2021, p. 433 y s.

[28] Por ello, a nuestro modo de ver el nuevo art. 690 TRLC es una norma pre-procedimiento especial.

[29] Las normas de este procedimiento abreviado tendían a otorgar una mayor celeridad a los procedimientos concursales de menor complejidad, pero sin configurarlo como un procedimiento especial diferenciado del ordinario, sino que, sobre la base de los mismos trámites, se limitaban a reducir algunos de sus plazos, así, para determinadas actuaciones de la administración concursal (art. 525 TRLC), para la impugnación del informe provisional (art. 526 TRLC), el plazo para presentar una propuesta de convenio (art. 527 TRLC) o la apertura de la fase de liquidación (art. 528 TRLC).

[30] De allí que no puedan homologarse planes aprobados únicamente por una minoría de acreedores. Cfr. Flores Segura, p. 15; Tirado Martí, p. 268.

[31] Sobre la interconexión e importancia de la veracidad del contenido de los formularios: Sanjuán y Muñoz, 2022, ps. 108-114.

[32] Al que se puede acceder a través del siguiente enlace: https://www.administracionde-justicia.gob.es/-/servicio-electronico-de-microempresas.

[33] La elección de una u otra modalidad no es definitiva, ni por para el deudor, ni para el resto de los legitimados. En efecto, frente a la elección de estos últimos de un procedimiento de continuación, el deudor puede imponer la liquidación siempre que esté en una situación de insolvencia actual (art. 691 quinquies 1. 2.º TRLC); y si se solicitó un procedimiento de liquidación, el deudor puede poner en marcha un procedimiento de continuación (art. 691 quinquies 1.3.º TRLC). En relación con la facultad de elección del deudor, una vez comenzada la tramitación de un procedimiento de continuación, hay que señalar que los acreedores cuyos créditos representen más de la mitad del pasivo pueden solicitar, en cualquier momento y sin necesidad de justificación adicional, la conversión del procedimiento de continuación en uno de liquidación, si el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual (art. 693.2. TRLC); y, si los acreedores representan un veinticinco por ciento del pasivo, en la situación anterior, pueden, en cualquier momento, solicitar la conversión de un procedimiento de continuación en uno de liquidación, siempre que, objetivamente, no exista la posibilidad de continuación de la actividad en el corto y medio plazo (art. 693.3.TRLC).

[34] Varias son las razones que justifican el apoderamiento del deudor, particularmente en el ámbito de las microempresas, a saber: más incentivos para acudir al procedimiento, fuente de información privada, conocimiento de las relaciones, y escasos recursos para invertir en la administración concursal. A este respecto: Davis, et. al., p. 47.

[35] Sobre el concepto de insolvencia actual e inminente en el concurso de acreedores ver por todos: Pulgar Ezquerra, 2020, ps. 167-198. Téngase en cuenta que la Reforma al TRLC ha acotado el plazo de previsibilidad (en relación con la insolvencia inminente) a tres meses.

[36] La Directiva sobre reestructuración e insolvencia aboga un presupuesto objetivo amplio —si bien de cara a la utilización de marcos de reestructuración— con el convencimiento de que "cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación". (cfr. Considerando 22). Con esta perspectiva, se explica la inclusión de la probabilidad de insolvencia en el presupuesto objetivo de los planes de reestructuración y del procedimiento especial. Cabe advertir, sin embargo, que la traducción española del art. 4.1 de la Directiva alude a la insolvencia inminente como puerta de acceso a un marco de reestructuración preventiva. Se trata de una traducción cuestionable de *likelihood of insolvency* que está más próxima a la "probabilidad" que a la "inminencia". Sobre esta desafortunada traducción: Pulgar Ezquerra, 2021, p. 175; Rojo, 2023, p. 727.

[37] Debiéndose completar en uno u otro caso distinto número de formulario.

[38] Establece el Preámbulo de la Reforma al TRLC que el pilar del procedimiento es la veracidad de la información aportada, y de allí que la ocultación de información relevante, la manipulación de datos, o la aportación de documentación incorrecta o no enteramente veraz tiene consecuencias severas. A este respecto, el art. 718.2. TRLC en el marco de la calificación abreviada, establece la presunción *iuris et de iure* de culpabilidad por la provisión de información o documentación gravemente inexacta o falsa.

[39] La solicitud se realizará por formulario normalizado y se presentará electrónicamente a través de la sede judicial electrónica, bien en las notarías u oficinas del registro mercantil (art. 690.5. TRLC). Se ha omitido en este supuesto la posibilidad de presentar la solicitud ante las cámaras de comercio que hubiesen asumido estas funciones, que sí están previstas en el apartado segundo del artículo que se comenta. Entendemos que se trata de un olvido involuntario del legislador.

[40] Misma crítica: Tirado Martí, p. 247, quien entiende, además, que esta norma debe relacionarse con el art. 690 TRLC de tal manera que durante el período de negociaciones quedará también en suspenso este deber. En general, la protección al crédito público pone en peligro al propio procedimiento. *Vid.* Fernández Pérez, p. 2351.

[41] La fijación del momento —presupuesto objetivo— en el que entra en juego el ejercicio de las acciones ejecutivas colectivas —propias del concurso de acreedores— conlleva un difícil equilibrio entre permitir una actuación temprana que evite la conclusión del procedimiento por insuficiencia o inexistencia de activo y los efectos derivados de la ejecución colectiva, que podrían solapar el ejercicio de acciones de ejecución individuales. Sobre esta cuestión de política legislativa: Pulgar Ezquerra, 2020, p. 168.

[42] En general, las microempresas cuentan con pocos recursos para la planificación y y prevención de las situaciones de riesgos financieros. Fernández Pérez, p. 2349. La profesora lamenta que no se haya prestado atención a los instrumentos de alerta temprana —pieza esencial en la Directiva sobre reestructuraciones— y que se haya omitido a las microempresas de la Disposición adicional quinta, donde se prevé la creación de una web para el autodiagnóstico de salud empresarial, así como de la Disposición final duodécima, en la que el Gobierno se compromete a promover la prestación de servicios de asesoramiento a pequeñas y medianas empresas en un estadio temprano de dificultades con el objeto de evitar su insolvencia.

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

La responsabilidad de administradores en la ejecución de la ampliación de capital

The responsibility of administrators in the execution of the capital increase

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN La responsabilidad de administradores en la ejecución de la ampliación de capital. Deber de cumplimiento normativo y diligencia debida

ABSTRACT The responsibility of administrators in the execution of the capital increase. Duty of regulatory compliance and due diligence

PALABRAS CLAVE: responsabilidad de administradores, ejecución ampliación de capital

KEY WORDS: The responsibility of administrators, execution of the capital increase

SUMARIO: I. DEL CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN DE UN AUMENTO DE CAPITAL COMO CONTRATO ENTRE EL SOCIO Y LA SOCIEDAD Y DE LA INEFICACIA DEL AUMENTO DE CAPITAL.—II. LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN LA EJECUCIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE CAPITAL.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. DEL CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN DE UN AUMENTO DE CAPITAL COMO CONTRATO ENTRE EL SOCIO Y LA SOCIEDAD

Como afirma la doctrina mercantilista, Álfaro Aguila Real,[1]<suele decirse que el aumento de capital constituye una "constitución parcial" de la sociedad. Esta imagen es útil porque, por ejemplo, al aumento de capital una vez inscrito, se

deben aplicar *las normas sobre la nulidad de la sociedad*. Pero esta equiparación es correcta en relación con el aumento de capital inscrito. Porque el contrato de sociedad y el contrato entre el nuevo socio y la sociedad anónima o limitada por el que el primero se convierte en socio mediante la suscripción de acciones o asunción de participaciones no son idénticos.

En efecto, en el caso del aumento de capital, el socio entrante celebra un contrato bilateral con la sociedad mientras que ésta (entendida como patrimonio separado, esto es, como persona jurídica) no existe, por definición, cuando se constituye la sociedad. El contrato de suscripción de las acciones de un aumento de capital no es, pues, un contrato de sociedad. Es un contrato bilateral que se celebra entre el suscriptor – antiguo o nuevo socio – y la sociedad. El contrato se perfecciona con la suscripción. Cuando suscribe las acciones, el socio acepta la oferta emitida por la sociedad. No son todos los demás socios los que emiten la declaración de voluntad. En las sociedades de personas, sin embargo, la entrada de un nuevo socio sí se articula a través del contrato de sociedad. Como dice Paz-Ares, el ingreso de un nuevo socio en una sociedad civil o una sociedad colectiva tiene lugar normalmente en virtud de un contrato de admisión que se celebra entre el entrante y los demás socios. La naturaleza de dicho contrato es societaria: se trata de un contrato de sociedad que se sustancia bajo la fórmula de adhesión al viejo contrato de sociedad. Viceversa, la salida de socios viejos provoca la extinción del vínculo societario entre el saliente y los demás.

No ocurre así con la suscripción de acciones o participaciones en un aumento de capital de una sociedad anónima o limitada. En estas, el contrato se celebra entre el socio y la sociedad, no entre los socios. Por eso tiene carácter bilateral y sinalagmático y se le aplican las normas sobre estos contratos y no las normas del contrato de sociedad.

En concreto, y de acuerdo con la naturaleza del aumento de capital, con la declaración de voluntad del suscriptor de suscribir las participaciones, éste pasa a ser socio de la SL (art. 1258 CC) sin que sea requisito de la adquisición de la condición de socio la inscripción del aumento de capital en el Registro Mercantil. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, la inscripción del aumento de capital no tiene efectos constitutivos. El aumento produce los efectos que le son propios desde que el acuerdo es ejecutado, esto es, desde que se celebran los contratos que tienen por objeto la asunción o suscripción de las acciones por parte de la sociedad y los nuevos socios, de manera que los suscriptores podrán ejercer sus derechos de socio desde que se complete la suscripción. La doctrina general sobre la eficacia de las inscripciones registrales no deja otra posibilidad. El aumento de capital no inscrito no puede perjudicar a terceros, pero los terceros pueden invocar el aumento acordado y ejecutado aunque no esté inscrito.

Los suscriptores cuyo aumento está en fase de inscripción ostentan ya derechos de socio. La sociedad está obligada a permitirles votar, por lo que pueden impugnar los acuerdos que les perjudiquen (legitimación activa ex *art 206.1 LSC)*. El argumento es más sólido en el caso de que hayan transcurrido los seis meses puesto que, aunque la ley autoriza a los suscriptores a pedir la devolución de sus aportaciones (resolver el contrato, *art. 316.1 LSC),* también les autoriza a exigir la formalización del contrato (esto es, la inscripción) por lo que no puede afirmarse

que su pretensión de impugnar los acuerdos sea inadmisible ya que la impugnación puede verse como una "acción de cumplimiento" del contrato de sociedad.>

Pues bien, en algunas ocasiones en la práctica mercantil asistimos a situaciones en que el órgano de administración en la ejecución de una ampliación de capital comete irregularidades tales como la vulneración de un derecho de suscripción preferente o incluso la atribución indebida de un derecho de preferencia de segundo grado.

Para el análisis de las situaciones anteriores, se hace preciso como antecedente del razonamiento exponer el significado y alcance de la fase ejecutiva en una ampliación de capital, razonado jurisprudencialmente.

Como pone de manifiesto con el siguiente tenor literal, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2011 —Id Cendoj: 28079110012011100665— en una ampliación de capital existe tanto la fase deliberativa como la fase ejecutiva:

"TERCERO.

Previamente a dar respuesta al motivo, en sus dos relatadas vertientes, se hace necesario identificar el marco en que se desarrolla el aumento de capital, pues el mismo está compuesto de dos fases —al respecto, sentencia de 2 de abril de 1990—: Una, previa, de deliberación, que concluye con la adopción por los socios del acuerdo de modificar los estatutos.

Otra, posterior, de ejecución, que se desarrolla con la perfección y el cumplimiento del llamado negocio jurídico de suscripción, esto es, de aquel por el que una persona se pone de acuerdo con la sociedad en adquirir una o más participaciones, acreditando ante el notario autorizante la realidad de las aportaciones dinerarias —artículo 19, apartado 2, de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, hoy artículo 62, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio."

Como afirma la doctrina, Castellano Ramírez (op. cit. págs. 10 y ss), [2] <Esta distinción entre la fase deliberativa y la fase ejecutiva permite apreciar en la operación de aumento de capital un proceso o procedimiento jurídico integrado por un conjunto de actos de distinta naturaleza que, vinculados entre sí por una relación de dependencia jurídica, confluyen para la obtención de ese concreto resultado jurídico común: la elevación de la cifra del capital social y la modificación de los Estatutos sociales (…) Así, la consideración de la operación de aumento del capital como un proceso con dualidad de fases y la calificación de la fase de ejecución como fase externa, cobran máxima intensidad cuando la operación de aumento se efectúa con cargo a nuevas aportaciones, especialmente, si tiene lugar la emisión de nuevas acciones. En efecto, la complejidad que presenta el contenido de la fase de ejecución de este tipo de ampliación —que, por esta razón, tomamos como modelo paradigmático a lo largo de este trabajo—, permite apreciar con mayor claridad aquella dualidad de fases y las múltiples cuestiones que puede suscitar la fase de ejecución. El contenido de la fase de ejecución aparece aquí claramente desglosado en una serie de actos jurídicos concatenados entre sí y recíprocamente dependientes: la suscripción de las nuevas acciones emitidas, el desembolso de las mismas en la cantidad establecida en las condiciones de emisión, y la adjudicación de dichas nuevas acciones a los suscriptores. Unos son actos cuya realización corresponde a personas distintas de la sociedad en sí (la suscripción y el desem-

bolso), y otros son actos a efectuar por los administradores en cuanto órgano que tiene atribuida la representación del ente social (la adjudicación de las acciones).>

Así, en función de la naturaleza del contrato de ejecución de la ampliación de capital y de las posibles irregularidades que sobre el mismo se puede proyectar por una indebida actuación de los administradores ejecutantes al vulnerar un derecho de suscripción preferente o reconocer indebidamente un derecho de preferencia de segundo grado, se hace preciso razonar sobre la determinación de la ineficacia de la fase ejecutiva de esta ampliación de capital irregular y las consecuencias de la misma.

Sin pretender entrar ahora en las discusiones doctrinales sobre el verdadero significado del término de "ineficacia" y sobre su distinción con otras figuras afines *(v. gr:* inexistencia, invalidez), partiremos, como nos indica Castellano Ramírez en su obra citada, siguiendo a un relevante sector de la doctrina civilista, de la identificación entre los conceptos de invalidez e ineficacia (F. DE CASTRO, *El negocio jurídico,* Madrid, 1985, p. 463; L. DlEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción. Teoría del contrato,* Madrid, 1993, p. 431;). En un primera aproximación al concepto de ineficacia puede decirse que "se considera negocio ineficaz aquel negocio al que cualquier obstáculo o defecto impide que despliegue sus naturales consecuencias" (DE CASTRO, *El negocio jurídico, cit,* p. 462), es decir, es negocio ineficaz aquél que no puede desplegar en el mundo de la realidad jurídica las mutaciones —sea cual sea su clase y contenido (de creación, declaración, modificación, extinción, etc.. de situaciones o relaciones jurídicas)— que esa reglamentación autónoma está llamada a producir según su propia naturaleza (L DlEZ-PICAZO, "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico", *ADC,* II, 1961, p. 810). En cuanto, a las consecuencias o "efectos" del negocio ineficaz, es imposible establecer de manera completa y rigurosa una lista de tales "efectos" puesto que, en definitiva, dependerán del tipo concreto de ineficacia de que se trate. No obstante, en líneas generales, aquellas consecuencias comportan la imposibilidad para tas partes de exigir los efectos del negocio, la irrelevancia de estos efectos, o la desaparición de los ya producidos *(vid.* DIEZ PICAZO, *Fundamentos,* I, p. 438-441).

Como expone Castellano Ramírez (op. cit. págs. 21 y 22), <es preciso advertir desde este momento que el recurso a la teoría general del negocio jurídico resulta imprescindible a la hora de abordar el tema de la ineficacia del aumento del capital, dado el carácter negocial implícito en la operación de aumento del capital social, tanto desde el punto de vista del procedimiento jurídico que ésta representa, como en lo que se refiere, en su mayor parte, a los actos individuales que la integran. En sentido amplio, se ha definido el negocio jurídico como un acto, declaración o acuerdo de voluntades dirigido a reglamentar de forma autónoma una determinada relación o situación jurídica (DE CASTRO, *El negocio jurídico, cit,* p. 25 y ss., en especial, p. 34; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos,* I, p. 73; E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico,* 2a ed. (trad. esp.), Madrid, 1959, p. 51 y ss.; L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico* (trad. esp.), Madrid, 1956, p. 58). Si la esencia del negocio jurídico se halla en el hecho de ser una reglamentación *autónoma,* es de destacar que el conjunto de actos que integran la operación de aumento del capital aparece presidido también por el principio de la autonomía privada. Así, en cuanto al *acuerdo* de aumento, constituye opinión unánime la

clasificación de los acuerdos sociales, dentro de la amplia categoría de los actos y negocios jurídicos, puesto que constituyen una declaración de voluntad imputable a la persona jurídica, que se encuentra dirigida a producir unos determinados efectos con transcendencia en el mundo del Derecho, discutiéndose únicamente el carácter o naturaleza interna de ese negocio (entre la doctrina civilista, *vid.,* DIEZ PICAZO, *Fundamentos,* I, *cit,* p. 75 y ss.; entre la doctrina mercantilista, por ejemplo, URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS, *La Junta General de accionistas, cit,* p. 50). Además, el carácter negocial aparece reforzado en el caso del acuerdo de aumento del capital, ya que este acuerdo es siempre fruto de la autonomía privada (ROJO, "El acuerdo de aumento", *cit*., p. 2343, destacando que, en rigor, en ningún caso la Ley obliga a la sociedad a aumentar su capital, lo que hace que dicho acuerdo sea siempre voluntario). Lo mismo cabe afirmar respecto de los actos de ejecución. Por un lado, aunque la ejecución del acuerdo de aumento, al igual que la ejecución de cualquier otro acuerdo social, es un acto debido o forzoso para los administradores de la sociedad (…) no lo es para la sociedad misma, que podrá decidir no ejecutarlo mediante la simple revocación del acuerdo por el mismo órgano competente que lo adoptó. Por otro, la suscripción es siempre una declaración que emana de la libre voluntad del suscriptor (socio o tercero), dado que no existe obligación de suscribir incluso aunque el socio hubiera votado a favor del acuerdo (ROJO, "El acuerdo de aumento", *cit,* p. 2344).

Y lo mismo cabe afirmar respecto del desembolso. En las sociedades de capital el principio de responsabilidad limitada impide obligar a realizar nuevas aportaciones al capital, por lo que el desembolso es siempre fruto del previo consentimiento, expresado, bien a través de la suscripción de nuevas acciones, bien mediante una declaración de voluntad en este sentido, como ocurre si el aumento del capital se instrumenta mediante la elevación del valor nominal de las antiguas acciones. Sólo el acto de adjudicación de las acciones —acto de ejecución típico— parece escapar de dicho carácter negocial. Tomando como referencia los contratos de compraventa de cosas genéricas, con los que el negocio de suscripción guarda evidentes semejanzas, el acto de adjudicación o de asignación puede ser concebido como un acto de especificación o individualización del objeto del negocio. Respecto de estos actos, dirigidos a separar del género los ejemplares concretos que pasan a propiedad del adquirente (o de cada uno de ellos, en caso de ser varios los que concurren a la adquisición de un conjunto indeterminado de objetos del mismo género), suele negarse su naturaleza negocial, ya que, puesto que el negocio se encuentra ya perfeccionado, son simples *actos debidos,* o, si se prefiere, actos de ejecución del contrato o actos de cumplimiento que no constituyen, propiamente, declaraciones de voluntad negocial *(vid.* MESSINEO, // *contratto in genere, cit,* p. 73 y ss., aunque reconociendo la existencia de algunos supuestos de actos de individualización que sí admitirían un carácter negocial; en la doctrina española, por ejemplo, J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil,* I, vol. 3o, 2ª ed., revisada por J. Delgado Echeverría, Madrid, 2000, p. 119 y ss.).>

Pues bien, como razona Castellano Ramírez (op. cit. págs. 25 y 26), <la *ineficacia directa* de la ejecución del acuerdo de aumento incluye todos aquellos supuestos en los que el vicio o defecto invalidante tiene su origen en la misma fase de ejecución. En estos casos, se parte de un acuerdo de aumento válido que no

adolece de vicio alguno que determine su nulidad o anulabilidad, situándose, por contra, el hecho invalidante en la fase de ejecución. La ineficacia de la ejecución del aumento es consecuencia de algún vicio o defecto que afecta de manera directa a uno o varios de los actos de ejecución. (…) Estos vicios o defectos de los actos de ejecución pueden ser de carácter *cuantitativo* o de carácter *cualitativo*. Bajo la expresión *defectos de carácter cuantitativo* se comprenden todos aquellos casos en los que alguno de los actos que, según la clase de aumento de que se trate, es necesario para concluir la ejecución del acuerdo o bien no ha podido ser realizado en absoluto, o bien lo ha sido sólo en parte. La existencia de defectos de carácter cuantitativo en la realización de los actos de ejecución significa, básicamente, que el acuerdo de aumento no ha podido ser ejecutado en toda su extensión o en todo su contenido, impidiendo la realización del resultado jurídico que constituye el objeto del mismo.

A diferencia de éstos, los *defectos de carácter cualitativo* se refieren a la existencia de vicios que determinan la ineficacia de alguno los actos de ejecución ya realizados y que son lo suficientemente relevantes para invalidar la fase de ejecución del aumento. En este caso no se trata de que falte algún acto necesario para la ejecución del acuerdo, ni de que su realización no haya sido completa, sino del hecho de que alguno de los actos de ejecución ya efectuados queda posteriormente invalidado debido a la concurrencia de circunstancias que llevan legalmente aparejada la sanción de la ineficacia.>

Por tanto, realizado el deslinde entre fase deliberativa y ejecutiva, ha de razonarse sobre la posibilidad de obtener una tutela judicial efectiva para el socio que ha visto vulnerado sus derechos en la misma.

II. LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN LA EJECUCIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE CAPITAL

Sentada la ineficacia del aumento de capital, en su fase ejecutiva, en los casos de vulneración por los administradores de la normativa protectora de un derecho de suscripción preferente (vid. art. 304 LSC) o cuando se atribuya indebidamente un derecho de preferencia de segundo grado (vid. 307 LSC), puede sostenerse que incluso se produciría con ello una clara vulneración del orden público societario ya que la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 942/2022 de 20 diciembre (RJ 2023\315), ha recogido al derecho de suscripción preferente dentro del orden público societario, cuando razona lo siguiente:

(iii) Derecho de suscripción preferente. Con base en los arts. 349 CC (que protege el derecho de propiedad privada) y el art. 33.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836) (que extiende esa protección a todos los derechos económicos frente a una privación injusta sin indemnización o contraprestación), la sentencia de esta sala de 30 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5078) declaró la nulidad de un acuerdo de junta general que, por vía de modificación estatutaria, privaba a una usufructuaria de un paquete de acciones del derecho de suscripción preferente

Pues bien, como doctrinalmente [3] se sostiene sin ambages el deber de legalidad forma parte del deber de diligencia de los administradores, ya que el artículo 225.1 LSC reza que los administradores «deberán desempeñar el cargo y cumplir con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario», sin que sea de aplicación a este caso la regla de la *business judment rule* que sólo protege del escrutinio judicial a las decisiones estratégicas y de negocio adoptadas ante una situación de incertidumbre (art. 226.1 LSC), mientras que estamos en este ejemplo propuesto ante un claro deber de diligencia de cumplimiento normativo (artículos 304 y 307 LSC).

De igual forma, en el ámbito que nos ocupa, se ha pronunciado la doctrina que ha estudiado con detenimiento las fases deliberativa y ejecutiva en una ampliación de capital, cuando liga la defectuosa e ilegal ejecución al deber de diligencia de los administradores, razonando lo siguiente: <En este sentido, es frecuente la idea, expresada a través de diferentes construcciones dogmáticas, de que el aumento del capital social —esto es, el efecto modificador de los Estatutos— sólo se produce una vez que el acuerdo que en su día se adoptó ha sido válidamente ejecutado. La conexión entre la fase deliberativa y la fase ejecutiva depende de un único instrumento general: el cumplimiento por los administradores del deber de diligencia (arts. 127.1 y 162.2 LSA)> [4]

Se produce, por tanto, el daño por el actuar antijurídico en la esfera competencial de los administradores, ya por violación de deberes específicos impuestos por la ley o los estatutos, ya por falta de diligencia en la gestión o representación de la empresa.

El deber genérico de administrar comporta dos facetas, cuales son la gestión y la representación social.

La responsabilidad de los administradores deriva de la relación que les une con la sociedad y que cabe calificar de *"contrato específico de administración"*, constituido por la aceptación del nombramiento, como negocio bilateral.

En realidad, se está ante un negocio típico del Derecho de sociedades en el que los deberes a cargo del administrador, aunque configurados principalmente por la Ley, nacen de la aceptación del cargo, si bien —como deberes jurídicos— son sancionados por la Ley para caso de incumplimiento.

Por tanto, las obligaciones del administrador se enmarcan en la regulación y régimen legal de las relaciones interorgánicas.

Es decir, responden los administradores en su actuación orgánica, pero el origen de tal responsabilidad es contractual. El incumplimiento de otras relaciones contractuales posibles tendrá su propio régimen, distinto del establecido por la relación orgánica de administrador. Igualmente, tendrá su propio régimen la causación de daño a la sociedad por actuación particular, fuera del propio ejercicio del cargo de administrador.

Como razona Álfaro Águila-Real,[5] la responsabilidad de los administradores para con los socios también tiene un obvio carácter contractual: <En relación con los daños causados a los socios es importante tener en cuenta que los administradores, además de gestores de la empresa social, en la cual han de actuar diligente y lealmente, son gestores del contrato social, es decir, encargados por los socios de la gestión del contrato social. Así, por ejemplo, ejecutan los acuerdos de los socios (un aumento de capital, la separación de un socio, el reparto de dividendos,

etc.) y se encargan de que los socios puedan tomar decisiones sobre el contrato social (convocando y organizando las juntas de socios). La responsabilidad de los administradores por daños causados directamente a los socios es, pues, contractual: deriva del incumplimiento por parte del administrador de los deberes que le impone el contrato social y las leyes de sociedades frente a los socios considerados individualmente (no admisión indebida en una Junta, negación indebida de dividendos...)>.

En el contexto que nos ocupa, la ejecución de una ampliación de capital claramente ha de enmarcarse dentro del deber de gestión y organización social que incumbe a los administradores en aplicación de la Ley de Sociedades de Capital. Así se pronuncia la doctrina cuando analiza el deber de diligencia de los administradores sociales: <Junto al deber de gestión en sentido estricto y al poder de representación, el legislador ha previsto una serie de competencias gestoras que específicamente se atribuyen al órgano de administración y que están relacionadas con la organización de la sociedad. Estas facultades, recogidas en la LSC y en otras normas se refieren al funcionamiento y organización de la sociedad, al cumplimiento de las obligaciones de la sociedad en las distintas facetas en que opera, a la tutela de los intereses de los participantes en la vida de la sociedad, etcétera. De este modo, entre otras, encontramos dispersas en la normativa societaria atribuciones relativas al inicio de las actividades societarias y de la vida de la sociedad; facultades respecto de la Junta general, de iniciativa, información y ejecución e impugnación de acuerdos; facultades relativas a los auditores de cuentas y a los liquidadores; competencias referidas a la Asamblea de obligacionistas, etcétera>. [6]

Por tanto, no puede obviarse que de conformidad con lo previsto en el artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital, los administradores no sólo representan a la sociedad sino que también son los encargados de la gestión del contrato social, ya que literalmente establece esta norma: <Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley> y en consecuencia, el incumplimiento de dicha gestión del contrato social, o sea, la falta de diligencia en la ejecución de una ampliación de capital por incumplimiento de la normativa del derecho de asunción preferente y de preferencia de segundo grado, implica como habíamos visto una responsabilidad contractual de los administradores en relación con los socios, ya que se ha producido un claro incumplimiento contractual del deber de diligencia en la gestión del contrato social.

Ante dicho incumplimiento contractual generador de la responsabilidad contractual referida, el acreedor puede obtener la satisfacción de su crédito bien *in natura* (cumplimiento específico) o bien, mediante una suma dinero coincidente con el valor de la prestación (cumplimiento por equivalente).[7]

Recientemente, Soler Presas, nos recuerda que <el sistema español, también el proyectado, sigue concediendo al acreedor, con carácter general y en términos más amplios que los establecidos en los PECL o el DCFR, el derecho a pretender el cumplimiento específico del contrato (Fenoy Picón, 2011, p. 1502. Es una decisión de política legislativa que cuenta con el respaldo mayoritario de la doctrina civil y mercantil, como así refleja el anteproyecto de ley de Código mercantil propuesto por la sección II de la Comisión General de Codificación (arts. 511-17; 511-21, sobre compraventa; 412-9 y 10 en la parte general —versión de marzo de 2018—). La pretensión de cumplimiento es, en nuestro derecho, la continuación

de la vinculación contractual y no tanto un remedio que surja del incumplimiento (Díez-Picazo, "art. 62 CISG" 1998, p. 498). El acreedor que la ejercita mantiene su vinculación y exige al deudor la prestación concretamente convenida. Cumple así la pretensión de cumplimiento una función de reintegración del derecho de crédito lesionado, únicamente posible si el acreedor obtiene aquello por lo que contrató, y no un cálculo aproximado de su valor en dinero. Es, pues, un remedio de conducta —por contraposición con los monetarios, de rebaja del precio e indemnización—, a realizar por el deudor o, si la naturaleza de la prestación debida lo permite, por un tercero.> [8]

Lo anterior y en el ámbito de las obligaciones de hacer donde nos movemos, el reflejo positivo de la solución al caso viene dado de forma genérica para las obligaciones fungibles por el artículo 1098 del Código Civil y más concretamente desde la perspectiva procesal por el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.[9]

De esta forma, el artículo 1098 del Código Civil dispone: *"Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo el tenor de la obligación. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho".*

Como didácticamente razonare el AAP M 9883/2009 - ECLI:ES:APM:2009: 9883A de 1 julio de 2009 (Ponente, Illescas Rus), desde luego, la conducta consistente en la emisión de una declaración de voluntad es, técnicamente, una conducta de hacer personalísimo y, por tanto, insustituible: si el deudor que está obligado a querer algo, no lo quiere, resulta imposible que otra persona pueda querer por él, de modo que el «querer» de éste último produzca los mismos efectos jurídicos. Ahora bien: esto no significa que las condenas a la emisión de una declaración de voluntad tengan que seguir forzosamente el régimen previsto en el art. 709 para las condenas de hacer personalísimo; por dos razones fundamentales: a) no siempre que el deudor debe emitir una declaración de voluntad es necesario acudir a la ejecución forzosa: en muchos casos, el negocio que precisaría una declaración de voluntad del ejecutado puede quedar constituido en la propia sentencia de condena; b) aunque la conducta consistente en la emisión de una declaración de voluntad sea insustituible "naturalmente" puede ser "jurídicamente" sustituible. La «sustituibilidad» natural de una conducta supone que puede ser realizada por otra persona distinta del ejecutado con resultado equivalente y sin necesidad de invadir la esfera patrimonial del deudor. Una conducta es jurídicamente sustituible cuando puede ser reemplazada por el Juez en cuanto titular de la potestad jurisdiccional. Quiere esto decir que cualquier conducta destinada a modificar el mundo de las relaciones jurídicas —crearlas, modificarlas o extinguirlas— es jurídicamente sustituible. Al Derecho le basta otorgar al hacer del Juez Ejecutor los mismos efectos que otorga a la declaración de voluntad del deudor, sin necesidad de acudir a la ficción de que la declaración de voluntad ha sido efectivamente emitida. De hecho, todas las conductas que están destinadas a innovar en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas son, normalmente, declaraciones de voluntad y todas ellas son jurídicamente «fungibles»

En relación con esta clase de ejecución de condena no ha optado el Legislador por la solución más económica y razonable: tener por emitida la declaración de voluntad con la firmeza de la sentencia —salvo, claro es, que dependa de una con-

traprestación y hasta que ésta se preste—; y se limita a confirmar tímidamente los criterios tiempo atrás establecidos por doctrina y jurisprudencia.

A efectos didácticos —y ahora legales— conviene distinguir aquí tres hipótesis diferentes:

1) Cuando la declaración de voluntad que debió emitir el ejecutado debe recaer sobre un objeto preciso y con un contenido perfectamente determinado (esto es, aquellas hipótesis en las que se sabe con certeza «qué es lo que el ejecutado debe querer»), no es necesario acudir a la ejecución forzosa: el Juez se limita a atribuir en la sentencia unos efectos jurídicos determinados a unos actos anteriores, prescindiendo por completo de la voluntad del deudor.

Se trata de una sentencia constitutiva que, en su caso, requerirá sólo de aquellas actuaciones que integran la ejecución impropia. La LEC 1/2000 no se refiere expresamente a este supuesto, lo cual no significa que lo excluya: al contrario, al no ser necesaria la ejecución forzosa, no hay razón para incluir previsión normativa alguna. Así sucede si en el proceso se pretendió el otorgamiento de un contrato de compraventa o la cancelación de una hipoteca, y la sentencia fue estimatoria. En todos estos casos, la declaración de voluntad necesaria se entiende emitida en el momento en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada y puede procederse a la realización de los actos que sean complementarios como si hubiera sido emitida por el deudor (v. gr., otorgar una escritura pública, ordenar una cancelación en un Registro Público, etc.).

2) Parcialmente diferente es la situación cuando el objeto sobre que debe recaer la declaración de voluntad no está perfectamente determinado, pero sí están presentes todos los elementos esenciales del contrato. El tema —muy debatido— se planteó en nuestro país con ocasión del precontrato; o mejor, de la promesa de venta (1451 CC). Una dirección jurisprudencial —antigua— entendía que del precontrato —que era un contrato válido— sólo surgía una obligación de hacer personalísimo que, incumplida, sólo podía dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios (STS 9 julio 1940). Pero, a partir de la STS 1 julio 1950 , el TS ha venido entendiendo que si en el precontrato figuran los elementos esenciales que integran el contrato, el Juez puede darlo por existente y actuar en consecuencia (STS 28 jun. 1974).

3) El problema es mucho más complejo si el contenido de la declaración de voluntad (aquello que el condenado debe "querer" porque se lo ordena la sentencia) no está perfectamente determinado con anterioridad: v. gr., el deudor nada ha dicho de los pactos y condiciones de una concreta declaración negocial; o no han sido fijados los elementos esenciales de un contrato —el precio de una compraventa, la calidad de ciertos bienes en una permuta, etc.—. La dificultad es, aquí, doble: no se trata sólo de sustituir una declaración de voluntad; se trata, sobre todo, de determinar el contenido y alcance de esa declaración de voluntad que va a producir efectos sobre el patrimonio del ejecutado. En determinados casos especiales, puede resultar indispensable sustituir al deudor incluso en la determinación del objeto de la declaración de voluntad, pero sólo si: a) la Ley lo autoriza expresamente; b) la Ley indica al Juez cuál es el procedimiento conforme al que debe fijarse el contenido de la declaración de voluntad. Así sucede, por ejemplo, en los contratos que deben realizarse con ocasión de la realización forzosa. La fijación de los elementos esenciales del contrato de compraventa a que se contrae la ad-

judicación en pública subasta (la cosa vendida —en sus condiciones actuales— y el precio —eventualmente también con sus condiciones: 650 3—), debe realizarse conforme al procedimiento inderogablemente previsto por la LEC (643 y ss.). Y lo mismo cabe decir respecto de la adjudicación en pago (650.4; 670.4, etc.). Sólo si se ha seguido escrupulosamente este procedimiento es válida la declaración de voluntad del Juez que aprueba el remate y que sustituye a la voluntad del ejecutado. Una venta cuyas condiciones de precio y cosa hubieran sido discrecionalmente fijadas por el Juez sería nula.

Más aun, reconociendo que la cuestión no es de fácil respuesta y que puede conllevar una notable injerencia en la esfera de los derechos privados, lo cierto es que la LEC 1/2000 es aquí tan conservadora como lo era la anterior LEC de 1881. El art 708.2 . II, se limita a ordenar que si en la sentencia de condena no están determinados los elementos esenciales de negocio o contrato sobre el que había de recaer la declaración de voluntad y el deudor condenado no la ha emitido voluntariamente en el plazo de espera del art. 548, no habrá más ejecución que la procedente por los daños y perjuicios causados al ejecutante (arts. 712 y ss.)

En nuestro caso, está perfectamente claro, por tanto, que el juez puede condenar no sólo a la ineficacia del acuerdo social, sino también a los administradores a ejecutar un acuerdo de ampliación de capital que previamente había sido acordado por la sociedad, pero ejecutado por los administradores de forma irregular. O mejor dicho: está claro que una condena de este tipo a los administradores es susceptible de ejecución *in natura*, aunque en realidad, estando perfectamente delimitados los elementos de la ampliación de capital no existiría ejecución propiamente dicha, sino que la sentencia desplegaría efectos constitutivos a partir de su firmeza, derivando la condena solicitada de la responsabilidad contractual existente por el incumplimiento del deber de diligencia de los administradores demandados en la gestión del contrato social al inaplicar correctamente la normativa reguladora del derecho de suscripción preferente (art. 303 LSC) en favor del socio en cuestión y aplicar incorrectamente el derecho de preferencia de segundo grado (art. 307 LSC) en la ampliación de capital concreta, lo cual supone incluso una clara actuación contraria al orden público. [10]

Por último y partiendo de lo anterior, hemos de recordar que la legitimación pasiva: es la que se refiere a la parte demandada y, puede definirse, según la STS n.º 306/2019, de 3 de junio, ECLI:ES:TS:2019:1969, como «una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida —titularidad jurídica afirmada— y las consecuencias jurídicas pretendidas» cuya determinación obliga a establecer si guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta, pues será esta, con independencia de su resultado, la que determine quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente.

Es decir y como decíamos, la relación jurídica concreta en este caso es la existente entre los administradores y los socios de una sociedad, a saber, el deber de gestión del contrato social de forma diligente y con pleno cumplimiento al acervo normativo aplicable, lo que implica – como hemos razonado – no sólo una ineficacia del aumento de capital ejecutado irregularmente sino una indudable respon-

sabilidad contractual que legitima al socio para exigir el cumplimiento en forma específica del deber no observado (otorgamiento de la escritura de ampliación de capital con pleno respeto al derecho de suscripción preferente y a la norma reguladora del derecho de preferencia de segundo grado en su caso) así como para obtener la tutela judicial al efecto desde la propia sentencia constitutiva *a quo*, dada la plena determinación de los elementos esenciales del negocio de ampliación de capital a escriturar por los administradores, quienes por tanto gozan de plena legitimación pasiva al efecto pretendido por el socio legitimado activamente.

III. BIBLIOGRAFÍA

Álfaro Aguila Real. https://almacendederecho.org/contrato-suscripcion-aumento-capital/

Alfaro Águila-Real https://almacendederecho.org/la-responsabilidad-los-administradores-frente-la-sociedad-prolegomenos

Alfaro Águila-Real. La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad "externa" de los administradores sociales. www.indret.com, 413, 2007.

Alonso Ledesma. Guerrero Trevijano. El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. Editorial Civitas, SA, Enero de 2014.

Carrasco García, Á., «Comentario al artículo 708», en MARÍN CASTÁN (dir.), Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Valencia [Tirant lo Blanch], 2015.

Castellano Ramírez. La suscripción incompleta del aumento del capital social en la sociedad anónima. Tesis doctoral dirigida por D. Ángel Rojo Fernández-Río. Universidad Autónoma de Madrid, 2002.

De Diego y Gutiérrez, F. C., Instituciones de Derecho Civil Español, t. 2, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso De Cossio y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, Madrid, 1959.

Flores Segura. https://almacendederecho.org/cumplimiento-normativo-deber-diligencia-responsabilidad-administradores,

Soler Presas. La pretensión de cumplimiento específico. https://almacendederecho.org/la-pretension-de-cumplimiento-especifico, 28 de octubre de 2022.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 9883/2009 de 1 julio de 2009
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2011
- Sentencia del Tribunal Supremo n.º 306/2019, de 3 de junio
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2020
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 942/2022 de 20 diciembre.

NOTAS

[1] Álfaro Aguila Real. https://almacendederecho.org/contrato-suscripcion-aumento-capital/

[2] Castellano Ramírez. *La suscripción incompleta del aumento del capital social en la sociedad anónima.* Tesis doctoral dirigida por D. Ángel Rojo Fernández-Río. Universidad Autónoma de Madrid, 2002.

[3] Como resume Flores Segura. https://almacendederecho.org/cumplimiento-normativo-deber-diligencia-responsabilidad-administradores, <Con anterioridad a la reforma de 2014, RIBAS menciona, dentro del contenido del deber de diligencia, un «deber de atención que implica evitar actos y decisiones contrarios a la legislación vigente (societaria, medioambiental, fiscal, etc.)». Véase RIBAS, V., «Deber de diligente administración (art. 225)», en Rojo y Beltrán (dirs.), Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Madrid [Thomson Reuters-Aranzadi], 2011, tomo I, p. 1614. Afirma LLEBOT que el contenido del deber de legalidad (o deber de cumplimiento normativo) que se deriva del deber general de diligencia consiste en exigir que los administradores garanticen el cumplimiento normativo por parte de la sociedad de todas las normas legales a las que ésta resulte sometida, pues el incumplimiento de cualquiera de estas normas puede ser fundamento de la responsabilidad de la propia sociedad. Véase LLEBOT MAJO, J. O., «El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)», en Rodríguez Artigas, Alonso Ureba, Fernández de la Gándara, Velasco San Pedro, Quijano González, Esteban Velasco (dirs.), Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada: Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, Cizur Menor [Aranzadi], 2016, vol. 2, p. 332. Por su parte, considera RECALDE, A., «Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la business judgment rule», en Embid y Emparanza (coords.), Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital, Madrid [Marcial Pons], 2016, p. 249, que «el hecho de que el deber de diligencia incluya la obligación de cumplir las leyes y los estatutos permite cuestionar que la vinculación de los administradores se limite a la defensa de los intereses de la sociedad o de los socios», lo cual, sin dejar de ser cierto, también debe matizarse, puesto que, en realidad, el cumplimiento normativo redunda, principal y primariamente, en los intereses de la sociedad y de los socios (tanto por el mayor valor que pueda tener en el mercado una sociedad «cumplidora» como por el ahorro que se producirá en sanciones por incumplimiento).>

[4] Castellano Ramírez. La suscripción incompleta del aumento del capital social en la sociedad anónima. Tesis doctoral dirigida por D. Ángel Rojo Fernández-Río. Universidad Autónoma de Madrid, 2002.

[5] Alfaro Águila-Real. <La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad "externa" de los administradores sociales>. www.indret.com, 413, 2007.

Cabe hacer notar como razona de igual forma Alfaro Águila-Real que <La acción individual no es una "acción" sino que es, simplemente, una remisión. El hecho de que el administrador responda contractualmente frente a la sociedad y haya de reparar los daños causados por incumplir su contrato de administración no excluye que, de acuerdo con reglas generales (1902 CC) o particulares (art. 20 LCD, por ejemplo) pueda estar legitimado pasivamente para soportar una acción de daños, de cesación, de retractación, de enriquecimiento injusto etc. ejercitada por un tercero o un accionista.>, es decir, que el sistema de remedios que el Ordenamiento Jurídico ofrece al socio perjudicado por el administrador social no se agota con la conocida acción individual de responsabilidad ya que el propio artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital expresa que *"quedan a salvo"* las acciones que puedan corresponder diferentes a la propia acción individual de responsabilidad. Vid. Alfaro Águila-Real https://almacendederecho.org/la-responsabilidad-los-administradores-frente-la-sociedad-prolegomenos.

[6] Alonso Ledesma. Guerrero Trevijano. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital.* Editorial Civitas, SA, Enero de 2014.

[7] En este sentido, "[l]a obligación lleva consigo la necesidad ineludible de su cumplimiento por el deudor; si éste no quiere o se resiste, el derecho del acreedor no por eso se aminora, antes bien, subsiste intacto para exigir la prestación en forma específica, o su justo equivalente": De Diego y Gutiérrez, F. C., Instituciones de Derecho Civil Español, t. 2, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso De Cossio y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, Madrid, 1959, 26.

[8] Soler Presas. <La pretensión de cumplimiento específico>. https://almacendederecho.org/la-pretension-de-cumplimiento-especifico, 28 de octubre de 2022.

[9] Incluso en aquellos casos de calificación de la responsabilidad del administrador como responsabilidad extracontractual (Vid. Alfaro Águila Real. <La llamada acción…op. cit. pág. 9) En el ámbito de los daños causados personalmente por el administrador en el ejercicio de sus funciones a terceros extracontractuales, la responsabilidad del administrador es la regla. El fundamento de la responsabilidad del administrador se encuentra, en general, en que el deber de neminem laedere que late tras el artículo 1902 CC recae personalmente sobre el administrador, porque tal es un deber que se impone al que actúa, de manera que si el administrador causa los daños, habrá de indemnizarlos sin que el hecho de que el causante de los daños estuviera actuando por cuenta y en interés de una persona jurídica altere la conclusión>), también se admite claramente por doctrina y jurisprudencia la reparación *in natura* en sede aplicación del artículo 1902 CC.

De esta forma, cabe citar, a título de ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2020 (Id Cendoj: 28079119912020100013) que razona literalmente lo siguiente: *"El art. 1902 del CC obliga a reparar el daño causado. La búsqueda de la indemnidad del perjudicado se convierte en pilar fundamental del sistema, que informa los artículos 1106 y 1902 del CC, y exige el restablecimiento del patrimonio del perjudicado al estado que tendría antes de producirse el evento dañoso (sentencias 260/1997, de 2 de abril; 292/2010, de 6 de mayo y 712/2011, de 4 de octubre). En definitiva, nuestro sistema de responsabilidad civil está orientado a la reparación del daño causado, bien in natura o mediante su equivalente económico (indemnización). Manifestación normativa de lo expuesto la encontramos en el art. 33 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, cuando establece que el principio de reparación íntegra busca "asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos".*

[10] Aunque como señala Carrasco García, Á., «*Comentario al artículo 708», en MARÍN CASTÁN (dir.), Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Valencia [Tirant lo Blanch],* 2015, p. 3126, en estos casos en los que los elementos del negocio están predeterminados no existiría ejecución propiamente dicha, sino que la sentencia desplegaría efectos constitutivos a partir de su firmeza y con la emisión del auto al que se refiere el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. URBANISMO

Expropiación por ministerio de la ley: antecedentes, marco jurídico, jurisprudencia y relación con la expropiación ordinaria y las cesiones de inscripción unilateral

Expropriation by operation of law: background, legal framework, case law and the relationship with ordinary expropriation and land transfers

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: La expropiación forzosa por ministerio de la ley, contemplada por la legislación autonómica como especialidad urbanística para la obtención de suelos destinados a redes públicas que difiere de otras situaciones de regularización de cesiones obligatorias, suscita cuestiones relevantes en los supuestos de expropiaciones iniciadas de modo ordinario por la Administración cuando después desiste del procedimiento o se muestra inactiva, supuestos en los cuales resulta justificada la activación del procedimiento por iniciativa del propietario con fundamento en la confluencia del interés público en la ejecución del planeamiento y del particular a fin procurar la obtención de sus suelos con el correspondiente cobro del justiprecio.

ABSTRACT: Expropriation by operation of law, contemplated by regional legislation as an urban planning speciality for obtaining land destined for public networks which differs from other situations of regularisation of compulsory transfers, raises relevant questions in cases of expropriation initiated in the ordinary way by the Administration when it later desists from the procedure or is inactive, cases in which the activation of the procedure at the initiative of the owner is justified on the basis of the confluence of the public interest in the execution of the planning and the private interest in obtaining the land with the corresponding collection of the compensation

PALABRAS CLAVE: expropiación por ministerio de la ley, desistimiento, paralización, cesiones obligatorias

KEY WORDS: expropriation by operation of law, withdrawal, standstill, land transfers

SUMARIO: I. LA EXPROPIACIÓN POR MINISTERIO DE LA LEY COMO RESPUESTA A LA VINCULACIÓN DE DESTINO DE LA PROPIEDAD POR EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.—II. ORIGEN DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA POR MINISTERIO DE LA LEY EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO. 1. La expropiación obligada en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y su adaptación por la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975. 2. Breve referencia a la jurisprudencia del Tribunal sobre la expropiación por ministerio de la ley.—III. REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LA EXPROPIACIÓN POR MINISTERIO DE LA LEY. 1. Modelos autonómicos en materia de expropiación por ministerio de la ley. 2. Legislación autonómica con adaptaciones menores en relación con lo dispuesto en el artículo 69 de la LS76. 3. Legislación autonómica con adaptaciones relevantes en relación con lo dispuesto en el artículo 69 de la LS76. 4. La previsión de la expropiación por ministerio de la ley en el doble marco del modelo tradicional y de la ocupación directa. 5. La previsión de la expropiación por ministerio de la ley en el marco de la ocupación directa.—IV. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SOBRE LA EXPROPIACIÓN POR MINISTERIO DE LA LEY. 1. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2023. 2. Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de junio de 2018 y 18 de octubre de 2022.—V. INICIACIÓN ORDINARIA DEL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO, DESISTIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN Y EXPROPIACIÓN POR MINISTERIO DE LA LEY. 1. Consideración inicial. 2. Desistimiento en caso de expropiación ordinaria y de expropiación urbanística. 3. Paralización del procedimiento expropiatorio iniciado de oficio y expropiación por ministerio de la ley.—VI. PRESPUESTOS DE LA EXPROPIACIÓN POR MINISTERIO DE LA LEY Y DE LAS CESIONES OBLIGATORIAS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN UNILATERAL.—VII. CONCLUSIÓN.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. LA EXPROPIACIÓN POR MINISTERIO DE LA LEY COMO RESPUESTA A LA VINCULACIÓN DE DESTINO DE LA PROPIEDAD POR EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

En un trabajo del profesor Fernando Garrida Falla[1] publicado en la Revista de Administración Pública el año 1976 se hizo referencia al Quinto Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Marbella los días 7 a 11 de mayo de 1975, con el título La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos, en el que la Ponencia española fue redactada por los profesores Rafael Gómez-Ferrer y Martín Bassols Coma en la que configuraron el concepto de vinculación, con base en la doctrina italiana,

"como expresión de la situación de sujeción o deber de la propiedad frente a los planes y sus instrumentos de actuación"[2].

Trasladado dicho concepto al ámbito urbanístico de acuerdo con la regulación entonces recogida en la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 (LS76), fueron diferenciadas a su vez dos especies de vinculación.

De un lado, la calificada como vinculación de uso cuya idea central radicaba *"en la afectación de un bien que previamente estaba destinado a una determinada finalidad, perpetuándosele para el futuro, cualquiera que fuese la voluntad del propietario y sin que la Administración, por el acto de la vinculación, asuma el compromiso de llevar a cabo su directa adquisición"*[3].

De otro, la denominada vinculación de destino cuya nota característica es *"la de tratarse de terrenos no edificables por los propietarios, cuya suerte final debe ser la de llegar a alcanzar la condición de bienes de dominio y uso públicos"* [4].

A partir de la anterior distinción, mientras en el caso de la vinculación de uso el legislador la ha venido sujetando al resarcimiento del perjuicio que representa mediante indemnización siempre que, como hoy dice el artículo 48.b del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015 (TRLSRU15), *"no sea susceptible de distribución equitativa"*, en el caso de la vinculación de destino e igualmente cuando no fuera posible su obtención gratuita mediante su sujeción a un proceso reparcelatorio procede sin embargo la expropiación de los suelos afectados ya sea por acordarlo de oficio la Administración, ya por imponerlo la propiedad de conformidad con los requisitos impuestos por el legislador autonómico.

Pues bien es justamente de la vinculación de destino y, más en concreto, de la imposición de la expropiación por ministerio de la ley de los suelos sobre los que recae de lo que trata el presente comentario, el cual se detiene seguidamente en los antecedentes de tal figura expropiatoria propia del ámbito urbanístico, su recepción en la legislación autonómica vigente, los recientes pronunciamientos sobre ella del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sus implicaciones ante el desistimiento o la paralización del procedimiento expropiatorio iniciado de oficio y, por último, su diferenciación de las denominadas cesiones obligatorias cuando permiten la inscripción unilateral de los suelos a tal fin afectados a favor de la Administración.

II. ORIGEN DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA POR MINISTERIO DE LA LEY EN EL ÁMBITO ÚRBANÍSTICO.

1. La expropiación obligada en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y su adaptación por la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975.

La primera regulación sobre la que ha venido en llamarse expropiación forzosa por ministerio de la ley[5] aparece con motivo de la promulgación de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 (LS56) cuyo artículo 56 dispuso lo siguiente:

"1. La expropiación e imposición de servidumbres sobre terrenos que no resultaren edificables por sus propietarios particulares habrán de llevarse a efecto dentro

del plazo máximo de diez años a contar de la fecha de entrada en vigor del Plan que las motivare.

2. Si no se hubiere procedido a la expropiación o imposición de servidumbre en el plazo indicado, el propietario, podrá requerir a la Administración para que los efectúe en el de los tres meses siguientes y, si no la llevare a cabo, recobrará el libre ejercicio de sus facultades dominicales."

Sucesivamente la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975 (LS75), también en su artículo 56, dispuso lo siguiente:

"*1. Cuando transcurran cinco años, desde la entrada en vigor del Plan o Programa de Actuación Urbanística sin que se llevase a efecto la expropiación de los terrenos, que, con arreglo a su calificación urbanística, no sean edificables por sus propietarios, ni hayan de ser objeto de cesión obligatoria por no resultar posible la justa distribución de los beneficios y cargas en el polígono o unidad de actuación, el titular de los bienes o sus causahabientes advertirán a la Administración competente de su propósito de iniciar el expediente del justiprecio, que podrá llevarse a cabo por ministerio de la Ley, si transcurrieren otros dos años desde el momento de efectuar la advertencia.*

A tal efecto, el propietario podrá presentar la correspondiente hoja de aprecio, y si transcurrieren tres meses sin que la Administración la acepte, podrá aquél dirigirse al Jurado provincial de Expropiación, que fijará el justiprecio conforme a los criterios de esta Ley y de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 31 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa.

2. A los efectos de lo establecido en el párrafo anterior, la valoración se entenderá referida al momento de la iniciación del expediente de justiprecio por ministerio de la Ley y los intereses de demora se devengarán desde la presentación por el propietario de la correspondiente tasación".

Frente a la regulación de la LS56 favorable a una posición progresivamente declinante de la expropiación forzosa hasta su desaparición ante la pasividad de la Administración llegando a limitar su reconocimiento durante un plazo determinado, la LS75 optó por instaurar la modalidad de la expropiación forzosa por ministerio de la ley en el ámbito urbanístico como claro precedente que ha definido el camino después seguido por el legislador autonómico.

En este sentido y frente a lo dispuesto en la LS56, la novedosa regulación que introdujo la LS75 se tradujo en lo siguiente:

a) Redujo el plazo, a computar desde la entrada en vigor del planeamiento, a partir del cual el propietario de un suelo inedificable podía instar de la Administración que procediera a su expropiación si no se llevaba a efecto por su parte (de diez años según la LS56 pasó a ser de cinco años).

b) El referido plazo, a su vez, mientras en la LS56 constituía un plazo máximo, de tal modo que una vez transcurrido quedaba en suspenso para la Administración la potestad expropiatoria en tanto no fuera requerida por la propiedad, con arreglo a la LS75 su transcurso no impedía a la Administración proceder a la expropiación de los suelos.

c) Adicionalmente, así como la LS56 impedía a la Administración proceder a la expropiación de los terrenos cuando requerida a tal fin por la propiedad no

iniciara el procedimiento expropiatorio en el plazo de tres meses, hasta el punto de prever que en tal caso el propietario "*recobrará el libre ejercicio de sus facultades dominicales*", la LS75 facultó al propietario para advertir a la Administración de su propósito de iniciar el procedimiento de justiprecio mediante la presentación de la correspondiente hoja de aprecio de transcurrir otros dos años más en el caso de no hacerlo ella de oficio.

d) A su vez, conforme a la LS56 la única condición sustantiva que había de darse para que el particular pudiera instar la expropiación era que el terreno de su propiedad aun siendo edificable no lo fuera por su parte; conforme a la LS75, en cambio, la causa de la inedificabiliad se debía a la concurrencia de las dos siguientes condiciones: de un lado, a la previsión desde el planeamiento urbanístico de una calificación urbanística que impidiera la edificación por razón de su afectación al dominio público y, de otro, a que no se tratara de un suelo que debiera ser objeto de cesión obligatoria en el curso del correspondiente proceso de distribución equitativa de beneficios y cargas en el ámbito correspondiente.

En cuanto a qué había de entenderse por terrenos no edificables por sus propietarios según la regulación prevista en el artículo 56 de la LS56 resulta relevante en esta línea la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 25 de junio de 1973, la cual sostuvo lo siguiente:

"*CONSIDERANDO que habiéndose patentizado (por demostración o admisión de las partes) la titularidad privada de los terrenos (inscritos en el Registro a nombre del actor y otros) y que éstos se hallan íntegramente destinados a vías públicas en el Plan General de Ordenación de la ciudad, resulta como una consecuencia de lo último que, y sin perjuicio de lo primero, tales terrenos no pueden tener otro destino que el de viales y ni el propietario podrá edificar en ellos ni el Ayuntamiento autorizarlo (artículos 45, 47, 61 y 70 de la L. S.) a lo cual, en su caso, no sería obstáculo que hubiesen (como se alegó) transcurrido más de diez años de la vigencia del Plan, porque la liberación de efectos expropiatorios del artículo 56 de la misma nunca puede entenderse referida a los terrenos que aquél destina a vías públicas, e interpretar lo contrario equivaldría a posibilitar una suspensión o derogación del Plan por virtud del precepto indicado en cuanto así, transcurrido ese período de tiempo, podrían irse suprimiendo sus determinaciones fundamentales como son las vías (en contra incluso de la Ley de 2 de diciembre de 1963, art. 2, tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1969), razón por la cual la liberación de expropiaciones debe entenderse limitada a los terrenos destinados a ser edificados, pero no por su propietario*."

Por lo demás, el artículo 56 de la LS75 pasó finalmente a ser, con su misma redacción, el 69 del texto refundido de la LS76.

2. Breve referencia a la jurisprudencia del Tribunal sobre la expropiación por ministerio de la ley.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en una abundante jurisprudencia sobre la expropiación por ministerio de la ley prevista en el ámbito urbanístico, siendo posible destacar la Sentencia de 12 de marzo de 2018 (rec. cas. 2251/2016)

por precisar con claridad como causa que permite su desenvolvimiento la que consiste en evitar que la inactividad administrativa perjudique el derecho del propietario en cuanto se perpetuara de manera indefinida la sujeción de los suelos de su propiedad en virtud de su afectación al dominio público desde el planeamiento cuando, además, no tuviera la posibilidad de participar en un proceso reparcelatorio por medio del cual alcanzar la materialización física de los derechos urbanísticos respectivos.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída bajo la vigencia del artículo 69 de la LS76 se pronunció también sobre la decisión de la Administración, nada infrecuente en este tipo de procedimientos, de impedir la operatividad de la expropiación por ministerio de la ley.

Dicha jurisprudencia, en efecto, permitió al menos mitigar la reacción adversa de la Administración a la tramitación del procedimiento expropiatorio, no llegando sin embargo a su eliminación plena pues, igual que ocurre en el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2023, siempre cuenta con la posibilidad de oponerse anticipadamente a partir del mismo momento en que se manifiesta por la propiedad el propósito de dar inicio al procedimiento expropiatorio mediante la presentación de la correspondiente hoja de aprecio una vez transcurra el plazo en cada caso establecido por el legislador autonómico.

De este modo la Administración ocasiona con su resolución contraria a la expropiación el bloqueo de la fórmula ideada por el legislador obligando al propietario de suelo a su impugnación y, con ello, a tener que esperar un largo proceso para que finalmente se le dé la razón de modo que pueda iniciarse el procedimiento expropiatorio.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2667) dice lo siguiente:

"(...) los acuerdos del Ayuntamiento denegatorios de la incoación del expediente de justiprecio son la expresión de la voluntad del Ayuntamiento contraria a dicha iniciación. Sin embargo, el Ayuntamiento carece de facultades para decidir sobre la iniciación del expediente de justiprecio, pues éste tiene lugar por ministerio de la Ley mediante la presentación ante el mismo de la hoja de aprecio. Además, cuando se producen aquellos acuerdos (...) aquella iniciación ya se ha producido (...). El acto administrativo denegatorio de la incoación no produce efectos preclusivos, sino que equivale —en último término— al rechazo de la hoja de aprecio presentada. No es menester que sea impugnado específicamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Del artículo 126 de la Ley de Expropiación forzosa se desprende que el recurso contencioso-administrativo contra el acto que fija el justiprecio es adecuado para plantear la procedencia o no de la iniciación del expediente expropiatorio "ope legis". Dicho precepto dispone que ambas partes podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos que sobre el justo precio se adopten. Añade que el recurso podrá fundarse en vicio sustancial de forma o en la violación u omisión de los preceptos establecidos en la misma Ley. Por extensión podrán invocarse cualesquiera defectos que afecten a los requisitos y procedencia de la expropiación establecidos en leyes especiales".

De igual modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 mayo de 2014 (RJ 2014, 2471) se pronuncia en los siguientes términos:

"Recordemos que los Jurados Provinciales de Expropiación, así como los órganos autonómicos de igual naturaleza, tienen por finalidad la valoración de los bienes y derechos afectados por una expropiación y que por ello el momento adecuado para plantear el Ayuntamiento la improcedencia de la expropiación por ministerio de la Ley no es otro que aquél en el que formula la demanda contra el acuerdo valorativo, esto es, en el seno del recurso contencioso administrativo que contra dicho acuerdo decida interponer".

III. REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LA EXPROPIACIÓN POR MINISTERIO DE LA LEY

1. Modelos autonómicos en materia de expropiación por ministerio de la ley.

En el marco de la legislación autonómica cabe encontrar básicamente cuatro opciones en la regulación correspondiente a la expropiación por ministerio de la ley, figura en alguno de los casos renombrada como expropiación rogada según ocurre en el caso del artículo 150 de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha.

El primer bloque sería el formado por aquellas leyes autonómicas que se mantienen en lo sustancial en el marco del antiguo artículo 69 de la LS76, es decir, el que parte de un primer plazo en que corresponde a la Administración la decisión sobre el inicio del procedimiento expropiatorio, un segundo plazo de menor extensión en el que el propietario advierte a la Administración de su propósito de iniciar el procedimiento de fijación de justiprecio y, finalmente, la efectiva iniciación de este último procedimiento mediante la presentación de la correspondiente hoja de aprecio.

El segundo bloque lo formarían aquellas otras leyes que, aun reconociéndose en el modelo original de la LS76, han introducido adaptaciones de la suficiente relevancia como para ser destacadas por su singularidad.

El tercero, por su parte, es aquel en el que la imposición por el particular a la Administración de la expropiación conforme al supuesto distinto al tradicionalmente contemplado en la legislación urbanística convive con su previsión en relación con la regularización de la obtención por ocupación directa de los suelos afectos a redes públicas.

Por fin, el cuarto sería el que, prescindiendo de una regulación análoga a la del modelo tradicional, contempla la expropiación por ministerio de la ley en relación con la ocupación directa.

2. Legislación autonómica con adaptaciones menores en relación con lo dispuesto en el artículo 69 de la LS76.

A) Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid de 17 de julio de 2001.

De acuerdo con el inequívoco precedente que representa el artículo 69 de la LS 1976, la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid de 17 de julio de 2001 con-

templa en su artículo 94 los requisitos para el ejercicio de la potestad expropiatoria legalmente reconocida a favor de la Administración urbanística cuando pasa a convertirse en una obligación cuyo cumplimiento es susceptible de ser exigido por el propietario de suelo.

A tal fin, en relación con las condiciones que han de darse para poder exigir la expropiación dicho artículo 94 reduce de dos a un año el plazo para que la Administración proceda a la expropiación de los suelos afectos a red pública y, de no hacerlo, tanto el propietario afectado como sus causahabientes se podrán dirigir al Jurado Territorial de Expropiación mediante la presentación de la hoja de aprecio en orden a la determinación definitiva del justiprecio.

En todo caso, sin perjuicio de las variaciones existentes entre los artículos 94 de la LSCM y 69 de la LS 1976 en relación con los plazos (5 años + 1 año vs. 5 años + 2 años + 3 meses) y con el contenido de la comunicación del propietario a la Administración (advertencia del propósito de iniciar la expropiación vs. comunicación de que se inicie la expropiación), este segundo artículo 69 aporta un elemento adicional que resulta de interés destacar precisamente en relación con la lacónica expresión "*cuando proceda*" perteneciente al nivel sustantivo de la regulación autonómica.

Se trata, en efecto, del claro complemento interpretativo que representa el artículo 69.1 de la LS 1976 cuando, después de referir la aplicación de la expropiación por ministerio de la ley a aquellos casos en los que los terrenos no fueran edificables por sus propietarios de acuerdo con su calificación urbanística, añade la exigencia de que se trate de terrenos que no "*hayan de ser objeto de cesión obligatoria por no resultar posible la justa distribución de los beneficios y cargas en el polígono o unidad de actuación*".

Por lo demás, en unos términos del todo análogos y con base en el artículo 94 de la LSCM de 2001, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de mayo de 2020 (RJCA 2020, 1156) con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5220) y añadiendo, también, la cita de otras Sentencias también del Tribunal Supremo (SSTS de 20 de diciembre de 2011, RJ 2012, 2908, 12 de junio de 2012, RJ 2012, 7367 y 11 de febrero de 2015, rec. cas. 1930/2015) en las que se acentúa la necesaria vinculación entre planeamiento y expropiación por ministerio de la ley al decir lo siguiente:

"(...) la misma solo procede cuando se alcance en el planeamiento la concreción de la adscripción que permita determinar la exclusión del terreno a un ámbito de actuación y consiguiente distribución de beneficios y cargas".

A lo anterior se añade, en fin, lo afirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 17 de enero de 2018 (JUR 2018, 76532), al decir lo siguiente en relación con las circunstancias sobre superficie, ubicación y titularidad de las fincas sujetas a una expropiación instada al amparo de lo dispuesto en el artículo 94 de la LSCM:

"Esta Sala y Sección en sentencia de fecha 5 de Junio de 2015 (recurso 308/2015), ya estableció: "Resolución que es plenamente ajustada a derecho ya que para solicitar la expropiación al amparo del art. 94 de la ley del suelo de la Comunidad de Madrid,

es necesario que la finca esté perfectamente ubicada, localizada y delimitada y no haya cuestión sobre esos datos, ni sobre su titularidad" ; y la Sentencia de 23 de mayo de 2016 (Rec. n.º 320/2014): "Y es precisamente el que insta el expediente expropiatorio el que tiene que acreditar que es correcta la titularidad dominical, y la superficie y la ubicación de la finca cuya expropiación pretende, no siendo de recibo la inversión de la carga probatoria que hace el juzgado de lo contencioso en su fundamentación jurídica".

B) Ley del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias de 13 de julio de 2017, Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria de 15 de julio de 2022, Ley de Urbanismo de Castilla y León de 8 de abril de 1999, Ley del suelo de Galicia de 16 de febrero de 2016, Ley de urbanismo de las Illes Balears de 19 de diciembre de 2017 y Ley de Suelo y Urbanismo del País Vasco de 30 de junio de 2006.

En el caso de la Ley canaria su artículo 258 se ocupa de la que denomina *"expropiación por demora"* refiriéndola exclusivamente al suelo de sistemas generales cuando su adquisición no tuviera lugar en el plazo de cuatro años desde la aprobación del planeamiento que los hubiera definido, a cuyo fin, si no se produjera el inicio del procedimiento expropiatorio en el plazo de seis meses desde que fuera solicitado por el propietario o sus causahabientes, estos podrán formular hoja de aprecio y acudir directamente ante la Comisión de Valoraciones de Canarias en ausencia de notificación alguna.

Salvo alteraciones menores en la concreción de los plazos las restantes leyes mencionadas participan de un contenido análogo.

C) Ley de urbanismo de Cataluña de 3 de agosto de 2010.

La Ley de Urbanismo de Cataluña introduce una novedad en cuanto se refiere al *dies a quo* para que el propietario de un suelo afecto a red pública no incluido en un ámbito reparcelatorio pueda formular la advertencia de su propósito de iniciar el expediente de justiprecio pues, al supuesto generalizado —en este caso de cinco años— que toma como referencia la fecha de entrada en vigor del plan de ordenación que contuviera dicha calificación, añade el supuesto del transcurso de dos años desde que a su vez se hubiera agotado el plazo establecido *"por el programa de a actuación urbanística o la agenda de las actuaciones a desarrollar*".

En lo restante el régimen se asimila al descrito en la demás legislación autonómica.

3. Legislación autonómica con adaptaciones relevantes en relación con lo dispuesto en el artículo 69 de la LS76.

Es el caso de la *Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha 28 de febrero de 2023 y Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana de 18 de junio de 2021.*

Los artículos 150 de la Ley Castilla-La Mancha y el 110 de la ley valenciana introducen, en sendos textos prácticamente coincidentes, las siguientes novedades en relación con la expropiación por ministerio de la ley:

a) El régimen de plazos consisten en el necesario transcurso del plazo de cinco años desde la entrada en vigor del planeamiento con la ordenación detallada para anunciar el propósito de solicitar la iniciación del expediente de justiprecio y de dos años para presentar la hoja de aprecio.

b) Desde la presentación de la hoja de aprecio la Administración dispone de tres meses para aceptar o remitir la hoja de aprecio contradictoria y, de no hacerlo, la propiedad podrá recurrir a la intervención del Jurado Regional de Valoraciones.

c) Los anteriores plazos se interrumpen si se sometiera a información pública o concertación interadministrativa una innovación del planeamiento que incluya el uso dotacional en un área de reparto a los efectos de su gestión o en un complejo inmobiliario urbanístico, plazos cuyo cómputo se reanuda por el transcurso de dos años sin la respectiva aprobación definitiva o la autorización administrativa.

d) Para la solicitud de la expropiación es necesario que el solicitante acredite su condición de propietario o causahabiente del correspondiente terreno dotacional y haber ostentado dicha condición durante los anteriores plazos.

e) En caso de donación o transmisión onerosa de la propiedad durante el transcurso de los plazos se reiniciará su cómputo para el nuevo propietario.

f) La transmisiones inter vivos de los terrenos afectos al dominio público sobre los que se den los presupuestos para el ejercicio de la expropiación rogada están sujetos a los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración.

g) Cabe al declaración de imposibilidad de expropiación de los terrenos si comprometiera los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos o de responsabilidad, procediendo en todo caso la adquisición de los terrenos en el plazo máximo de cinco años y el devengo de intereses legales desde dicha declaración.

4. La previsión de la expropiación por ministerio de la ley en el doble marco del modelo tradicional y de la ocupación directa.

Se trata en este caso de la Ley de Urbanismo de Aragón de 8 de julio de 2014, de la Ley de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía de 1 de diciembre de 2021 y de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura.

En el caso de la ley aragonesa, su artículo 193, en efecto, contempla la expropiación obligada en primer lugar en el contexto de la ocupación directa, es decir, como regularización de la previa obtención de los suelos afectos a redes públicas cuando no se hubiera aprobado definitivamente el instrumento reparcelatorio en el que los propietarios del suelo ocupado hubieran de hacer efectivos sus derechos urbanísticos.

Sucesivamente el artículo 202 la contempla también para el caso de suelos meramente vinculados al dominio público desde el planeamiento sin posibilidad de participar en un proceso de equidistribución cuando la Administración no tramita el correspondiente procedimiento expropiatorio, supuesto en el cual, una vez obtenidos, se prevé la participación de la Administración con dichos suelos

en dicho proceso. Así se contempla de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 190 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas que dispone lo siguiente:

"Cuando los instrumentos de ordenación territorial y urbanística incluyan en el ámbito de las actuaciones de urbanización o adscriban a ellas terrenos afectados o destinados a usos o servicios públicos de competencia estatal, la Administración General del Estado o los organismos públicos titulares de los mismos que los hayan adquirido por expropiación u otra forma onerosa participarán en la equidistribución de beneficios y cargas en los términos que establezca la legislación sobre ordenación territorial y urbanística".

En el caso de la ley de Andalucía se contempla en el artículo 116 la aplicación de la expropiación por ministerio de la ley cuando los terrenos destinados a sistemas generales y locales no fueran obtenidos por expropiación u ocupación directa en el plazo de los cuatro años siguientes a la aprobación del planeamiento que legitimara su ejecución, plazo cuyo transcurso determina su incoación si, efectuado requerimiento a tal fin por la propiedad, transcurriera un nuevo plazo de seis meses y fuera presentada la correspondiente hoja de aprecio.

Por fin, la ley extremeña reproduce el mismo esquema añadiendo a la falta de expropiación forzosa y de la ocupación directa en el plazo de cinco años como desencadenante de la incoación de la expropiación por ministerio de la ley, su falta de obtención por permuta forzosa.

5. La previsión de la expropiación por ministerio de la ley en el marco de la ocupación directa.

Nos referimos en este punto a las siguientes leyes: Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja de 2 de mayo de 2006, Ley de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia de 30 de marzo de 2015, Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de 26 de julio de 2017 y el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo del Principado de Asturias de 22 de abril de 2004.

Las Leyes de La Rioja, Murcia, Navarra y Asturias contemplan la expropiación por ministerio de la ley en el marco de lo dispuesto en la letra e) del artículo 48[6] del texto refundido del TRLSRU15 relativo al supuesto indemnizatorio derivado de la ocupación de los suelos destinados a redes públicas *"por el tiempo que medie desde la ocupación de los mismos hasta la aprobación definitiva del instrumento por el que se le adjudiquen al propietario otros de valor equivalente"*, regulación que ha de entenderse referida a la ocupación directa como modo de obtención de tales suelos afectos a redes públicas[7].

A tal fin las citadas leyes establecen que si transcurriera el plazo de cuatro años desde la ocupación de los suelos afectos a redes públicas sin que tuviera lugar la aprobación definitiva del correspondiente instrumento reparcelatorio, los interesados quedan facultados para advertir a la Administración de su propósito de iniciar el expediente de justiprecio, lo cual podrá tener lugar por ministerio de la

ley una vez transcurrido el plazo de seis meses desde dicha advertencia mediante la presentación de la correspondiente hoja de aprecio.

IV. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SOBRE LA EXPROPIACIÓN POR MINISTERIO DE LA LEY.

1. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2023 (JUR\2023\217213).

A) Antecedentes de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2023.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2023 tiene su origen en la solicitud formulada por el propietario de una parcela a un Ayuntamiento a fin de que diera inicio al procedimiento expropiatorio para su obtención por concurrir las condiciones previstas en el artículo 94 de la LSCM 2001 determinantes de su obligada tramitación.

Ante dicha solicitud y con antelación al transcurso de un año a partir del cual el propietario quedaba habilitado para la presentación de la hoja de aprecio dándose con ello inicio al procedimiento de fijación de justiprecio, el Ayuntamiento en cuestión la desestimó básicamente por cuanto de la documentación del planeamiento general vigente en el municipio resultaba que se trataba de una zona verde existente cuya obtención no procedía al pertenecer a un organismo público integrado en la Administración del Estado. Adicionalmente la resolución desestimatoria se fundamentó en la circunstancia de haberse producido la segregación registral sin la previa concesión de licencia de parcelación, en la realización de una permuta de suelo público contraria al planeamiento y en la pendencia de la cesión formal de la parcela.

Interpuesto recurso contra la anterior resolución ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 23 de Madrid fue desestimado mediante Sentencia de 30 de mayo de 2022 bajo el argumento principal de que la pertenencia de la parcela a un organismo público de la Administración del Estado justificaba que el planeamiento general no contuviera previsión alguna *"en lo relativo a su gestión u obtención"* y que, de modo correlativo, fuera considerada como dotación *"existente"*, circunstancia por sí misma justificadora de su no inclusión en unidad de ejecución alguna y, como conclusión, de que *"no se puede pretender imponer la expropiación de un suelo sin estar así contemplado en el planeamiento"*.

Finalmente, la Sentencia concluyó confirmando la legalidad del acto recurrido por entender que la segregación de la parcela sin licencia formó parte de *"una serie de operaciones jurídico-registrales que han venido a alterar la naturaleza jurídica de la parcela, pasando en definitiva del patrimonio "público (...) al privado (...)"* y *"que habrían venido a generar un desacoplamiento entre su estado legal y su regulación urbanística contenida en el PGOUM"*.

B) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2023.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2023 estima el recurso de apelación interpuesto contra la anterior Sentencia desestimatoria del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 23 de Madrid de 30 de mayo de 2023.

A tal fin la Sentencia refiere en primer lugar, en efecto, la posición municipal según la cual la parcela en cuestión constituía una zona verde básica existente cuando entró en vigor el planeamiento general por ser de titularidad pública de la Administración estatal, a lo que se unía la circunstancia de que el planeamiento no le asignara código alguno para la gestión y obtención asignado ni a través de actuaciones aisladas por expropiación ni a través de su inclusión en unidades de ejecución.

Desde esta posición municipal la Sentencia justifica su pronunciamiento estimatorio sobre la base de los siguiente presupuestos:

a) La admisión por las partes de que la parcela estaba calificada como zona verde básica en el planeamiento general y que, a su vez, antes de la aprobación de dicho planeamiento, formaba parte de una finca registral de mayor extensión perteneciente a Patrimonio Nacional primero y luego a Patrimonio del Estado.

b) La aceptación por los servicios municipales de que dicha parcela no figuraba inscrita ni en el inventario de vías públicas y zonas verdes ni en el inventario de patrimonio municipal del suelo, no constando por lo tanto que se tratara de un suelo de titularidad municipal como tampoco que en el planeamiento general figurara como suelo ya obtenido.

c) La desafectación de la parcela y la demolición de las edificaciones existentes sobre ella antes de la aprobación del planeamiento general y su transmisión a la sociedad mercantil estatal recurrente pasando a ser un bien patrimonial por tratarse de una mercantil de las previstas en el artículo 111 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, sujeta a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y al ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación.

d) La mera circunstancia de que el terreno hubiera sido de titularidad pública no le atribuye la condición de zona verde ya existente, como tampoco que reuniera las condiciones de este tipo de dotaciones a la vista de la arboleda que ocupaba su superficie y de lo previsto en los artículos 25.1 c) y 29.1 d) del Reglamento de Planeamiento Urbanístico de 23 de junio de 1978 determinante del necesario carácter demanial de los espacios libres no reemplazable por la admisión de su uso público en los términos que resultan de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2005.

e) Por lo anterior, sostiene la Sentencia que, "*en consecuencia, la titularidad pública de la parcela a la fecha de la aprobación del PGOUM97 no determinaba la existencia de una zona verde básica y su configuración como tal por dicho Plan se corresponde con una voluntad del planificador de incorporarla al dominio público del Ayuntamiento como dotación local*".

f) Efectuada por la Sentencia la distinción entre actuaciones sistemáticas y asistemáticas según sea posible el desarrollo del planeamiento conforme a las reglas propias de los sistemas de ejecución o, por el contrario, requiera de la expropiación,

la ocupación directa o la técnica de la transferencia de aprovechamiento, añade que "*no consta que exista ningún procedimiento de equidistribución que diera lugar a una obligación de cesión en los términos de los artículos 18.2 de la LSCM, como se sostiene en la consulta urbanística y en el escrito de oposición al recurso de apelación, máxime si tenemos en cuenta que el suelo está clasificado como urbano consolidado y que el Plan Especial de Reforma Interior 8.1 (PR 8.1) no tuvo el desarrollo esperado en el periodo de vigencia de este Plan General de 1985 ni se incorporó al Plan del 97. Por lo tanto, su adquisición solo es posible mediante una actuación asistemática*".

g) Adicionalmente dice la Sentencia que "*la calificación para un uso público de una finca, no supone, desde luego, la ablación de la propiedad privada*", lo cual implica que "*habrá de incorporarse al demanio público (...) a través de la correspondiente compensación o equivalente, bien mediante el procedimiento expropiatorio donde se establezca la indemnización correspondiente por la extinción del derecho de propiedad, esto es, a través de los mecanismos previstos en la legislación urbanística aplicable (ver art. 90 y siguientes de la LSCM), lo que corresponde a la fase de ejecución del planeamiento y que, en este caso, nos lleva al artículo 94 de la LSCM*".

h) Por último, en cuanto al ya referido "*desacoplamiento registral con infracción del artículo 143 de la LSCM*" al no haberse solicitado licencia de segregación añade la Sentencia que "*dicha parcelación se ejecutó en aplicación de la Ley de Patrimonio y fue asumida por los sucesivos Planes Generales por lo que no cabe, con ocasión de la solicitud de expropiación, exigir una licencia de segregación de un acto legal y consentido*".

2. Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de junio de 2018 (rec. apel. 151/2018) y 18 de octubre de 2022 (JUR\2022\362116).

Al margen de la cuestión ya advertida a la que se refiere la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de octubre de 2022, tanto esta Sentencia como la precedente de 25 de junio de 2018 del mismo Tribunal plantean una cuestión novedosa al admitir la viabilidad de la expropiación forzosa por ministerio de la ley prevista en este caso por el artículo 94 de la LSCM en relación con un suelo incluido en un ámbito urbanístico cuyo desarrollo está sujeto al sistema de cooperación.

Tan novedosa es, en efecto, la citada cuestión que preparado recurso de casación contra la Sentencia de 18 de octubre de 2022 por infracción del artículo 69 de la LS76 en relación con los artículos 94 de la LSCM y 18.1.a del TRLSRU15, del principio de equidistribución (artículos 3.2.b y 132 de la LS76 y 16.3 del TRLSRU15) y de los artículos 186 a 193 del RGU relativos al sistema de cooperación, por Auto del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2023 (rec. cas. 1315/2023) se ha acordado su admisión al declarar que la cuestión planteada presenta interés casacional consistente en reafirmar, complementar, matizar y en su caso rectificar o corregir la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2020 (RC 7604/2018) "*según la cual no cabe la expropiación por ministerio de la ley de terrenos incluidos en una actuación de ejecución del planeamiento por el sistema de cooperación*".

Ambas Sentencias se ocupan por lo tanto de un aspecto doblemente relevante sobre la aplicación de la expropiación por ministerio de la ley pues así tiene lugar en el marco de una actuación sistemática que, además, lo es en relación con un sistema de ejecución como es el de cooperación ordinariamente considerado como de carácter semiprivado en el que, como dispone el artículo 115.1 de la LSCM, "*los propietarios aportan la totalidad de los terrenos de cesión obligatoria y gratuita, soportando la ocupación de cualesquiera otros terrenos necesarios para la ejecución de las obras de urbanización, y la Administración ejecuta las obras de urbanización por cuenta y cargo de los mismos*".

Es decir, frente al supuesto contemplado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2023 recayente sobre un terreno que formaba parte del suelo urbano consolidado sin posible participación en un proceso reparcelatorio, las dos Sentencias aquí citadas introducen un elemento históricamente extraño al orden de la expropiación por ministerio de la ley como es el de su posible aplicación en un ámbito sujeto a un proceso reparcelatorio con el que resulta consustancial la obtención gratuita de suelo afecto a dotación pública justamente por cuanto su titular está llamado a recibir suelo de resultado destinado a usos lucrativos.

Pues bien, ambas Sentencias, tras recordar el carácter vinculante del planeamiento urbanístico y la consiguiente obligación del cumplimiento de sus determinaciones no solo por los particulares sino también por las Administraciones (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010, RJ 2011, 997), se plantean la cuestión central sobre "*qué ocurre cuando la Administración no cumple con las exigencias del Planeamiento*", a cuyo fin apela a la figura de la expropiación por ministerio de la ley como mecanismo por el que exigir de la Administración la obtención de terrenos destinados a dotaciones públicas que "*no pueden ser objeto de disposición ni de aprovechamiento por su titular*".

A tal fin las Sentencias dicen lo siguiente:

"*En el caso que nos ocupa los terrenos se clasifican como suelo urbano, forman parte del APE 20.10 y están destinados a equipamiento deportivo e incluidos en una Unidad de Actuación ya constituida, para la cual el PGOU prevé el sistema gestión de cooperación. Por tanto, son terrenos no edificables respecto de los que no es posible, [...], la equitativa distribución de beneficios y cargas, sin que les corresponda aprovechamiento urbanístico alguno.*

Es cierto que el sistema de ejecución previsto es el de cooperación y no el de expropiación; pero también lo es que el papel que desempeña la Administración es fundamental para concretar los derechos que corresponden al propietario, pues lo contrario le avoca a la imposibilidad de materializar las previsiones del Planeamiento.

Es decir, aunque en el sistema de cooperación son los propietarios quienes aportan los terrenos, la Administración no se desvincula de la urbanización pues a ella le corresponde ejecutar las obras (directamente o mediante una sociedad mercantil de capital público) y reparcelar los terrenos (potestad exclusivamente pública). La intervención de la Corporación Municipal es, por lo expuesto, imprescindible; sin ella la ejecución del planeamiento queda en punto muerto.

Asimismo, si bien en el ámbito urbanístico propio de los terrenos que se analizan se han ido otorgando licencias de parcelación y edificación, ello se ha realizado de forma aislada sin un desarrollo sistemático y homogéneo, provocando que los suelos sin apro-

vechamiento como sucede con las parcelas de los recurrentes por estar destinadas a uso dotacional, no hayan podido materializar su aprovechamiento y, después de veinte años, sigan en la misma situación, con el consiguiente perjuicio a los titulares de estos terrenos y la vulneración evidente del principio de equitativa distribución de beneficios y cargas, y, por ende, del principio de igualdad en relación con el resto de parcelas.

Los presupuestos previstos en el art. 71 de la LSCM son de obligado cumplimiento y no se agotan con la mera previsión por parte de la Administración competente, sino que exigen la materialización de lo que expresamente enumera el precepto (distribución de beneficios y cargas, obtención y cesión de terrenos, realización de las obras de urbanización...) como manifestación del derecho de contenido patrimonial de los propietarios sobre su propiedad. Y es la Administración quien debe velar sobre el cumplimiento de tales exigencias, pues como dice el art. 72 le corresponde la dirección, inspección y control de toda actividad de ejecución para asegurar que se produzca de conformidad con lo anterior".

Por ello, la previsión del sistema de gestión urbanística de cooperación no es obstáculo para aceptar que, transcurridos más de veinte años sin avances de ningún tipo en el adecuado desarrollo urbanístico del APE donde se ubica la Unidad de Actuación objeto de reclamación, puede acudirse a la figura de expropiación por ministerio de la ley que precisamente se prevé como mecanismo contra la inactividad de la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones urbanísticas para suelo urbano destinado a servicios dotacionales, como es el caso".

La doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid relega de este modo a un segundo plano el hecho de la ubicación de los terrenos destinados a dotación pública en un ámbito sujeto a un proceso de equidistribución cuando su viabilidad real queda imposibilitada por la acción de la propia Administración por adoptar actos de concesión de licencias de edificación y de parcelación que al perpetuar el mantenimiento de aquellos bajo titularidad privada únicamente permiten acudir a la expropiación forzosa como medio para imponer el obligado cumplimiento de las determinaciones del planeamiento.

Para la operatividad de la expropiación por ministerio de la ley lo relevante, en consecuencia, sería no tanto que el suelo afecto al dominio público estuviera excluido de un ámbito sujeto a equidistribución como que, aun encontrándose en su interior, estuviera imposibilitada por causa imputable a la Administración toda posible acción reparcelatoria hasta el punto de constituir la expropiación el único modo de garantizar al ejecución del planeamiento.

V. INICIACIÓN ORDINARIA DEL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO, DESISTIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN Y EXPROPIACIÓN POR MINISTERIO DE LA LEY.

1. Consideración inicial.

En el caso de aquellos suelos destinados a dotación pública no incluidos en un ámbito sujeto a un proceso reparcelatorio procede, como viene diciéndose, que su obtención tenga lugar a través de expropiación forzosa, bien sea porque la Admi-

nistración iniciara de oficio la actuación expropiatoria bien porque la imponga la propiedad por ministerio de la ley.

Puede ocurrir, sin embargo, que iniciada de oficio la expropiación como acto jurídico de ejecución del planeamiento mediante la adopción del correspondiente acuerdo que incluya la relación de bienes y derechos de titulares afectados quede paralizada por inactividad de la Administración expropiante o incluso que se desista de modo expreso por la misma.

Cabe así plantear, cuando se actúa en ejecución del planeamiento urbanístico, en qué medida resulta posible desistir del procedimiento expropiatorio o, adicionalmente, con qué acción cuenta el particular titular de un bien destinado a dotación pública cuando la Administración opta por una actitud pasiva que diera lugar, por ejemplo, a la falta de inicio del expediente de fijación del justiprecio por no emplazar al propietario para la formulación de la correspondiente hoja de aprecio.

2. Desistimiento en caso de expropiación ordinaria y de expropiación urbanística.

En el caso del desistimiento en el ámbito de la expropiación forzosa se ha hecho referencia[8] a la desaparición de manera sobrevenida de la necesidad de ocupación o, eventualmente, de la utilidad pública o el interés social que la hubieron legitimado con cita, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2003 (RJ 2003, 8238), la cual dice lo siguiente:

"*Para resolver el motivo hemos de comenzar señalando que procede la revocación cuando valorando las circunstancias de la causa de la expropiación se aprecie que ha desaparecido la necesidad de ocupación o, en su caso, la utilidad pública o el interés social que justifican aquella. Pero es más, cuando se dan las citadas circunstancias y no se han generado derechos para el expropiado, la revocación viene impuesta por los principios de eficiencia y buena administración que deben presidir el actuar de la Administración, sin que tampoco pueda olvidarse que el artículo 33.3 de la Constitución sólo admite la privación de la titularidad de los bienes y derechos por razones de utilidad pública o interés social, por lo que si estos requisitos desaparecen antes de que se consume la expropiación y nazca un derecho para el particular el continuar adelante con aquélla no resultaría conforme a dicha exigencia constitucional*".

La peculiaridad que sin embargo surge en el ámbito de la expropiación urbanística viene dada por la circunstancia de que, según lo dispuesto en el artículo 42.2 del TRLSRU15, la aprobación del planeamiento urbanístico conlleva la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos correspondientes, consecuencias implícitas del acto de aprobación que se traducen en la imposibilidad de la citada desaparición sobrevenida en tanto subsista el mismo plan cuya aprobación la determinó.

En este sentido, si, como dice la anterior Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2003, "*una interpretación conforme a la equidad hace que la revocación de los actos restrictivos de derechos, como es la expropiación, no tenga más límites que el interés general ya que sólo éste ha de ser considerado*", en el caso de

la expropiación urbanística de la que se viene tratando se da una doble paradoja. Desde el punto de vista del particular, la restricción de sus derechos opera con motivo de la revocación de la expropiación al perpetuarse una vinculación de destino ante la que sólo le resta acudir a la articulación de la expropiación por ministerio de la ley. A su vez, desde el punto de vista de la Administración, la pervivencia del planeamiento y el carácter implícito de la utilidad pública y necesidad de ocupación que resulta de su acto aprobatorio supone un límite sólo excepcionalmente franqueable por su parte de modo debidamente justificado.

Por ello la revocación de la expropiación urbanística iniciada de oficio referida a un suelo afecto al dominio público desde el planeamiento sin opción para su participación en un proceso reparcelatorio no sólo no constituye, como con acierto se afirma, *"una prerrogativa pública ejercitable de manera libre e incondicionada por la Administración actuante"*[9] sino que, más aún, supone una posibilidad ciertamente excepcional sujeta a una indispensable justificación debidamente fundada por implicar el abandono de un procedimiento normalmente en perjuicio del propietario por la ausencia de alternativa a su favor respecto del que además se mantiene inalterada la necesidad de ocupación y la utilidad pública del suelo en cuestión.

Sobre la justificación del desistimiento la misma Sentencia de 16 de octubre de 2016 aprecia la concurrencia del vicio de desviación de poder en relación con un acto de desistimiento de una expropiación fundado indebidamente en una cuestión de orden competencial vinculada con una incierta supuesta desaparición de la *causa expropiandi*, vicio de desviación de poder a cuya apreciación se llega al considerar que en realidad *"la argumentación municipal más parece un intento de eludir el pago de un justiprecio, que puede parecer excesivo, que una razón jurídicamente fundada en la preservación del interés público y el bien común"*[10].

Por lo demás resulta evidente en el caso de la expropiación por ministerio de la ley que el desistimiento deba considerarse intrínsecamente incompatible.

Por fin, la viabilidad del desistimiento de la expropiación exige que no se encuentre consumada por haberse producido *"la ocupación material del bien expropiado o por haberse fijado el justiprecio, ya que entonces surge un derecho subjetivo del expropiado que no puede quedar vulnerado con un desistimiento del beneficiario de la expropiación y se conculcaría además lo dispuesto en el artículo 6.2 del Código Civil, según el cual la renuncia de los derechos reconocidos por las leyes sólo será válida cuando no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros"*, lo que así queda reflejado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1989 (RJ 1989, 4308), 8 de junio de 1999 (RJ 1999, 5702), 16 de octubre de 2003 (RJ 2003, 8238), 27 de abril de 2005 (RJ 2005, 7037) y 22 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7539).

3. Paralización del procedimiento expropiatorio iniciado de oficio y expropiación por ministerio de la ley

Una situación peculiar que, distinta de la anterior, se da en ocasiones es la ya apuntada que tiene lugar cuando adoptado el acuerdo de inicio del procedimiento expropiatorio con la relación inicial de bienes y derechos de los titulares afectados

no se ve sin embargo seguido del posterior inicio del procedimiento de fijación de justiprecio mediante el emplazamiento del propietario para la presentación de su hoja de aprecio en la que se concrete el valor del terreno objeto de expropiación.

La cuestión que cabe entonces plantear, teniendo en todo caso presente la concurrencia del supuesto considerado sobre la afectación al dominio público de un suelo sin la posibilidad de su participación en un proceso reparcelatorio en cuyo desarrollo la Administración pudiera acceder a su adquisición gratuita, es si manifestada ya la decisión administrativa de obtener dicho suelo procede que el propietario pudiera reaccionar ante la inactividad de la Administración mediante la presentación de la correspondiente hoja de aprecio dando así lugar a la iniciación por ministerio de la ley del procedimiento de fijación de justiprecio.

Si, como quedó dicho más atrás, la razón última de la expropiación por ministerio de la ley es justamente evitar que la inactividad administrativa perjudique el derecho del propietario, parece razonable entender que ante el inicio del procedimiento expropiatorio por decisión unilateral de la Administración sin acceder a las fases posteriores no sea obligado exigir, como si tal decisión fuera irrelevante, que el propietario hubiera de esperar el plazo de cinco años desde la aprobación del planeamiento para, según fórmulas tan alambicadas como la recogida en el artículo 150 de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de 28 de febrero de 2023, de Castilla-La Mancha, poder "*anunciar a la administración competente su propósito de solicitar la iniciación del expediente de justiprecio*", teniendo a su vez que esperar dos años adicionales para poder presentar la hoja de aprecio de modo que el procedimiento de fijación de justiprecio quede iniciado por ministerio de la ley.

En este sentido, la posición que aquí se sostiene es que el acuerdo de inicio del procedimiento expropiatorio ha de abrir la posibilidad, cuando ni da lugar a avance alguno ni va seguido del desistimiento expreso de la expropiación, de que el propietario cuyos suelos se encentran en la situación descrita pueda presentar directamente su hoja de aprecio ante la Administración teniendo en tal caso por iniciado el procedimiento de fijación del justiprecio con sujeción a cada fórmula concreta ideada a partir de ese momento por el legislador autonómico.

Tal posición, por lo demás, resulta plenamente coherente con el interés público definido desde un planeamiento urbanístico cuya ejecución, como se ha dicho, resulta obligada, así como con el interés del propietario que ante la confianza legítima a que da lugar la decisión administrativa de inicio del procedimiento expropiatorio procede en consecuencia activando un procedimiento de fijación de justiprecio

A estos efectos resulta de especial interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006 (RJ 2006, 4635) cuando, en alusión al interés público ínsito a una expropiación urbanística en la que concurrían los presupuestos aquí considerados y respecto de la que la Administración desistió, destaca que, "*si bien la actuación expropiatoria se inició de oficio por el Ayuntamiento, no puede perderse de vista que con ello no hizo otra cosa que ejecutar lo dispuesto en el planeamiento y adelantar una actuación que, en su momento, de no llevarse a cabo por la Administración y cumplidos los plazos correspondientes, determina el nacimiento del derecho de la parte a instar la expropiación correspondiente (artículo 69 del TRLS/1976)*."

VI. PRESPUESTOS DE LA EXPROPIACIÓN POR MINISTERIO DE LA LEY Y DE LAS CESIONES OBLIGATORIAS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN UNILATERAL

El punto de partida que concurre en el supuesto de la expropiación forzosa por ministerio de la ley presenta una aparente proximidad, que en realidad no es tal, con el contemplado en los artículos 30.2 y 31 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística referido a la posible inscripción unilateral a favor de la Administración de determinadas superficies de cesión obligatoria, cuestión, esta segunda, de la que nos ocupamos en una anterior colaboración[11].

A estos efectos nos remitimos a lo que quedó allí expuesto por extenso[12] al plantear cuál habría de ser la razón determinante de que la Administración, ante un terreno afecto a red pública emplazado en un suelo urbano consolidado por la edificación que no fuera susceptible de reparcelación y que no tuviera inscrito a su favor, o bien tuviera que asumir su expropiación ya fuera por iniciativa propia ya por el propietario afectado bajo la modalidad del procedimiento expropiatorio por ministerio de la Ley o bien pudiera hacer uso de las prerrogativas que le reconocen los artículos 30 y 31 del Real Decreto 1093/1997.

A tal fin la posición final se concretó, tras referir los presupuestos generales habilitadores de la inscripción unilateral, en que así como la propiedad bajo un único titular tanto de los suelos afectos a red pública como de los aprovechamientos lucrativos permite entender consumada desde el planeamiento la adquisición de los primeros por la Administración en los términos señalados por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1987 (Ar. 5532)[13], cuando se tratara de suelos pertenecientes a distintos propietarios sin haber dado opción a la reparcelación a aquel que lo fuera del suelo afecto a red pública, es claro que este sí que estaría legitimado para reclamar la expropiación de sus suelos y, correlativamente, no lo estaría la Administración para promover tal inscripción a su favor.

VII. CONCLUSIÓN

La expropiación forzosa por ministerio de la ley, que constituye una especialidad en el ámbito urbanístico referida a la obtención de los suelos afectos a redes públicas cuando no resulta posible la equidistribución y con ello su obtención gratuita por la Administración y que presenta variantes en la legislación autonómica que, en todo caso, continúa participando en lo sustancial del modelo legal inicialmente reflejado en el artículo 69 de la Ley del Suelo de 1976, ofrece posibilidades adicionales en aquellos supuestos en los que se acude a ella como formula para reactivar expropiaciones que habiendo sido iniciadas por la Administración se encuentran sin embargo paralizadas o cuando opta por desistir del procedimiento, estando justificado en estos casos acceder a una suerte de conversión sobrevenida de la expropiación en obligada por iniciativa del propietario afectado sin quedar sujeto al rígido régimen de plazos previsto por el legislador para su puesta en marcha.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 14 de febrero de 2020
- STS de 12 de marzo de 2018
- STS de 11 de febrero de 2015
- STS de 27 de noviembre de 2015
- STS de 5 mayo de 2014
- STS de 22 de marzo de 2013
- STS de 9 de febrero de 2012
- STS de 12 de junio de 2012
- STS de 20 de diciembre de 2011
- STS de 22 de octubre de 2010
- STS de 29 de octubre de 2010
- STS de 27 de junio de 2006
- STS de 21 de abril de 2005
- STS de 27 de abril de 2005
- STS de 16 de octubre de 2003
- STS de 27 de marzo de 2001
- STS de 2 de junio de 1989
- STS de 8 de junio de 1999
- STS de 18 de mayo de 1987
- ATS de 18 de mayo de 2023
- STSJ de Madrid de 14 de abril de 2023
- STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2022
- STSJ de Madrid de 22 de mayo de 2020
- STSJ de Madrid de 17 de enero de 2018
- STSJ de Madrid de 25 de junio de 2018
- AT de Valencia de 25 de junio de 1973

NOTAS

[1] GARRDIDO FALLA, F., El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones singulares impuestas a la propiedad privada, *Revista de Administración Pública*, núm. 81, págs. 7 a 33.

[2] GÓMEZ-FERRER, R. y BASSOLS COMA, M., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, págs. 18 y sigs.

[3] LASO MARTÍNEZ, J. L., Derecho Urbanístico ..., Tomo III, Ed. Montecorvo, Madrid 1982, págs. 232.

[4] LASO MARTÍNEZ, J. L., Derecho Urbanístico. La propiedad ante el planeamiento urbanístico, Tomo III, Ed. Montecorvo, Madrid 1982, pág. 207.

[5] Sobre la expropiación forzosa por ministerio de la Ley puede verse GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *El justiprecio de la expropiación forzosa. Estudio de su determinación y pago. Valoraciones Urbanísticas*, Ed. Comares, 2018, págs. 195 y 196; FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *Estudio integral de las expropiaciones urbanísticas*, Ed. Aranzadi, S.A., 2007, págs. 93 a 104.

[6] CUEVAS GRANADOS, L., se ocupa del comentario al artículo 48 del TRLSRU, y dentro de él a su letra e), en el libro colectivo Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Comentario sistemático al Texto Refundido de 30 de octubre de 2015, Ed. Aranzadi, 2022, págs. 1543 a 1547, señalando al respecto de lo dispuesto en dicha letra e) que *"es innegable la similitud de esta previsión con las que se contienen en las distintas regulaciones autonómicas sobre la comúnmente denominada expropiación por ministerio de la ley (...). La justificación que subyace bajo estos dos supuestos que permiten a los particulares forzar la expropiación es similar, impedir el mantenimiento sine die de una situación que perjudica patrimonialmente al propietario"*.

[7] Sobre la ocupación directa, LASO BAEZA, V., La ausencia de la ocupación directa en la legislación del Estado y sus consecuencias sobre su inscripción en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, págs. 2398 a 2407 y La constitucionalidad de la regulación de la ocupación directa en la legislación autonómica conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 183/2013, de 23 de octubre, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744, págs. 2003 a 2014.

[8] FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *Estudio integral ...*, Ed. Aranzadi, S.A., 2007, págs. 286.

[9] FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *Estudio integral ...*, Ed. Aranzadi, S.A., 2007, págs. 287.

[10] El vicio de desviación de poder aparece definido por el artículo 70.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998 como *"el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico"*.

[11] LASO BAEZA, V., Las cesiones obligatorias. Especial referencia a su inscripción unilateral a favor de la Administración, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 767, págs. 1656 a 1673.

[12] LASO BAEZA, V., Las cesiones obligatorias ..., *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 767, págs. 1667 y 1668.

[13] La Sentencia de 18 de mayo de 1987 (Ar. 5532), partiendo de que *"la doctrina se ha planteado la cuestión de determinar en qué momento se produce la cesión»*, dio cuenta del dilema consistente en elegir entre *"el momento mismo de la aprobación del Plan (o), por el contrario, solo después, ya en fase de ejecución —aprobación definitiva del proyecto de compensación—"*, optando por la primera al decir que *"sin desconocer la base normativa de la última tesis, ha de recordarse la espiritualización, por decir mejor la desmaterialización del derecho de propiedad, pues el suelo que pertenece a una persona es solo un dato para determinar el contenido de su derecho"*. Por ello, concluye diciendo que *"parece más adecuado atender al momento de la aprobación del Plan (…) aunque la localización del aprovechamiento solo se producirá en la fase de ejecución, lo que tiene escasa importancia dada la desmaterialización del derecho de propiedad"*.

4. DERECHO BANCARIO

Deberes de información de las entidades financieras.

Duties of information of financial institutions.

por

LUIS CORPAS PASTOR

Profesor Sustituto Interino Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Málaga

RESUMEN: La protección que brinda actualmente el Ordenamiento español, integrando la normativa europea sobre la información precontractual en la contratación de productos financieros y especialmente el control de la existencia de una previa y correcta información al cliente de tales productos se ha visto reforzada por la entrada en vigor el pasado siete de abril, de la *Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión*, que como ley marco viene a dictar las reglas del juego en este especial tipo de contratos. Sin embargo, en virtud del principio general de irretroactividad de las leyes, a las controversias surgidas en este ámbito específico, le son de aplicación las normas vigentes en el momento de la contratación, por lo que es juicioso recordar la normativa aplicable a los contratos celebrados hasta esa fecha. En este trabajo se extrae la doctrina del Tribunal Supremo sobre los instrumentos financieros de financiación, en particular, la aplicación de la normativa relacionada con la Directiva MiFID y su impacto sobre los contratos de préstamo donde se establecen cláusulas predispuestas por la entidad relativas a productos complejos, en concreto de derivado financiero definidor del precio del préstamo, del que las entidades financieras tienen la obligación de informar al cliente, y cuando esta información precontractual no se ofrece con la claridad exigida por el ordenamiento, esta culpa *in contrahendo* puede dar lugar a responsabilidad contractual del 1101 CC; como se explica en la reciente STS de 10 de abril.

ABSTRACT: The protection currently provided by the Spanish legal system, incorporating European regulations on pre-contractual information in the contracting of financial products, and especially the control of prior and accurate information to clients regarding such products, has been strengthened by the entry into force on April 7th of Law 6/2023, dated March 17th, on Securities Markets and Investment

Services. This framework law establishes the rules of the game in this particular type of contracts. However, in accordance with the general principle of non-retroactivity of laws, disputes arising in this specific area are subject to the regulations in force at the time of the contract, so it is prudent to recall the applicable regulations for contracts entered into before that date. This study extracts the doctrine of the Spanish Supreme Court on financial products for financing, particularly the application of regulations related to the MiFID Directive and its impact on loan agreements containing pre-drafted clauses by the institution regarding complex products, specifically financial derivatives defining the loan's price. Financial institutions have the obligation to inform the client, and when this pre-contractual information is not offered with the clarity required by the law, this in contrahendo´s fault can give rise to contractual liability of 1101 CC, as stated in the recent Spanish Supreme Court decision of April 10th., 2023.

PALABRAS CLAVE: Información pre-contractual. Derivados financieros. Préstamo. Directiva MiDI 2.

KEY WORDS: Pre-contractual information. Financial derivatives. Loan. MiFID-2 Directive.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Los productos financieros. 2. Entidades y clientes. 3. La información precontractual de los productos financieros y su regulación. 4. La evolución de la jurisprudencia sobre el deber de información precontractual en la contratación de productos financieros.—II. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS.—III. RESULTADOS.—IV. DISCUSIÓN.—V. CONCLUSIÓN.—VI. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado ya más de treinta años desde la promulgación de la Ley del Mercado de Valores y desde entonces, la regulación de producción española sobre instrumentos financieros ha ido a remolque de las normas prescritas en diversas Directivas y Reglamentos de la Unión Europea (en adelante, «UE»); que han ido impulsando su progresiva transformación hasta hoy.

Es cierto que España tiene en su Constitución una configuración política como Estado social y democrático de Derecho, pero en la actualidad no puede obviarse que la complejidad de la gobernanza económica como consecuencia de su pertenencia a la UE obliga a incorporar instrumentos normativos de producción supranacional y, recordemos, la UE está pensada desde el principio sobre «las llamadas cuatro libertades (libertad de circulación de trabajadores, capitales, bienes y servicios)» como libertades fundamentales (Amezúa Amezúa, 2004).

De estas cuatro libertades, pilares fundamentales del mercado único de la UE, la libre circulación de capitales ha tenido una velocidad diferenciadamente más lenta en relación con las otras y, paradójicamente, la misma resulta fundamental en la integración económica, la competitividad y la cohesión dentro de la Unión.

La regulación en materia de información al cliente de servicios de inversión de capitales ha sido muy intensa en los últimos años, lo cual ha propiciado una exagerada producción normativa relativa a los productos financieros, en particu-

lar sobre la exigencia de información previa al contratante adherente: el cliente. Concepto que se detalla en la legislación financiera y que en muchos casos se corresponde con la protección que nuestro Estado siempre ha brindado cuando la asimetría entre partes contratantes pudiera ir en perjuicio de una de ellas. Tal es el caso de la legislación tuitiva recogida hasta ahora en el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores de 2015[1] (en adelante, «TRLMV») y en la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014[2] (conocida como «MiFID 2»), así como el Reglamento Delegado (UE) 2017/565[3] de la Comisión de 25 de abril de 2016, y sus sucesivas modificaciones[4].

En este trabajo analizamos la doctrina jurisprudencial sobre la información precontractual previa en la contratación de determinados productos de financiación, es decir, la postura del Tribunal Supremo acerca de los deberes de información que le son exigibles a las entidades financieras cuando se establece uno de los elementos esenciales del contrato de financiación. En este caso, el precio en el contrato de préstamo, es decir, el interés aplicable al préstamo, en concreto, cuando éste se calcula como «derivado financiero», independientemente de si el cliente es o no un adherente consumidor, sobre la base de la reciente STS de 10 de abril[5].

1. Los productos financieros

Los productos financieros son «instrumentos que permiten ahorrar, invertir o financiar de formas diversas, adecuadas al nivel de riesgo que cada cliente esté dispuesto a asumir» (Aguilar Gualda, 2019, 45). Y siguiendo a esta autora, se pueden clasificar en productos de ahorro, productos financieros de inversión y productos financieros de financiación (Aguilar Gualda, 2019, 45-68). Su diseño y comercialización se regulan actualmente en el art. 208 ter TRLMV, debiendo las empresas de servicios y actividades de inversión no sólo «garantizar» que dichos instrumentos «estén diseñados para responder a las necesidades de un mercado destinatario definido de clientes finales», que su estrategia de distribución sea compatible con el mercado destinatario, quedando obligadas a adoptar «medidas razonables para garantizar que el instrumento se distribuya en el mercado destinatario definido», sino que están obligadas a comprender sus características y valorar la compatibilidad de los productos financieros «con las necesidades de los clientes», garantizando que la oferta o comercialización de tales instrumentos se realice «únicamente cuando ello redunde en interés del cliente» (núm. 2 del art. 208 ter TRLMV).

Actualmente al catálogo de instrumentos financieros distintos de los valores negociables le es de aplicación el TRLMV a tenor de su artículo 2.2 y «deberán cumplir las disposiciones pertinentes del título III del Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014». Asimismo, es una constante en la regulación de tales productos el aseguramiento de una comprensión cabal de las implicaciones y riesgos por parte del cliente en la contratación de tales productos financieros, que adquiere el carácter de «principio básico» del Derecho de los mercados financieros[6], imponiéndose unos deberes precontractuales obligatorios a las entidades que los comercializan frente a los distintos tipos de clientela.

2. Entidades y clientes

Crespo Mora (2022), en su comentario al artículo 91 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios[7] (en adelante, TRLCU), afirma que en los contratos relativos a valores, instrumentos financieros y divisas, los tribunales descartan las pretensiones de clientes que contrataron instrumentos financieros, ya que éste se remite, aunque sin decirlo, a tres apartados del listado de cláusulas abusivas enumeradas por el art. 85 TRLCU: en concreto al apartado tercero (que declara el carácter abusivo de aquellas cláusulas que reserven unilateralmente, en favor del empresario, la facultad de modificar el contrato, salvo que concurran motivos válidos especificados en aquel), al apartado cuarto, segundo inciso […] y al apartado décimo (que considera abusivas aquellas cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de incrementar el precio final sobre el convenido salvo, en ambos casos, que concurran razones objetivas, o que se reconozca el derecho del consumidor a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al estipulado). [...] En cualquier caso, la jurisprudencia que ha aplicado el art. 91 reconoce que, en cuanto que limita los derechos de consumidores y usuarios, ha de ser interpretado restrictivamente. (1360-1361).

Para esta autora, esto no significa que el cliente quede desprotegido, sin importar la rentabilidad o el nivel de riesgo del instrumento en cuestión. Dicho artículo «rechaza únicamente la abusividad derivada de los apartados 3, 4 y 10 del artículo 85 del TRLCU». Sin embargo, las cláusulas presentes en contratos relacionados con instrumentos financieros cuyo precio está vinculado a una cotización pueden resultar abusivas al caer en cualquier otra de las disposiciones de la denominada «lista negra» o de la aplicabilidad del artículo 82 del TRLCU cuando el contenido del contrato aleatorio revele claramente un desequilibrio a en contra del consumidor (Crespo Mora, 2022, 1361)..

Sin embargo, en el panorama financiero no encontramos ya consumidores y usuarios frente a empresarios, como en el Derecho de consumo, sino específicamente (en la clasificación dada por el art. 203 TRLMV) ante «clientes minoristas, profesionales y contrapartes elegibles» y entre éstas últimas, encontramos las entidades de crédito (art. 207 TRLMV), por lo que el concepto de cliente es más amplio que el de consumidor. Así, De la Fuente Núñez de Castro (2021, 86) afirma con acierto que el elemento subjetivo ni es necesario que «tenga la consideración de persona física, ni tampoco concurran en él las características definitorias del consumidor» tal como se define en el art. 3 TRLCU.

Por otra parte, las empresas de servicios y actividades de inversión tienen el deber de actuar con honestidad, imparcialidad y profesionalidad en el mejor interés de sus clientes y además de un «deber general de información» (*ex* art. 209 TRLMV), están obligadas a proporcionar orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros y sobre el servicio prestado (arts. 210 y 2011 TRLMV). En la sección 5ª, se establece un deber «general de las entidades de conocer a sus clientes», estando obligadas a «velar» porque el producto sea «idóneo para el cliente» (art. 213 TRLMV); estando vedada la recomendación a los potenciales clientes de tales productos en caso de no obtener tal información.

3. La información precontractual de los productos financieros y su regulación

Antes de la entrada en vigor, el 3 de enero de 2018, de la normativa MiFID 2, que se basaba en la exigencia de una serie de requisitos destinados a conocer a la clientela y a su protección específica con la realización de unos «test de idoneidad» con el objetivo de determinar el perfil de riesgo del cliente de banca de inversión para que las entidades puedan asesorarle según sus conocimientos y el riesgo que está dispuesto a asumir en sus inversiones; complementado con una necesaria «información transparente» y periódica sobre comisiones y gastos asociados a la contratación de determinados productos financieros, ya advertía Mayorga Toledano (2015, 176) que «ante la comercialización de derivados financieros utilizados como cobertura del riesgo de tipo de interés de préstamos hipotecarios a interés variable» nos encontramos «ante un asesoramiento personalizado, se haya suscrito o no expresamente un contrato específico».

Esto se ha visto como un principio extraño, un *caveat vendor*, que desplaza hacia el vendedor la responsabilidad de la justicia de las transacciones (Ruíz Ojeda, 2017) y que nos lleva a adentrarnos de lleno en la problemática que trata la STS núm. 452/2023, de 10 de abril, en la que la culpa en *contrahendo* parece imperar en cuanto a la jurisprudencia actualmente en España, cuando se incumplen los deberes de información previstos en el ordenamiento, constituyendo un incumplimiento contractual puro y duro, si el cliente no ha tenido una información veraz, clara y además, entran en juego condiciones generales de la contratación, que sabemos, pueden ser nulas en contratos con clientes que no tienen la condición de consumidores. Advertía Tomás Martínez (2010), que este tema no es nuevo y dicha expresión fue forjada por Jhering en 1861 con el fin de referirse con ella a la responsabilidad en el periodo precontractual […] resultado de la aplicación del método de la conocida como jurisprudencia de conceptos sobre la base de fuentes romanas relacionadas con la venta de *res extra commercium* cuando el vendedor conoce esta naturaleza de la cosa y no informa de este aspecto al comprador. Según las fuentes romanas, el comprador de buena fe tiene una acción contractual para obtener el *id quod interest*. (189-190).

La autora consideraba, con toda razón, que pese a que el Reglamento europeo Roma II, sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales[8] «ha incluido entre ellas a la culpa *in contrahendo*», lo que hizo el Reglamento fue crear un «concepto autónomo» en el Derecho europeo, que «constituye una excepción legal dado que la norma que será aplicable es la ley del contrato (o la que hubiera sido aplicable en el caso de que el contrato hubiera llegado a concluirse)» (Tomás Martínez, 2010, 206). No es cuestión menor, y tuvo su importancia en la concepción actual la vulneración de los deberes de información en la contratación de productos financieros, equiparándose a un cierto dolo *in contrahendo*. Así la STS núm. 263/2009 de 24 abril[9], sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad por dolo *in contrahendo*, en este caso sobre una compra-venta de acciones, decía (FD 3º): se ha de convenir con la más autorizada doctrina en que la acción de responsabilidad es de naturaleza contractual, y por ende en cuanto a la prescripción se regiría por el artículo 1964 del Código civil. A esta conclusión se llega tanto al considerar que la presencia de un contrato en vigor aparta el tema de los supuestos de responsabilidad precontractual, cuanto si se estima que la moderna dogmática contractual exige la incorporación

de las declaraciones efectuadas durante los tratos preliminares como promesas contractuales, […]. Las representaciones efectuadas durante la fase de tratos preliminares pueden configurar el comportamiento que se espera del deudor y servir de pauta para determinar la existencia de un incumplimiento. Además, esta responsabilidad comprendería no sólo el llamado "interés contractual negativo", sino el "interés contractual positivo", pues la indemnización por dolo ha de referirse a la totalidad del daño provocado por el engaño que ha frustrado el desarrollo normal del contrato y ha impedido la satisfacción del interés del *deceptus*.

4. La evolución de la jurisprudencia sobre el deber de información precontractual en la contratación de productos financieros.

De la Fuente Núñez de Castro (2021) analiza la evolución que el Alto Tribunal ha seguido en los últimos años en temas relacionados con la comercialización de productos financieros de alto riesgo. Si bien su análisis se centra en instrumentos financieros distintos al cálculo del precio del préstamo con derivados financieros implícitos, puede servir como ilustración para este tipo de productos por parte de clientes minoristas, concepto, como hemos señalado, algo más amplio que el de consumidor. Los afectados por el incumplimiento en los deberes de conducta en la comercialización de productos financieros de alto riesgo suelen «fundamentar sus reclamaciones en tres conceptos: nulidad, resolución e indemnización por daños y perjuicios» (De la Fuente Núñez de Castro, 2021, 96), pero el Alto Tribunal únicamente admite la nulidad, junto con el resarcimiento del perjuicio económico irrogado al cliente cuando se cumplen determinados requisitos. La autora señala que son dos las actuaciones que fundamentalmente ejercen los clientes: el ejercicio de la acción de anulabilidad por la incorrecta formación del consentimiento contractual del cliente minorista por incumplimiento de los deberes generales de conducta causantes de un error-vicio siempre que el error revista los caracteres propios y se ejerza la acción en plazo. La segunda de las soluciones propuestas en los últimos años por nuestro más Alto Tribunal supone una contractualización de los deberes precontractuales de conducta (83).

Sin embargo, no se trata de una novedad doctrinal: el resarcimiento de daños contractuales derivada de la «aplicación del artículo 1101 del Código Civil, de daños originados por el incumplimiento de un deber precontractual», como afirma De la Fuente Núñez de Castro (2021, 83) subyace a todo el sistema europeo desde los tiempos de Jhering (Tomás Martínez (2010). Si bien es cierto, como afirma De la Fuente Núñez de Castro (2021), que el Alto Tribunal está dando cobijo a esta acción de responsabilidad contractual por incumplimiento de los deberes de información que, a través de diversas normativas le son exigibles a las entidades financieras frente a sus clientes; sobre todo en lo que a productos financieros complejos se refiere.

II. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

Este trabajo se ha realizado siguiendo el método jurídico sistémico-estructural-funcional de investigación, que incluye el acceso a fuentes primarias de dere-

cho positivo, doctrinales y jurisprudenciales, con el objetivo de analizar la responsabilidad derivada de la falta de información exigible a los comercializadores de instrumentos de financiación complejos.

III. RESULTADOS

La doctrina jurisprudencial sobre conflictos originados por la comercialización de productos financieros complejos (swaps[10], preferentes[11], bonos estructurados[12], bonos convertibles en acciones y otros bonos[13], la adquisición de aportaciones subordinadas[14], instrumentos con obligaciones subordinadas[15], y otros productos financieros[16]), forjada durante los últimos años ha prestado poca atención al incumplimiento contractual cuando del precio de un préstamo se trata.

La STS de 10 de abril de 2023 estima un recurso de casación acogiendo los motivos del mismo, que son, por una parte, la infracción de la normativa del mercado de valores y responsabilidad contractual y, por otra, la responsabilidad por culpa del comercializador de productos de inversión derivada de una falta de información correcta al cliente.

Sobre el primero de estos aspectos, esta STS núm. 452/2023 declara que

en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al cliente un perjuicio patrimonial.

Ello es aplicable tanto en el caso de productos de financiación, como sobre productos de inversión; con cita de la doctrina jurisprudencial al respecto (SSTS núms. 677/2016, de 16 de noviembre, 62/2019, de 31 de enero, 249/2019, de 6 de mayo, 608/2020, de 12 de noviembre, y 615/2020, de 17 de noviembre).

El segundo de los motivos, la responsabilidad por culpa del comercializador de productos de inversión, deriva de «la inobservancia de las obligaciones derivadas de una relación jurídica de asesoramiento financiero en la adquisición de productos financieros complejos y de riesgo», generando «un daño en el patrimonio del inversor evaluable económicamente», con cita de la STS núm. 562/2021, de 26 de julio.

En la demanda que da origen a la STS de 10 de abril de 2023, se instaba (FD 1º.1), como acción principal «la nulidad por error en el consentimiento de todas las menciones relativas al derivado financiero» al que se vinculaba el cálculo del interés anual de un contrato de préstamo hipotecario realizado con una entidad bancaria en septiembre de 2006, así como la solicitud de condena de dicha entidad a la «devolución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dicho derivado», diferencia entre las cuotas pagadas y las que habría tenido que abonar si se hubiera aplicado el Euribor sin diferencia «durante toda la vigencia del préstamo», junto con sus intereses y costas (tasada pericialmente esta cantidad en 508.322,35 euros). Subsidiariamente, se pedía de forma alternativa, en primer lugar, la declaración de incumplimiento contractual por parte de la entidad bancaria con la correspondiente acción indemnizatoria de condena a dicha entidad al pago de daños y perjuicios equivalente a la diferencia entre los intereses abonados en

exceso […] y los que hubiere abonado de aplicarse el Euribor sin diferencial, más los intereses legales correspondientes y las costas del presente procedimiento, que hasta la fecha del cierre del informe pericial se han calculado en 762.638,27 €, así como el coste que se devengue y sea abonado […] en caso de cancelación anticipada del derivado financiero y, como alternativa a la anterior, en segundo lugar, se pedía la condena a la entidad al pago de la indemnización de daños y perjuicios equivalente a la diferencia entre los intereses abonados —y que abone durante la pendencia del presente proceso— en exceso por mi mandante y los que hubiere abonado de aplicarse el Euribor más el diferencial de 0,45 puntos, más los intereses legales correspondientes y las costas del presente procedimiento, que hasta la fecha del cierre del informe pericial se han calculado en 749.134,04 € , así como el coste que se devengue y sea abonado por mi principal en caso de cancelación anticipada del derivado financiero.

Subsidiariamente a la anterior petición alternativa subsidiaria de la principal, se pedía la declaración de nulidad de la cláusula relativa al «coste de cancelación anticipada del derivado financiero» y la condena de la entidad «a estar y pasar por dicha nulidad».

La demanda se estimó parcialmente en primera instancia, declarando la nulidad de la CGC «relativa al coste de cancelación anticipada del derivado financiero», sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

En segunda instancia (FD 2º), la parte demandante recurrió en apelación la sentencia, a la que se opuso la entidad, impugnándola. Los recursos se resolvieron por la AP de Barcelona (SAP B núm. 1083/2019, de 7 de junio[17]). La sentencia de segunda instancia desestima el recurso de la sociedad demandante y estima el recurso interpuesto por la entidad, revocando la sentencia de instancia, desestimando íntegramente la demanda inicial, con imposición de las costas de ambas instancias a la sociedad actora.

Frente a esta sentencia de apelación, la sociedad demandante interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación (FD 3º) respectivamente, por infracción del art. 218.1 LEC por incongruencia *extra petita*, y dos motivos casacionales: en primer lugar, la infracción de la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias STS 491/2017 de 13 de septiembre (Pleno), STS 62/2019 de 31 de enero, STS 666/2016 de 14 de noviembre, STS 677/2016 de 16 de noviembre y STS 303/2019 de 28 de mayo, entre otras, que permiten el ejercicio de la acción del art. 1101 CC en relación con el art. 79 bis LMV), y, en segundo lugar, por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa al incumplimiento de las obligaciones de información en la comercialización de financiación con derivado financiero o implícito (tal y como esta doctrina se fija en las SSTS 450/2016 de 1 de julio, 66/2017 de 2 de febrero, 104/2017 de 17 de febrero, 366/2017 de 8 de junio, 4/2019 de 9 de enero).

El TS finalmente, desestima el recurso por infracción procesal (FD2º), al haber desistido la demandante de la acción de nulidad, no por este motivo, sino porque consideró que si no había déficit informativo sobre las características y riesgos del contrato que pudieran dar lugar a la nulidad de la cláusula, tampoco podrían dar lugar a una acción de responsabilidad contractual. A lo que añadió que, si bien la jurisprudencia ha admitido que pueda acudirse a la acción de responsabilidad por culpa contractual en algunos casos en los que había fracasado

la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, había sido en casos de contratos de inversión con consumidores.

Sin embargo, estima el recurso de casación, como hemos afirmado en párrafos precedentes, acogiendo tanto el primer motivo de dicho recurso (infracción de la normativa del mercado de valores y responsabilidad contractual), como el segundo (responsabilidad por culpa del comercializador de productos de inversión); por las siguientes razones. Sobre el primero de ellos, dice (FD 3º):

1. Como declaran las sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 62/2019, de 31 de enero, 249/2019, de 6 de mayo, 608/2020, de 12 de noviembre, y 615/2020, de 17 de noviembre, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al cliente un perjuicio patrimonial.

Asimismo, esta doctrina se aplica no sólo a los casos en que el producto adquirido conlleva propiamente una inversión (como las participaciones preferentes o los bonos estructurados), sino también cuando se contrata un swap, o un producto que funciona como tal, en el que propiamente no hay una inversión (sentencias 165/2020, de 11 de marzo; 615/2020, de 17 de noviembre; y 316/2023, de 28 de febrero).

2. Sobre esta base, aunque el art. 79 bis LMV no estaba en vigor cuando se firmó el contrato litigioso, porque se introdujo por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa, en particular el nuevo art. 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al contrato, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

"1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

"3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

3. La limitación que hace la Audiencia Provincial a la posibilidad de ejercicio de la acción de daños y perjuicios por responsabilidad contractual (art. 1101 CC) a los supuestos de contratos con consumidores no tiene sustento normativo. La legislación del mercado de valores distingue entre clientes profesionales y clientes minoristas, pero no contiene unas normas específicas para consumidores (sin perjuicio de que si el cliente es minorista también pueda accionar con fundamento en su legislación protectora). De hecho, en varias de las resoluciones dictadas por esta sala en las que se ha estimado la acción indemnizatoria por incumplimiento de los deberes de información por parte de la sociedad de servicios de inversión el cliente era una sociedad mercantil que, por definición, no puede ser consumidora.

Sobre el segundo motivo de casación (responsabilidad por culpa del comercializador de productos de inversión), el Tribunal Supremo también lo acoge favorablemente (FD 4º) porque la Audiencia Provincial no había examinado en la apelación los presupuestos de cualquier acción de responsabilidad civil (es decir, «la inobservancia de las obligaciones derivadas de una relación jurídica de asesoramiento financiero en la adquisición de productos financieros complejos y de riesgo, y que dicho déficit ha generado un daño en el patrimonio del inversor evaluable económicamente», con cita de la STS núm. 562/2021, de 26 de julio), y «únicamente» descartó la posibilidad de que la acción indemnizatoria prosperase debido a que la parte prestataria «no era consumidora».

Al estimar el recurso de casación, automáticamente se estima el recurso de apelación de la sociedad demandante y se condena a la entidad bancaria «al pago de una indemnización de daños y perjuicios equivalente a la diferencia entre los intereses abonados en exceso por la demandante y los que hubiere abonado de aplicarse el Euribor más el diferencial de 0,45 puntos, más los intereses legales correspondientes, así como el coste que se devengue en caso de cancelación anticipada del derivado financiero», a determinar en ejecución de sentencia.

IV. DISCUSIÓN

En esta sentencia, el conflicto deriva del precio de un préstamo con garantía hipotecaria concedido a una entidad mercantil por parte de una entidad financiera que estaba referenciado a un tipo de interés variable asociado a un derivado financiero, por lo que se trataba en realidad de un producto financiero complejo. En el contrato se había añadido una cláusula denominada «TIPO DE INTERÉS VARIABLE. DERIVADO FINANCIERO», según la cual, el precio del préstamo después de la primera anualidad y hasta el fin del contrato, se revisaría mensualmente atendiendo a dos condiciones: si el EURIBOR dos días antes del inicio de cada periodo mensual fuera igual o inferior a 5,25%, el tipo de interés

que se aplicaría sería el 4,45% anual. Pero si el EURIBOR fuera superior al 5,125%, el precio del préstamo sería dicho EURIBOR más un diferencial de 0,45 puntos. Por lo tanto, como «derivado financiero» se entiende la sustitución del pago de un interés variables de mercado por el tipo así definido. En este sentido, se trata de un producto financiero complejo, al estar implícito en el precio un derivado financiero.

Por otra parte, el contrato establecía también las condiciones de liquidación del derivado financiero en caso de «vencimiento anticipado y amortización anticipada total o parcial» que implicasen la «cancelación, total o parcial del Derivado Financiero», dejando en manos de la entidad bancaria la determinación del valor de mercado de dicho derivado financiero, a través del cálculo del «Importe resultante de la cancelación anticipada del Derivado Financiero», que notificado al cliente, en caso de disconformidad, el prestamista solicitaría sucesivamente a diversas entidades de crédito «de referencia» hasta que le comunicase el importe que hubiera cobrado (o que pagaría) a la fecha de cancelación por llevar a cabo una operación de similares características.

Hay que tener en cuenta que era el Real Decreto 692/1993 de 3 de mayo el que estaba vigente en el momento de celebrarse el contrato de préstamo y, por lo tanto, las entidades financieras debían cumplir las «normas de conducta» que le son exigibles a las empresas del mercado de valores (FD 3º.2), «con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión», como detallaba el artículo 5 del anexo de ese Real Decreto (concretamente, la entidad debía ofrecer y suministrar a sus clientes

toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Hay que añadir, sobre el segundo motivo de casación, por «infracción del art. 1101 CC, en relación con la jurisprudencia contenida en las sentencias 450/2016, de 1 de julio; 66/2017, de 2 de febrero; 104/2017, de 17 de febrero;366/2017, de 8 de junio; y 4/2019, de 9 de enero», que el Alto Tribunal entiende que sí existe responsabilidad contractual, aunque no hubiera habido error en el consentimiento.

El punto interesante de esta STS de 10 de abril de 2023 es que señala que, pese a que la Audiencia Provincial no aprecia el incumplimiento contractual porque la parte prestataria era una empresa y no un consumidor, para el Alto Tribunal, ello

no es óbice para dejar de examinar los requisitos de cualquier acción de responsabilidad civil (FD 4º.2), esto es: «acreditarse la inobservancia de las obligaciones derivadas de una relación jurídica de asesoramiento financiero en la adquisición de productos financieros complejos y de riesgo, y que dicho déficit ha generado un daño en el patrimonio del inversor evaluable económicamente»; citando como referencia la STS núm. 562/2021, de 26 de julio.

La entidad financiera incumplió con la empresa prestataria (y no consumidora) sus deberes de información, por lo que sí hubo incumplimiento contractual, porque, como todos sabemos, los pactos obligan no solamente a lo pactado, sino a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Y en ese momento, la ley aplicable al contrato era el mencionado Real Decreto y se incumplió la obligación de información que en el mismo se establecía de «asesoramiento financiero en la adquisición de productos financieros complejos y de riesgo». DSobre este aspecto, De la Fuente Núñez de Castro (2021) afirma que, junto al deber de información en la fase precontractual, coexiste

otro deber legal, norma de conducta, que ha de observar la entidad financiera: el asesoramiento de la idoneidad y conveniencia de los productos para el potencial cliente. Este deber de asesoramiento también es consecuencia del formalismo contractual que actúa como garante de la parte más débil de la relación contractual en la medida que dota de contenido a la formalización de su proceso, en este caso, en la fase previa antes de su perfeccionamiento. Esta exigencia actualmente viene recogida en los artículos 212 a 216 del TRLMV. (94).

V. CONCLUSIÓN.

La STS núm. 452/2023, de 10 de abril detalla los requisitos que deben darse para que prospere una acción indemnizatoria por incumplimiento contractual derivado de la falta de información previa que le es exigible a las entidades financieras: en primer lugar, la acreditación del incumplimiento de la obligación de la entidad de asesoramiento financiero en la adquisición de productos financieros complejos y de riesgo y en segundo lugar, la producción de un daño económico, evaluable económicamente, al patrimonio del cliente como consecuencia de ese déficit de información precontractual. Esta apreciación de incumplimiento contractual cuando existe deficiencia en la información precontractual, que otrora se discutía si entraba en el ámbito (con los plazos de prescripción correspondientes) a laresponsabilidad civil extracontractual por culpa *in contrahendo*, reafirma la vieja idea que de antiguo sostenía doctrina autorizada de que, en realidad, estamos ante una responsabilidad civil contractual a la que le son aplicables de forma directa los remedios clásicos frente al incumplimiento.

La regulación en materia financiera, siempre cambiante, viene a reforzar con claridad los deberes de información que son exigibles a las entidades para con sus clientes y, por tanto, a especificar cuándo se considera incumplido ese deber precontractual. La vía de actuación en estos casos, actualmente, pasa por la aplicación del art. 1101 CC.

VI. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STS núm. 425/2023, de 10 de abril.
- STS núm. 356/2023, de 08 de marzo.
- STS núm. 716/2022, de 27 de octubre.
- STS núm. 507/2022, de 28 de junio.
- STS núm. 107/2022, de 09 de febrero.
- STS núm. 779/2021, de 12 de noviembre.
- STS núm. 562/2021, de 26 de julio.
- STS núm. 517/2021, de 12 de julio.
- STS núm. 296/2021, de 11 de mayo.
- STS núm. 224/2021, de 22 de abril.
- STS núm. 198/2021, de 12 de abril.
- STS núm. 136/2021, de 10 de marzo.
- STS núm. 152/2021, de 16 de marzo.
- STS núm. 143/2021, de 15 de marzo.
- STS núm. 73/2021, de 09 de febrero.
- STS núm. 58/2021, de 08 de febrero.
- STS núm. 21/2021, de 21 de enero.
- STS núm. 19/2021, de 19 de enero.
- STS núm. 667/2020, de 11 de diciembre.
- STS núm. 620/2020, de 18 de noviembre.
- STS núm. 615/2020, de 17 de noviembre.
- STS núm. 608/2020, de 12 de noviembre.
- STS núm. 607/2020, de 12 de noviembre.
- STS núm. 588/2020, de 10 de noviembre.
- STS núm. 565/2019, de 23 de octubre.
- STS núm. 538/2020, de 19 de octubre.
- STS núm. 536/2020, de 16 de octubre.
- STS núm. 526/2020, de 14 de octubre.
- STS núm. 481/2020, de 21 de septiembre.
- STS núm. 476/2020, de 21 de septiembre.
- STS núm. 421/2019, de 16 de julio.
- STS núm. 435/2020, de 15 de julio.
- STS núm. 413/2020, de 09 de julio.
- STS núm. 405/2020, de 07 de julio.
- STS núm. 337/2020, de 22 de junio.
- STS núm. 376/2020, de 30 de junio.
- STS núm. 375/2020, de 30 de junio.
- STS núm. 343/2020, de 23 de junio.
- STS núm. 336/2020, de 22 de junio.
- STS núm. 292/2020, de 12 de junio.
- STS núm. 198/2020, de 26 de mayo.
- STS núm. 139/2020, de 02 de marzo.
- STS núm. 103/2020, de 12 de febrero.
- STS núm. 65/2020, de 03 de febrero.
- STS núm. 49/2020, de 22 de enero.

- STS núm. 673/2019, de 16 de diciembre.
- STS núm. 618/2019, de 19 de noviembre.
- STS núm. 602/2019, de 12 de noviembre.
- STS núm. 558/2019, de 23 de octubre.
- STS núm. 557/2019, de 23 de octubre.
- STS núm. 562/2019, de 22 de octubre.
- STS núm. 553/2019, de 22 de octubre.
- STS núm. 552/2019, de 22 de octubre.
- STS núm. 549/2019, de 18 de octubre.
- STS núm. 542/2019, de 16 de octubre.
- STS núm. 532/2019, de 10 de octubre.
- STS núm. 527/2019, de 09 de octubre.
- STS núm. 524/2019, de 08 de octubre.
- STS núm. 471/2019, de 17 de septiembre.
- STS núm. 426/2019, de 16 de julio.
- STS núm. 406/2019, de 08 de julio.
- STS núm. 356/2019, de 25 de junio.
- STS núm. 352/2019, de 25 de junio.
- STS núm. 351/2019, de 25 de junio.
- STS núm. 343/2019, de 13 de junio.
- STS núm. 288/2019, de 23 de mayo.
- STS 303/2019 de 28 de mayo.
- STS núm. 290/2019, de 23 de mayo.
- STS núm. 249/2019, de 6 de mayo.
- STS núm. 177/2019, de 21 de marzo.
- STS núm. 210/2019, de 05 de abril.
- STS núm. 178/2019, de 21 de marzo.
- STS núm. 162/2019, de 14 de marzo.
- STS núm. 137/2019, de 06 de marzo.
- STS núm. 62/2019, de 31 de enero.
- STS núm. 8/2019, de 11 de enero.
- STS núm. 36/2019, de 17 de enero.
- STS núm. 10/2019, de 11 de enero.
- STS núm. 6/2019, de 10 de enero.
- STS núm. 4/2019 de 9 de enero.
- STS 491/2017 de 13 de septiembre.
- STS núm. 104/2017 de 17 de febrero.
- STS núm. 366/2017 de 8 de junio.
- STS núm. 66/2017 de 2 de febrero.
- STS núm. 677/2016, de 16 de noviembre.
- STS núm. 666/2016 de 14 de noviembre.
- STS núm. 450/2016 de 1 de julio.
- STS núm. 263/2009, de 24 de abril.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Amezúa Amezúa, L. C. (2004). Los derechos fundamentales en la unión europea. *Revista de derecho (Valdivia)*, *16*, 105-130. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000100005

Blanco Sánchez, M. J. (2021). *El deber de información en la contratación de instrumentos financieros*. Cizur Menor: Aranzadi.

Crespo Mora, C. (2022). Artículo 91. Contratos relativos a valores, instrumentos financieros y divisas. Comentario. En Cañizares Laso, A., y Zumaquero Gil, L. (Dirs.). *Comentarios al Texto Refundido de la ley de consumidores y usuarios. Tomo I. (Artículos 1 al 91)*. Tirant lo Blanch, 1359-1362.

De la Fuente Núñez de Castro, M. S. (2021). Comercialización de productos financieros complejos: Responsabilidad por omisión de los deberes conductuales derivados de la buena fe. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 26, 81-105.

Mayorga Toledano, M. C. (2015). Transmisión del riesgo de tipo de interés de préstamos hipotecarios a través de derivados financieros. El deber de asesoramiento en su contratación. *RDC,* 2 (4) 173-176.

Montero Córdoba, L. (2018). La estructura de los mercados de instrumentos financieros de la Unión Europea tras la aplicación de MIFID II-MIFIR. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 22, 2.

Pérez Carrillo, E. (2022). Información consolidada de las operaciones sobre instrumentos financieros en la UE. A propósito de las Propuestas de reforma de MIFIR y MIFID 2. *Quaderns IEE: Revista de l'Institut d'Estudis Europeus*, 1(1), 27-52. https://doi.org/10.5565/rev/quadernsiee.21

Ruíz Ojeda, A. (2017). *Caveat vendor*, o el volteo regulatorio de la asignación de riesgos en las transacciones financieras por la normativa MiFID. *InDret,* 2, 30 pp.

Tomás Martínez, G. (2010). Revista de derecho (Coquimbo). Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa *in contrahendo*) en la armonización jurídica europea. *RDUCN*, 17 (1), 187-210. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000100009

NOTAS

[1] *Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.* (BOE núm. 255, de 24 de octubre).

[2] *Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE*. (DOUE núm. 173, de 12 de junio).

[3] *Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión de 25 de abril de 2016 por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva.* (DOUE núm. 87, de 31 de marzo).

[4] *N.B. Es de destacar la dinámica respuesta legislativa española en el ámbito de la regulación financiera, siempre cambiante, impulsada por las necesidades del mercado, pero, sobre todo, por la gobernanza supranacional que hemos apuntado, a través de Directivas y Reglamentos de la UE y sus modificaciones. Apenas unos días después de dictarse la Sentencia objeto de este trabajo, se ha promulgado la nueva Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (BOE núm. 66, de 18 de marzo), en vigor desde el 7 de abril* («LMVSI») *y que, para un supuesto como el que analizamos, sería de aplicación plena si fuera la ley del contrato. Así, la entidad bancaria tiene actualmente una obligación de «evaluación de la idoneidad» del instrumento financiero, adicional al deber general de conocer a su clientela establecido en los arts. 204, 205, 206, 207, 208 y los arts. 54 a 57 del precitado Reglamento Delegado (UE) n.º 2017/565 de la Comisión de 25 de abril de 2016, Así, de acuerdo con el artículo 211.2 LMVSI, la empresa deberá evaluar la idoneidad del producto para el cliente y abstenerse de recomendar el instrumento financiero en caso contrario. Además, en virtud del art. 205 LMVSI deberá evaluar la conveniencia de tal instrumento para el cliente, a través de la solicitud activa de «información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente». El cliente tiene el derecho a la entrega de una copia del documento que recoja dicha evaluación y la entidad la obligación de advertirle a este si se trata de un producto no adecuado para el cliente. Especialmente, el art. 205.6 LMVSI en un «instrumento complejo» como el que se ha contratado, dispone que «se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la CNMV, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarlo en los términos de este artículo». Todo ello es muestra del mayor nivel de control que se exige actualmente si se hubiera celebrado el contrato a fecha de hoy.*

[5] STS núm. 452/2023, de 10 de abril (Roj: STS 1346/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1346. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres).

[6] *Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros*. BOE núm. 265, de 5 de noviembre.

[7] *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. (BOE núm. 287, de 30 de noviembre).

[8] *Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)*. (DOUE núm. 199, de 31 de julio).

[9] STS de 24 de abril (Roj: STS 3275/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3275. Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penadés).

[10] SSTS de 08 de marzo de 2023 - ROJ: STS 1097/2023, de 27 de octubre de 2022 - ROJ: STS 3969/2022

STS, de 28 de junio de 2022 - ROJ: STS 2675/2022, de 09 de febrero de 2022 - ROJ: STS 395/2022, de 12 de abril de 2021 - ROJ: STS 1269/2021, de 08 de febrero de 2021 - ROJ: STS 437/2021, de 21 de enero de 2021 - ROJ: STS 86/2021, de 19 de enero de 2021 - ROJ: STS

76/2021, de 11 de mayo de 2021 - ROJ: STS 1778/2021, de 11 de diciembre de 2020 - ROJ: STS 4261/2020, de 18 de noviembre de 2020 - ROJ: STS 3796/2020, de 12 de noviembre de 2020 - ROJ: STS 3633/2020, de 10 de noviembre de 2020 - ROJ: STS 3637/2020, de 19 de octubre de 2020 - ROJ: STS 3333/2020, de 16 de octubre de 2020 - ROJ: STS 3330/2020, de 14 de octubre de 2020 - ROJ: STS 3236/2020, de 21 de septiembre de 2020 - ROJ: STS 2936/2020, de 09 de julio de 2020 - ROJ: STS 2247/2020, de 07 de julio de 2020 - ROJ: STS 2235/2020, de 30 de junio de 2020 - ROJ: STS 2082/2020, de 30 de junio de 2020 - ROJ: STS 2086/2020, de 23 de junio de 2020 - ROJ: STS 2004/2020, de 03 de febrero de 2020 - ROJ: STS 167/2020, de 16 de diciembre de 2019 - ROJ: STS 3944/2019, de 19 de noviembre de 2019 - ROJ: STS 3756/2019, de 12 de noviembre de 2019 - ROJ: STS 3527/2019, de 23 de octubre de 2019 - ROJ: STS 3342/2019, de 22 de octubre de 2019 - ROJ: STS 3386/2019, de 16 de octubre de 2019 - ROJ: STS 3242/2019, de 10 de octubre de 2019 - ROJ: STS 3128/2019, de 09 de octubre de 2019 - ROJ: STS 3153/2019, de 08 de octubre de 2019 - ROJ: STS 3129/2019, de 17 de septiembre de 2019 - ROJ: STS 2817/2019, de 16 de julio de 2019 - ROJ: STS 2501/2019, de 25 de junio de 2019 - ROJ: STS 2159/2019, de 25 de junio de 2019 - ROJ: STS 2194/2019, de 13 de junio de 2019 - ROJ: STS 1893/2019, de 23 de mayo de 2019 - ROJ: STS 1632/2019, de 23 de mayo de 2019 - ROJ: STS 1597/2019, de 21 de marzo de 2019 - ROJ: STS 900/2019, de 14 de marzo de 2019 - ROJ: STS 778/2019, de 10 de enero de 2019 - ROJ: STS 6/2019.

[11] STS, de 12 de noviembre de 2021 - ROJ: STS 4374/2021, STS, de 22 de abril de 2021 - ROJ: STS 1520/2021 y STS, de 04 de abril de 2019 - ROJ: STS 1089/2019.

[12] STS, de 09 de febrero de 2021 - ROJ: STS 382/2021, STS, de 21 de septiembre de 2020 - ROJ: STS 2939/2020, STS, de 22 de junio de 2020 - ROJ: STS 2182/2020 y STS de 17 de enero de 2019 - ROJ: STS 340/2019.

[13] STS, de 16 de marzo de 2021 - ROJ: STS 1076/2021, STS, de 22 de junio de 2020 - ROJ: STS 2014/2020, STS, de 22 de octubre de 2019 - ROJ: STS 3409/2019 y STS de 18 de octubre de 2019 - ROJ: STS 3249/2019.

[14] STS de 12 de julio de 2021 - ROJ: STS 2867/202, STS de 15 de marzo de 2021 - ROJ: STS 994/2021, STS de 26 de mayo de 2020 - ROJ: STS 1227/2020, STS de 12 de febrero de 2020 - ROJ: STS 392/2020, STS de 23 de octubre de 2019 - ROJ: STS 3348/2019 y STS de 16 de julio de 2019 - ROJ: STS 2505/2019.

[15] STS de 22 de enero de 2020 - ROJ: STS 105/2020, STS de 22 de octubre de 2019 - ROJ: STS 3395/2019, STS de 08 de julio de 2019 - ROJ: STS 2437/2019, STS de 05 de abril de 2019 - ROJ: STS 1095/2019, STS de 06 de marzo de 2019 - ROJ: STS 677/2019 y STS de 11 de enero de 2019 - ROJ: STS 8/2019.

[16] STS de 10 de marzo de 2021 - ROJ: STS 877/2021, STS de 15 de julio de 2020 - ROJ: STS 2523/2020, STS de 21 de marzo de 2019 - ROJ: STS 903/2019, STS de 12 de junio de 2020 - ROJ: STS 1596/2020, STS de 02 de marzo de 2020 - ROJ: STS 709/2020, STS de 23 de octubre de 2019 - ROJ: STS 3377/2019

STS de 25 de junio de 2019 - ROJ: STS 2180/2019 y STS de 11 de enero de 2019 - ROJ: STS 7/2019.

[17] SAP B núm. 1083/2019, de 7 de junio (Roj: SAP B 6780/2019 - ECLI:ES:APB:2019:6780. Ponente Excmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín).

ACTUALIDAD JURÍDICA

Crónica de sesión
"*La inscripción de los bienes eclesiásticos: problemas vigentes tras el debate sobre las inmatriculaciones"*

14 de Junio de 2023
Sección de Derecho canónico del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid

I. En la tarde del 14 de Junio de 2023, el Colegio de Abogados de Madrid acogió una sesión "*La inscripción de los bienes eclesiásticos: problemas vigentes tras el debate sobre las inmatriculaciones*". Moderaron las co-presidentas de la sección, Mónica Montero e Irene Briones, siendo el ponente el Registrador Diego Vigil de Quiñones.

El ponente comenzó recordando cómo fue la evolución del polémico artículo 206 de la Ley hipotecaria (LH) en la redacción que tuvo hasta su reforma 2015. El origen del mismo se halla en el Real decreto de 11 de noviembre de 1864, que establecía las condiciones para la inscripción en el Registro de la Propiedad (creado en 1861), de aquellos bienes que habían quedado perteneciendo al clero después de la desamortización. Dicho Real Decreto equiparó la Iglesia al Estado en cuanto a la posibilidad de inscribir los bienes de los que no tuviese título escrito de dominio a través de una certificación administrativa o eclesiástica. Por otra parte, estableció la prohibición de la inscripción de los templos, lo cual que permaneció en el tiempo tanto en el Reglamento Hipotecario de 1915 como en el de 1947; siendo la reforma de 1998 la que levantó el veto a la inscripción de los templos.

En los tiempos recientes, la disputa acerca del artículo 206 LH, simplemente ha reflexionado acerca de su constitucionalidad. Sin embargo, no ha profundizado en la razón de ser verdadera del precepto, una razón que seguramente hunde sus raíces en la concepción del Registro para bienes comerciables, y en el hecho de que ya desde el Derecho romano se considerasen *res extra commercium* tanto las cosas públicas como las cosas sagradas (ambas por igual excluidas de la inscripción en ese Real Decreto de 11 de noviembre de 1864 hasta 1998).

El debate, por otra parte, no ha tenido en cuenta que durante el régimen político anterior a la Constitución de 1978, la Iglesia católica tenía una consideración prácticamente de Corporación de Derecho público, como se demuestra en el tratamiento que recibió en la ley de arrendamientos urbanos de 1964. Un

tratamiento de corporación de Derecho público que no es extraño en el Derecho europeo en tanto es el que recibe la Iglesia en Alemania.

En consecuencia, el documento público eclesiástico obtenía un valor equiparable al del documento público estatal. Es clarificador el hecho de que en los tratados de Derecho hipotecario de la época como el Roca Sastre nunca se mencionase la certificación eclesiástica del artículo 206 como un supuesto de admisión a la inscripción de documentos privados.

En todo caso, el tratamiento especial (en opinión del ponente) podía tener una justificación no solo en consideraciones confesionalistas y tradicionales, sino también en las peculiaridad carismática que tienen determinados bienes: carisma y Derecho viven con una tensión no siempre adecuadamente resuelta.

II. La segunda parte de la intervención se centró en las controversias a que ha dado lugar en la práctica la inmatriculación por parte de la Iglesia de más de 35000 bienes entre 1998 y 2015, y las vías que hoy ofrece el ordenamiento jurídico para la solución de las controversias a que pueda haber dado lugar. Unas vías que no solamente son el juicio, sino también mecanismos de solución extrajudicial, como la conciliación ante el Registrador prevista en el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria, la rectificación de superficies en los términos previstos por los artículos 199, 200 y 201 de la ley hipotecaria, o el expediente extrajudicial de doble inmatriculación contemplado por parte del artículo 209.

De cara al futuro, analizó cómo son las condiciones en las que se pueden practicar las inscripciones de los bienes eclesiásticos a partir de ahora: inmatriculándolos por los medios comunes, e inscribiendo su transmisión conforme a las reglas vigentes del Derecho canónico y civil como hasta ahora.

III. En el turno de preguntas, el profesor Martínez-Torrón (Catedrático de la Universidad Complutense) cuestionó la posición del ponente acerca del carisma en el Derecho, porque decía que el Derecho busca una seguridad, que requiere de elementos objetivos y el carisma es tal vez excesivamente subjetivo. Planteó, por otra parte, que la consideración especial que tienen ciertos bienes desde el Derecho romano, constituye de algún modo una peculiaridad que limita la transmisión de los mismos.

El ponente respondió que, si bien es cierto existen componentes subjetivos a la hora de valorar los carismas, no se puede negar que los carismas de las personas determinan un movimiento social, una manera de comportarse de las mismas, determinan agregaciones de personas (las formas de dominación carismática señalas por Max Weber). Una corriente que no puede ser ignorada por el Derecho y que lleva a que se considere por ejemplo fuente de Derecho la costumbre. Y que lleva una tensión entre carisma e institución no siempre suficientemente resuelta. La regulación de determinadas instituciones en las que se prescinde del carisma

(puso como ejemplo la Universidad), da lugar a importantes descontentos y disfunciones de comportamiento.

Estaba también presente el Prof. Miguel Campo de la Universidad Pontificia de Comillas, que planteó la posible naturaleza expropiatoria de las limitaciones a la disposición sobre bienes muebles de carácter sagrado, y de interés histórico, previstas en el artículo 28 de la Ley de Patrimonio histórico; y comentó que las limitaciones establecidas para la demolición de los lugares sagrados, contempladas en los acuerdos entre la Iglesia y el Estado español sobre asuntos jurídicos de 1979, constituye una limitación legal no siempre adecuadamente considerada en la práctica.

Finalmente, a través de la conexión *online* de la sesión, algunos participantes vía telemática plantearon determinadas dudas acerca del inmatriculación por expediente de dominio complementado con acta de notoriedad cuando se trate de bienes en los que la Iglesia carezca de título escrito de dominio; o bien el problema de aquellas titularidades establecidas en concentraciones parcelarias a favor de personas jurídicas que hayan desaparecido y en las que no sea sencillo acreditar documentalmente la sucesión por parte de otra entidad jerárquicamente superior dentro de la Iglesia.

La sesión puede visualizarse íntegra en https://www.youtube.com/live/NMZZTiX-u80?feature=share&t=550

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

MATEO VILLA, Iñigo, *Código Civil Suizo,* Editorial Thomson Reuters ARANZADI, Pamplona 2022. 1497 páginas

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

Iñigo Mateo (Bilbao, 1978) es registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles desde las oposiciones de 2007, cuyo tribunal juzgador tuve el honor de presidir. Ya desde el principio se vislumbraba que llegaría a ser jurista de relieve, pudiendo afirmarse que, a pesar de su juventud, ya está consagrado como tal.

Arbitro jurídico, doctor en Derecho desde el año 2013, y profesor de universidad acreditado ante la ANECA, es autor de numerosos artículos y monografías y sobre derecho civil español y comparado.

Fue premio de la Revista Crítica de Derecho inmobiliario para juristas jóvenes por su trabajo «De la fiducia gestión» publicado en el número 704, correspondiente a noviembre-diciembre de 2007. Ha obtenido también premios en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Consejo Social de la Universidad Juan Carlos (2013) y Real Academia de Jurisprudencia y legislación de Granada (2014 y 2019).

Ahora nos admira con la traducción completa del Código civil suizo, incluido su Libro V, regulador del Derecho de obligaciones. Explica el autor que es un homenaje a uno de los principales códigos civiles representativos de la modernización del Derecho civil.

Se trata de una obra cuidadosamente elaborada, anotada y concordada con el Derecho español, que ofrece numerosos comentarios doctrinales de derecho comparado y que incluye las últimas reformas legales llevada a cabo en el texto legal suizo.

La obra expone el Código civil suizo a doble columna, en francés y su traducción al español, una vez cotejada la versión francesa con la alemana, y con la italiana, pues las tres versiones rigen como auténticas al ser los tres idiomas oficiales en Suiza. También está confrontada con la versión inglesa. Todo ellos con comentarios y concordancias realizadas por el autor.

Está precedido de tres prólogos, uno del presidente de la sala primera de lo civil del Tribunal Supremo, Francisco Marín Castán; otro realizado conjuntamente entre el director adjunto del Instituto Suizo de Derecho comparado, Lukas Hechendorn Urss cheler y el asesor para los derechos hispano parlantes Rodrigo Polanco Lazo; y finalmente otro del catedrático de derecho civil de Sevilla, Manuel Espejo Lerdo de Tejada.

Desde un punto de vista civil no cabe duda de su interés, pero ocurre igualmente desde la perspectiva registral, pues el Código civil suizo, dentro del Libro cuarto "de los derechos reales", contiene la regulación del Registro de la propiedad, dentro del capítulo vigésimo quinto relativo al Registro de la propiedad (artículos 942 a 977), en el que se recogen principios registrales esenciales, como el de fe pública registral (artículo 973).

De gran influencia en los derechos civiles continentales, la traducción y comentarios de Iñigo Mateo al Código civil suizo, permitirá mantener aquélla, al facilitar su conocimiento y entendimiento.

Enhorabuena al autor, y a la corporación registral por tener entre sus filas un jurista capaz de tan magna obra.

NORMAS DE PUBLICACIÓN
REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista. En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés *(abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las Recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. En versalitas
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I.- […]
II.- […]
III.- […]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en *www.apastyle.org*.

- Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

  Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario.* Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Cuidad: Editorial (pp. Inicial y final).

  Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:
  APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

  Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:
  Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

  Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en *http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139*

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente…

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado…), órganos (tribunal, juzgado…), preceptos (artículo, decreto…), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad…) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Co- legio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.