

REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO



Año XCIV • Noviembre-Diciembre • Núm. 770

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

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

Año XCIV • Noviembre-Diciembre 2018 • Núm. 770

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad adscrito
a la DGRN

Comisión ejecutiva

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

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

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala 1^a del Tribunal Supremo

Francisco Javier Gómez Gállico
Presidente de la Revista Crítica
de Derecho Inmobiliario

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad

Secretario

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Consejeros

Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Fernando de la Puente Alfaro
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscristo a la DGRN

Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Maria Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago

Eugenio Gomeza Eleizalde
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Vicente Guijarro Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal
Supremo

Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

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

Juana Pulgar Ezquerro
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera
del Tribunal Supremo

Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho Civil
UNED Madrid

SUMARIO / SUMMARY

	<i>Págs.</i>
JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ, José Antonio: «In Memoriam de Jesús López Medel»	2921
ESTUDIOS / STUDIES	
DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo» / <i>From the liability for latent defects to the conformity with the contract: considerations of the matter in Community Law according to the recent proposals for Directives on consumers' right</i>	2929
NIETO ALONSO, Antonia: «El acta notarial de notoriedad: la conveniencia de su revitalización en el tráfico jurídico. Algunas de sus aplicaciones frecuentes y relevantes» / <i>The notarial deed of declaration: the convenience of its revitalization in the legal traffic. Some of its frequent and relevant applications</i>	3003
ZURITA MARTÍN, Isabel: «La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad» / <i>The double maternal filiation: from the impossibility to the presumption of maternity</i>	3071
ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES	
BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «La autorregulación en el Reglamento General de Protección de Datos como solución frente al mercado digital fragmentado: el menor y los Registros» / <i>Self-regulation in the General Protection Data Regulation as a solution to a fragmented digital market: the child and the Registries</i>	3119

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

- MOCHOLÍ FERRÁNDIZ, Ester y TOMÉ BERMEJO, Fernando: «La condición resolutoria en la cesión del aprovechamiento a cambio de obra futura y su mecanismo» / *The Resolutory Condition in the transmission of urban development in exchange for future construction* 3175

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

- POLO SABAU, José Ramón: «El reconocimiento legal de los matrimonios de creencia en Jersey tras la aprobación de la *Marriage and Civil Status (Amendment no. 4) (Jersey) Law 2018*» / *The legal recognition of belief marriages in Jersey by the Marriage and Civil Status (Amendment no. 4) (Jersey) Law 2018* 3191

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL / *RESOLUTIONS OF DIRECTORATE OF NOTARIES AND REGISTRIES*

- Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por Juan José JURADO JURADO 3215

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «El deber de vigilancia de los padres y el control de las conversaciones de menores a través de WhatsApp. El derecho a la intimidad de los menores» / *Duty of parental supervision and control of conversations of minors through WhatsApp. The right to privacy of minors*, por María Isabel DE LA IGLESIAS MONJE 3279

1.2. Derecho de familia:

- «Protección jurídica de la persona con la capacidad modificada judicialmente» / *Juridical protection of the person with the capacity modified judicially*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 3290

1.3. Derechos reales:

- «Cobertura hipotecaria de intereses moratorios y remuneratorios» / *Mortgage coverage moratorium and remunerative interests*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 3327

1.4. Sucesiones:

- «La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada» / *The capacity and will to test two fundamental aspects in the testate succession*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 3339

1.5. Obligaciones y Contratos:

- «Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y cláusulas *claim made*» / *Restrictive clauses of the insured's rights and claim made clauses*, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO 3372

1.6. Responsabilidad civil:

- «Revisión de la responsabilidad civil contractual y extracontractual del auditor de cuentas a la luz de la jurisprudencia y de las novedades normativas: el nexo causal entre la acción ilícita y el daño» / *Review of contractual and non-contractual civil liability of the auditor in the light of jurisprudence and normative novelties: the causation between the unlawful action and the damage*, por Carmen MUÑOZ DELGADO 3382

1.7. Concursal:

- «La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario. Análisis de las reformas operadas por el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales» / *The suspension of the mortgage debtor's release. Analysis of the reforms carried out by the Royal Decree-Law 5/2017, of March 17 and the recent jurisprudence of the Courts*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 3402

2. MERCANTIL:
- «Cesión de créditos de consumidores en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018» / *Assignment of debts in the loan agreement concluded with consumers in the Judgment of the European Court dated 7 August 2018*, por Francisco REDONDO TRIGO 3424
3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.
- «El desencuentro entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la Dirección General en torno a la subrogación legal y a la afección al pago de los gastos de urbanización» / *Disagreement between the contentious-administrative jurisdiction and the General Directorate regarding the legal subrogation and the registry liability for payment of the costs of urbanization*, por Eugenio Pacelli LANZAS MARTÍN 3445

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY
INFORMATION**

- «La modificación de los alimentos a los hijos», de Carmen CALLEJO RODRÍGUEZ, por Teresa ECHEVARRÍA DE RADA 3465

In Memoriam de Jesús López Medel

por

JOSÉ ANTONIO JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ
Registrador de la Propiedad

El pasado 19 de febrero falleció cristianamente en Madrid nuestro compañero D. Jesús López Medel, a los 90 años de edad.

Nacido en Daroca (Zaragoza) en el año 1927, hijo de cartero urbano, consagró su vida al Derecho en sus más variadas disciplinas.

Designado Colegial de Honor de distintos Colegios Mayores (Pedro Cebruna, Cisneros, Calasanz y Felipe II) ingresó en el Cuerpo Jurídico del Aire en 1950, llegando a alcanzar el empleo de General Consejero Togado.

Ingresó en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad en el año 1954, siendo su primer destino Puente Caldelas. Titular también de los Registros de Puebla de Sanabria, Tineo, Tordesillas, Belmonte, Miranda, Ateca, Tarazona, Puente del Arzobispo, Yecla, Quintanar de la Orden, Algeciras, Reus, Zaragoza y Majadahonda.

En el año 1958 alcanzó el grado de Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid con sobresaliente y Premio «Gascón y Marín». Su tesis doctoral, titulada «Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público» fue la auténtica precursora del concepto actual de los Registros como Institución al servicio de los ciudadanos. Se la ha considerado como el punto de salida de la modernización de los Registros de la Propiedad como Institución abierta a la sociedad, cuya actividad ha de estar puesta al servicio del Derecho Privado.

Como señaló D. Jesús, lo privado es el destinatario del servicio que, como no se concreta en un individuo, aunque la institución registral se valga de él a

través de sus actos y negocios jurídicos, se hace público y social. La distinción a la que hacía referencia Gallardo Rueda de que el Registro es de defensa del orden público, de mantenimiento de la seguridad general, es exacta.

Una de sus principales vocaciones fue la de la docencia. Fue profesor de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en la Universidad Complutense de Madrid (1953 a 1976), siendo el encargado de la Cátedra de Filosofía y Metodología de las Ciencias Sociales. Profesor en México, fue, también profesor visitante en doce Universidades Hispanoamericanas. Profesor de la Sociedad de Estudios Internacionales y del Instituto de Filosofía del Derecho, Universidad de Córdoba (Argentina).

Su labor docente se completó con la dirección de diversos cursos en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander (1952-1978) y de la Universidad Hispanoamericana de la Rábida (1957-1967).

Vocal de la Comisión Permanente del Consejo Nacional de Educación y Premio Nacional de Literatura en el año 1962 para ensayos político-sociales, su deseo de servir a España le hizo participar en política. Durante 13 años fue el secretario de la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas y miembro, como militar que era, de la Comisión de Defensa. Ponente en la redacción de diferentes leyes (Ley del Suelo, de la Vivienda, de Ordenación Rural, entre otras).

Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y de Número de la Aragonesa, lo fue, también, de la Real Academia de Doctores de España. Su discurso que llevaba por título «Hacia un nuevo Derecho a la Educación» fue considerado un extraordinario estudio de las necesidades educativas de los españoles.

En el ámbito registral, junto a su ya reseñada importantísima tesis doctoral, fue un extraordinario colaborador tanto de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario como del Boletín del Colegio de Registradores.

Con motivo de su jubilación, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España publicó el «Libro Homenaje a Jesús López Medel» (1999).

Tuve el inmenso honor siendo adolescente, de conocer a don Jesús, debido la amistad que mantenía con mi padre. Desde el primer momento me apercibí de estar en presencia de un gran señor. Años después, residiendo por razones profesionales en Santander, coincidí con su hijo Jesús recién llegado como yo a tierras montañosas y que acababa de tomar posesión de su plaza de Abogado del Estado. Esta coincidencia me permitió volver a disfrutar de la presencia y compañía de don Jesús, hombre bueno, católico convencido y coherente, extraordinario conversador, jurista excelso y gran patriota.

Desde aquí repito el abrazo de consuelo a su viuda doña Ana María y a sus queridos hijos. Se van los mejores.

Don Jesús, descansa en la Paz del Señor.

COLABORACIONES Y ESTUDIOS EN EL BOLETÍN DEL COLEGIO DE REGISTRADORES

Enero 1996	La familia como sujeto de derechos
Abril 1996	Constitucionalismo y privilegios del Banco Hipotecario de España
Diciembre 1996	Hacia una nueva conciencia del Derecho: La formación jurídica
Octubre 1999	El derecho natural internacional
Diciembre 1999	Registración de montes públicos
Enero 2000	El sistema registral español en las reformas agrarias
Febrero 2000	Preconstitucionalidad ante la ejecución hipotecaria
Marzo 2000	Anteproyecto de reforma al Libro IX de los registros públicos del Código Civil peruano de 1984
Marzo 2001	Naturaleza y sentido de la publicidad registral y el derecho a la intimidad
Septiembre 2001	La calificación registral en su relevancia como hecho jurídico
Mayo 2002	Criteriología jurídica del fenómeno cooperativo
Septiembre 2002	Los Sistemas de Seguridad Jurídica en el mundo de la Globalización Agraria
Diciembre 2002	Naturaleza y proyección del grupo familiar extenso. Relaciones intergeneracionales.
Abril 2005	La persona mayor y su familia: Sugerencias legislativas
Marzo 2010	El derecho español en tiempos del barroco.
Enero 2011	Libertad, derecho y seguridad jurídica en el romanticismo español.
Marzo 2012	Personas jurídicas e instituciones en una sociedad en crisis del estado del bienestar.
Julio 2012	Derecho y Seguridad Jurídica en el siglo XVIII español.
Abril 2013	Equidad, propiedad horizontal y tutela judicial.
Octubre 2013	El Registro de la Propiedad, institución al servicio de la seguridad jurídica. ¿Reformar por «adición» lo que funciona?

ESTUDIOS Y COLABORACIONES EN LA RCDI

Marzo-abril 1956	Propaganda y publicidad registral
Julio-agosto 1957	Sobre el derecho y su concepto
Enero-febrero 1958	Teoría del registro de la propiedad como servicio público
Marzo-abril 1958	Teoría del registro de la propiedad como servicio público
Mayo-junio 1958	Teoría del registro de la propiedad como servicio público
Julio-agosto 1958	Teoría del registro de la propiedad como servicio público
Septiembre-octubre 1958	Teoría del registro de la propiedad como servicio público
Mayo-junio 1959	Suez, A. La luz del derecho internacional.
Enero-febrero 1960	Algunos aspectos de la problemática jurídica en el siglo XVI
Marzo-abril 1961	Seguridad nacional y seguridad jurídico inmobiliaria
Mayo-junio 1961	Sanz Jarque, Juan José: Régimen de concentración parcelaria
Mayo-junio 1962	Política de la vivienda y seguridad jurídica inmobiliaria
Marzo-abril 1963	La naturaleza de la infracción tributaria y el impuesto de derechos reales
Noviembre-diciembre 1963	Planificación en la propiedad territorial inmobiliaria
Enero-febrero 1964	El derecho inmobiliario y el registro de la propiedad
Enero-febrero 1969	Personalidad Jurídica de las Entidades Sindicales
Marzo-abril 1976	La Anticipación como Técnica Jurídica Contradicторia
Marzo-abril 1976	Modernas Orientaciones sobre la Institución Registral
Noviembre-diciembre 1977	El Razonamiento Jurídico y el Derecho Natural
Enero-febrero 1980	Familia y Régimen Económico Matrimonial
Septiembre-octubre 1980	Naturaleza de la Función Registral
Julio-agosto 1983	El hombre ante una nueva agricultura
Noviembre-diciembre 1983	XI Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (una comunicación y una crónica). Sistema de valores y estructuras jurídicas
Enero-febrero 1992	Alonso Martínez, en El Proceso Codificador, Civil e Hipotecario
Noviembre-diciembre 1992	Fernández Cuesta, Jurista, Reformista Hipotecario, Ministro de Justicia y Académico. El Derecho como integración vital

Marzo-abril 1998	Organización funcional de los registros, informatización / información
Julio-agosto 1998	El despertar registral en Iberoamérica. Crónica del XII Encuentro del Comité Latinoamericano de consulta registral
Enero-febrero 1999	Ley Hipotecaria y Ley Moral: Deontología y ética profesional en los registradores
Mayo-junio 1999	Castán Tobeñas y los registradores
Noviembre-diciembre 1999	La doble inmatriculación y los efectos de la informatización
Mayo-junio 2000	El derecho a la información registral y el derecho constitucional de información
Noviembre-diciembre 2002	Naturaleza y proyección del grupo familiar extenso. Relaciones intergeneracionales
Septiembre-octubre 2003	Acceso al registro de la propiedad de las cláusulas, convenios y laudos arbitrales
Enero-febrero 2004	Principios hipotecarios-registrales de carácter internacional en una sociedad en globalización
Noviembre-diciembre 2004	Estado del derecho y de la justicia en España
Noviembre-diciembre 2005	Garantías de los derechos de los inmigrantes. Referencia especial a la familia y educación
Noviembre-diciembre 2006	Secuestro del lenguaje jurídico y de la legalidad. La seguridad jurídica
Julio-agosto 2008	Derecho y Seguridad Jurídica en el Renacimiento Español
Noviembre-diciembre 2009	Seguridad Jurídica en las Reformas Estatutarias
Marzo-abril 2010	Hans Kelsen: El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho
Septiembre-octubre 2010	Hans Kelsen: La ética protestante y el espíritu del capitalismo, editorial Reus, S. A., y revista de Derecho Privado, «Colección clásicos del derecho», con traducción de Luis Legaz Lacambra y presentación de Jesús López Medel
Julio-agosto 2011	El Estatuto de Cataluña. Una mediación sobre España
Septiembre-octubre 2012	González Pérez, Jesús: La dignidad de la persona humana

ESTUDIOS

Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo*

*From the liability for latent defects
to the conformity with the contract:
considerations of the matter in
Community Law according to the
recent proposals for Directives on
consumers' right*

por

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

Catedrático de Derecho civil

Departamento de Derecho civil, Universidad de Valencia

RESUMEN: El presente trabajo examina los remedios jurídicos del consumidor frente a la falta de conformidad en las ventas de bienes de consumo y en los contratos de suministro de contenidos digitales. Se estudian dos recientes propuestas de Directiva sobre la materia.

* El presente trabajo se corresponde con la ponencia pronunciada por el autor en el II Congreso Internacional de Derecho de Consumo: «La tutela del consumidor en la venta con disconformidad», que tuvo lugar en la Corte Suprema de Chile, organizado por la Universidad Alberto Hurtado, durante los días 4 y 5 de septiembre de 2018.

ABSTRACT: The paper reviews the consumer's legal remedies against lack of conformity with the contract in sales of consumer goods and contracts for the supply of digital content. Two recent proposals for directives are studied.

PALABRAS CLAVE: Consumidor. Compraventa. Derecho comunitario. Mercado único digital. Conformidad. Contenido digital.

KEY WORDS: Consumer. Sale of goods. Community law. Conformity with the contract. Digital single market. Digital content.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. LA INSEGURIDAD RESULTANTE DE LAS REGULACIONES CONTENIDAS EN LOS CÓDIGOS CIVILES DECIMONÓNICOS: EL CASO PARADIGMÁTICO DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS: 1. SENTIDO DE LAS ACCIONES EDILICIAS. 2. LA NATURALEZA DE LAS ACCIONES REDHIBITORIA Y ESTIMATORIA. 3. EL CARÁCTER ESPECÍFICO O GENÉRICO DEL BIEN COMPRADO COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LAS ACCIONES EDILICIAS Y DE LAS DE INCUMPLIMIENTO. 4. EL PARADIGMA JURISPRUDENCIAL DE DISTINCIÓN: LA ARTIFICIOSA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL *ALIUD PRO ALIO*.—III. EL RÉGIMEN DE CONFORMIDAD Y LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS DEL CONSUMIDOR FRENTE A LOS DEFECTOS DE LOS BIENES: LA DIRECTIVA 1999/44, DE 25 DE MAYO: 1. EL DEBER DE CONFORMIDAD EN LAS VENTAS DE BIENES CORPORALES DESTINADOS AL CONSUMO PRIVADO. 2. LA REGULACIÓN DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS. 3. FALTAS DE CONFORMIDAD IMPUTABLES AL COMPRADOR. 4. PLAZO DE RESPONSABILIDAD Y PLAZO DE PREScripción.—IV. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 44/99 EN EL DERECHO ESPAÑOL: EL DESPLAZAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS POR EL DEBER DE CONFORMIDAD.—V. LA REGULACIÓN DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS FRENTE A LA FALTA DE CONFORMIDAD EN EL TRLGDCU: 1. REMEDIOS PRIMARIOS: *A. La opción entre reparación o sustitución y sus límites*: a) La noción de imposibilidad. b) La noción de desproporción. *B. La gratuitad de la puesta en conformidad*. *C. La posibilidad de variar la modalidad de cumplimiento forzoso elegida, cuando no resulta exitosa*. 2. REMEDIOS SUBSIDIARIOS: *A. Supuestos*: a) La imposibilidad de llevar a cabo la puesta en conformidad. b) El transcurso de un plazo razonable. c) La falta de la puesta de conformidad «sin mayores inconvenientes». d) El propósito de no proceder a la puesta en conformidad del bien defectuoso. *B. La conveniencia procesal de que el consumidor que ejercita la resolución del contrato pida subsidiariamente la reducción del precio*. *C. La reducción del precio y su compatibilidad con el resarcimiento de daños*

y perjuicios. D. La resolución del contrato: a) La noción «de escasa importancia» de la falta de conformidad. b) La falta de entrega de la cosa comprada. c) Falta de conformidad y *aliud pro alio*.—VI. EL RESULTADO DE LA TRASPOSICIÓN: ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?: 1. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE 2009. 2. LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL, ELABORADA POR LA ASOCIACIÓN DE DERECHO CIVIL DE 2016. 3. EL LIBRO VI DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.—VII. PROPUESTA DE DIRECTIVA, DE 31 DE OCTUBRE DE 2017, RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE BIENES: 1. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL VENDEDOR Y EL CONOCIMIENTO DE LA FALTA DE CONFORMIDAD POR PARTE DEL COMPRADOR. 2. LA PERSISTENCIA DE LA JERARQUIZACIÓN DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS. 3. LA OPCIÓN DEL COMPRADOR ENTRE LA SUSTITUCIÓN Y LA REPARACIÓN: LA CONFIRMACIÓN DE LA LECTURA DE LA DESPROPORCIÓN EN CLAVE RELATIVA. 4. LA EXCLUSIÓN DEL REQUISITO DE QUE LA FALTA DE CONFORMIDAD NO SEA DE ESCASA ENTIDAD PARA PODER RESOLVER EL CONTRATO. 5. LA POSIBILIDAD DE ACUDIR A LOS REMEDIOS SUBSIDIARIOS, CUANDO SOLO UNA DE LAS MODALIDADES DE CUMPLIMIENTO FORZOSO SEA IMPOSIBLE. 6. LA FACULTAD DE SUSPENDER EL PAGO DEL PRECIO MIENTRAS SE LLEVA A CABO LA PUESTA EN CONFORMIDAD DEL BIEN. 7. LA AMPLIACIÓN A DOS AÑOS DEL PLAZO DE PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD. 8. LA DESAPARICIÓN DE LA POSIBILIDAD DE QUE LAS LEGISLACIONES ESTABLEZCAN LA EXIGENCIA DE UNA NOTIFICACIÓN PREVIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD. 9. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA GRATUIDAD DE LA PUESTA EN CONFORMIDAD EN EL CASO DE SUSTITUCIÓN. 10. LA ADMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN MEDIANTE NOTIFICACIÓN EXTRAJUDICIAL. 11. REGULACIÓN DE CIERTOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.—VIII. PROPUESTA DE DIRECTIVA, DE 9 DE OCTUBRE DE 2015, RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES: 1. LA IMPOSIBILIDAD DE QUE EL CONSUMIDOR OPTE POR LA MODALIDAD DE PUESTA EN CONFORMIDAD. 2. LA EXIGENCIA DE QUE LA FALTA DE CONFORMIDAD AFECTE A LAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE FUNCIONAMIENTO PARA PODER RESOLVER EL CONTRATO. 3. LA INEXISTENCIA DE PLAZOS DE GARANTÍA Y DE INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. 4. NORMAS RELATIVAS AL EJERCICIO Y EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN. 5. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS AL ENTORNO DIGITAL DEL USUARIO.—IX. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El 9 de diciembre de 2015 se presentaron dos Propuestas de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que se enmarcan en el progresivo camino emprendido por la Unión Europea hacia la unificación del Derecho contractual, incidiendo sobre dos figuras contractuales clave en la economía moderna¹.

Se trata de la Propuesta relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes² (PDirCL) y de la Propuesta relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales³ (PDirSCD).

En sus respectivas Exposiciones de Motivos se explica que «El objetivo general de las propuestas consiste en contribuir a un crecimiento más rápido de las oportunidades que brinda la creación de un verdadero Mercado Único Digital, en beneficio de los consumidores y las empresas. Al eliminar los principales obstáculos relacionados con el derecho contractual que entorpecen el comercio transfronterizo, la normativa presentada en las propuestas reducirá la incertidumbre a la que se enfrentan las empresas y los consumidores por la complejidad del marco jurídico y los costes en que incurren las empresas como consecuencia de las diferencias en materia de derecho contractual entre los Estados miembro».

Su finalidad es, pues, clara, ofrecer una regulación unitaria y ordenada del sistema de remedios con que cuenta el consumidor frente a las faltas de conformidad de los bienes adquiridos en compraventas no presenciales y las que afectan a los contenidos digitales, con el fin de evitar incertidumbres y reducir costes de adaptación de las empresas a las respectivas legislaciones nacionales de los consumidores, favoreciendo, así, la contratación transfronteriza y, con ella, la circulación y el incremento de riqueza.

Las propuestas, sin duda, merecen una valoración positiva, pues profundizan en el camino emprendido por la Directiva 1999/44, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; e, incluso, podrían parecer ambiciosas⁴, aunque, no lo son tanto, si se tiene en cuenta que fueron precedidas de una Propuesta de Reglamento Comunitario, de 11 de octubre de 2011⁵ (CESL, por sus siglas en inglés), relativo a una normativa común de compraventa europea, el cual tenía como finalidad establecer una regulación mucho más completa de las transacciones (aunque solo transfronterizas) de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados (art. 1.1), la cual, no solo era aplicable a los contratos celebrados con consumidores, sino también con pequeñas y medianas empresas (art. 7)⁶.

No obstante, el Reglamento tenía un gran inconveniente: la regulación que establecía, si bien abarcaba «todo el ciclo de vida de un contrato», no tenía carácter imperativo, sino facultativo, desde el momento en que su aplicación requería el acuerdo entre las partes de sujetarse a ella (art. 8). En su Exposición de Motivos se explicaba, así: «La normativa común de compraventa europea será un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembro. Cuando las partes hayan acordado utilizar la normativa común de compraventa europea, sus normas serán las únicas normas nacionales aplicables en relación con las cuestiones que entran dentro de su ámbito de aplicación. Cuando una cuestión tenga cabida en el ámbito

de aplicación de la normativa común de compraventa europea, no existe pues margen para la aplicación de ninguna otra norma nacional».

Frente a ello, la PDirCL y la PDirSCD, como se dice en sus respectivas Exposiciones de Motivos «abandonan el enfoque de un régimen opcional y de un conjunto exhaustivo de normas. En lugar de ello, las propuestas contienen un conjunto de normas específicas y plenamente armonizadas».

Siguen, pues, el principio de proporcionalidad, en el sentido de que no regulan todos los aspectos relativos a los contratos que contemplan, centrándose, tan solo, en armonizar las normas que disciplinan el régimen de conformidad y los remedios jurídicos con que cuenta el consumidor en caso de falta de aquella, así como la modalidad de ejercicio de los mismos. Por lo tanto, no afectarán a las normas nacionales «sobre la celebración, la validez o los efectos de los contratos, incluidas las consecuencias de la resolución de un contrato» (art. 1.IV PDirCL y art. 1 PDirSCD).

Pero, en cambio, la regulación que establecen, si bien se proyecta sobre un reducido número de aspectos del contrato, no tiene carácter facultativo, sino imperativo (art. 18 PDirCL y PDirSCD). En las Exposiciones de Motivos se explica que «Un instrumento de carácter no vinculante, como un contrato modelo voluntario, no podría alcanzar el objetivo de mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Los comerciantes seguirían estando obligados a cumplir las diferentes normativas nacionales imperativas del país del consumidor, cuando en este se prevea un nivel más elevado de protección de los consumidores que en el contrato modelo, y seguirían por tanto haciendo frente a costes superiores relacionados con el derecho contractual».

Además, a diferencia de lo que acontece con la Directiva 1999/44, de 25 de mayo, la armonización que se propone no es de mínimos, sino de máximos: «La propuesta —se explica en las Exposiciones de Motivos— se basa en la plena armonización de determinados derechos contractuales esenciales de los consumidores. Por ello, creará un conjunto único de normas que garanticen el mismo nivel elevado de protección de los consumidores en el conjunto de la Unión Europea, permitiendo al mismo tiempo que los comerciantes realicen ventas en todos los Estados miembro ateniéndose a los mismos términos contractuales». Como consecuencia de ello, «Los Estados miembro no podrán mantener o introducir disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un nivel diferente de protección de los consumidores» (art. 3 PDirCL y art. 4 PDirSCD).

Sin embargo, no todo son virtudes. En particular, la Propuesta DirCL tiene, como principal defecto, el dejar fuera de su ámbito de aplicación las compraventas presenciales, las cuales, por lo tanto, seguirán siendo reguladas por la Directiva 1999/44, de 25 de mayo, dando lugar a una duplicidad de regímenes legales (según que las compras sean presenciales o a distancia) de difícil justificación, si lo que se quiere evitar son fragmentaciones jurídicas que obstaculicen las operaciones comerciales.

De hecho, en la propia Exposición de Motivos de la PDirCL se llama la atención sobre este extremo, justificándolo en que es necesario «actuar rápidamente en relación con la compraventa en línea de bienes», pero se reconoce que «la armonización de la normativa sobre las ventas a distancia puede conllevar el riesgo de que haya normas relativas a las ventas a distancia que sean diferentes de las normas relativas a las ventas presenciales», por lo que, «Teniendo en cuenta la creciente importancia del modelo de distribución omnicanal (es decir, vender al mismo tiempo a través de múltiples canales, por ejemplo, directamente en una tienda, en línea u otro tipo de ventas a distancia), la Comisión adoptará medidas para evitar que esto se produzca y garantizar que los consumidores y comerciantes puedan confiar realmente en un marco jurídico coherente que sea fácil de aplicar en cualquier país de la UE».

La insatisfacción generalizada respecto a la dualidad legislativa resultante de la PDirCL⁷ ha hecho que, posteriormente, haya sido formulada otra Propuesta de Directiva, con fecha de 31 de octubre de 2017, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (PDirCOM)⁸, en la que se opta por establecer una regulación única del contrato de compraventa por cuanto concierne al régimen jurídico de la conformidad y al sistema de remedios del consumidor, para lo cual se propone la derogación de la Directiva 1999/44, de 25 de mayo⁹.

En la Exposición de Motivos de la PDirCOM se explica así el cambio: «A la luz de la rapidez de la evolución tecnológica y comercial debido a la digitalización, la Comisión, en su propuesta original, pretendía abordar urgentemente los principales obstáculos que dificultan el comercio transfronterizo. Presentó, por consiguiente, como cuestión prioritaria, una propuesta que abordaba únicamente las ventas en línea y otras ventas a distancia de bienes». Pero se constata que «Las diferencias entre las legislaciones contractuales nacionales sobre consumo afectan también a las empresas y a los consumidores que realizan ventas presenciales transfronterizas» y que los comerciantes que venden o consideran la venta transfronteriza presencial también se ven afectados por la incertidumbre y los costes resultantes de las diferencias entre las normativas contractuales nacionales, que, a su vez, suponen una reducción de las ventas transfronterizas, así como menos posibilidades de elección y precios menos competitivos para los consumidores»¹⁰.

En definitiva, se extiende la regulación de la PDirCL de 2015, la cual queda prácticamente inalterada, a las ventas presenciales.

II. LA INSEGURIDAD RESULTANTE DE LAS REGULACIONES CONTENIDAS EN LOS CÓDIGOS CIVILES DECIMONÓNICOS: EL CASO PARADIGMÁTICO DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

La pluralidad de respuestas, típica de los códigos decimonónicos, se traduce en una notable inseguridad sobre el remedio jurídico aplicable en el caso concre-

to¹¹, lo que se constata perfectamente cuando se trata de coordinar las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos, reguladas en sede de compraventa, con las generales de incumplimiento, ubicadas entre las disposiciones generales de las obligaciones y contratos.

La dificultad para llevar a cabo dicha coordinación no puede resolverse, si más, mediante la aplicación de la regla, según la cual la ley especial excluye la ley general, sencillamente, porque las acciones de saneamiento no son acciones de incumplimiento.

1. SENTIDO DE LAS ACCIONES EDILICIAS

Las normas que disciplinan el saneamiento por vicios ocultos tienen su origen en el Derecho romano, concretamente, en la venta en mercados públicos de esclavos y animales, aunque posteriormente acabaran generalizándose¹². Sin embargo, su presupuesto (y el de la consiguiente responsabilidad objetiva del vendedor que de dicha disciplina deriva) fue siempre la venta de cosa específica, respecto de la cual, desde la óptica de los códigos civiles decimonónicos de inspiración francesa (y, por tanto, en este punto, romana), la existencia en ella de vicios ocultos no implica un cumplimiento defectuoso de la obligación de entrega.

Dicho de otro modo, la obligación de saneamiento no delimita el objeto de la obligación de entrega, sino que este viene determinado (en el derecho codificado español) por el artículo 1468.I del Código civil, a cuyo tenor el vendedor ha de poner en poder y posesión del comprador la cosa vendida «en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato». De este precepto se deduce que solo cuando el vendedor pone en poder y posesión del comprador una cosa distinta a la que efectivamente vendió puede hablarse de un defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega: ej., vende el caballo «X» y entrega el caballo «Y», o vende el fundo «X» y entrega el fundo «Y». Por el contrario, si el vendedor pone en poder y disposición del comprador la cosa vendida con los vicios que esta tenía cuando se celebró del contrato, no existirá un defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega, ya que este caso, existirá una perfecta identidad entre lo vendido y lo entregado.

Ciertamente, la presencia en la cosa vendida de un vicio oculto provocará la pérdida o disminución de la utilidad que el comprador pretendía extraer de ella. Pero dicha pérdida o disminución de utilidad no será debida a un defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega, sino que será consecuencia de la presencia en la cosa vendida de un vicio oculto, preeexistente al tiempo de la celebración del contrato, circunstancia esta, que nada tiene ver con la correcta o incorrecta ejecución de una obligación contractual. El defecto no estará, pues, en la prestación que el vendedor realiza (este entrega exactamente lo que debe),

sino en la cosa misma, que ya era defectuosa cuando fue comprada. Por ello, las acciones que el comprador podrá ejercitar en este supuesto no serán las de incumplimiento, sino las edilicias, con el fin de obtener un reequilibrio de las prestaciones, mediante una rebaja proporcional del precio pactado, e, incluso, la rescisión del contrato, si el vicio es grave¹³.

2. LA NATURALEZA DE LAS ACCIONES REDHIBITORIA Y ESTIMATORIA

Hay, pues, que reiterar que las acciones edilicias no son remedios frente a una situación de incumplimiento.

a) La acción redhibitoria no es una acción resolutoria especial, sino una acción rescisoria¹⁴, que se fundamenta en la lesión que experimenta el comprador de una cosa en la que preexiste un vicio oculto y grave, que la hace inútil para el uso al que pretende destinarla, o que tiene un defecto de tal entidad, que, de haberlo conocido antes de comprarla, no la habría adquirido.

b) La acción estimatoria o *quanti minoris*, al menos, en su concepción originaria, tampoco es una acción de incumplimiento¹⁵. Su finalidad no es la de que el comprador de la cosa defectuosa pueda obtener una indemnización de daños y perjuicios en razón de los vicios de los que la misma adolece, sino la de mantener íntegro el sinalagma y el equilibrio de las prestaciones, el cual resulta alterado por la presencia de un vicio que, al disminuir las utilidades que pueden extraerse de la cosa, hace excesivo el precio de venta pactado. Es, en definitiva, una acción a través de la cual se concede al comprador la facultad de imponer al vendedor una modificación unilateral del contenido del contrato, mediante una rebaja proporcional del precio, de modo que este corresponda a lo que la cosa realmente valía en el mercado con los vicios que le afectaban al tiempo de celebrarse el contrato.

A lo dicho, hay que añadir que el régimen del saneamiento no concede al comprador la posibilidad de pedir la sustitución o reparación de la cosa en la que concurre el vicio, mediante una acción de rectificación, acción esta, que constituye un remedio jurídico típico en los casos de incumplimiento motivados por la ejecución de una prestación defectuosa.

3. EL CARÁCTER ESPECÍFICO O GENÉRICO DEL BIEN COMPRADO COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LAS ACCIONES EDILICIAS Y DE LAS DE INCUMPLIMENTO

¿Cómo distinguir, entonces, los respectivos supuestos de hecho de las acciones edilicias y las de incumplimiento?

En la venta de cosa específica el vendedor cumple la obligación de entrega, cuando pone en poder y disposición del comprador el concreto bien señalado en

el contrato. Sin embargo, en la de cosa genérica, para poder cumplir la obligación de entrega, el vendedor habrá de proceder previamente a la especificación, esto es, a la individualización de un bien que pertenezca al género descrito, o lo que es lo mismo, a la elección de un bien que se ajuste a las referencias cualitativas que resulten de las previsiones contractuales, convenientemente integradas por los usos y por la buena fe (art. 1258 CC), lo que permitirá dar relevancia a aquellas cualidades que, aunque no hayan sido expresamente previstas en el contrato, no obstante, han sido implícitamente presupuestadas por las partes, y, por ende, han sido tácitamente incorporadas a la causa del contrato.

La regularidad de la especificación repercutirá, sin duda, en la de la obligación de entrega. Si al proceder a la especificación, el vendedor elige una cosa en la que no concurren las cualidades expresa o tácitamente incorporadas por las partes a la causa del contrato, obviamente, no podrá cumplir correctamente la obligación de entrega, ya que habrá elegido un bien que carece de aptitud para ser objeto del contrato.

En realidad, tales cualidades alcanzan en la compraventa de cosa genérica una significación bien diversa que en la de cosa específica. En la de cosa específica, las cualidades previstas en el contrato o las presupuestadas por las partes al tiempo de su celebración, tienen, exclusivamente, «virtualidad caracterizadora», esto es, afectan al modo de ser de la cosa vendida, que es siempre la designada en el contrato. Si yo compro el fundo «X» con la convicción de que es apto para edificar y resulta que no lo es por impedirlo la normativa urbanística, dicho fundo carecerá de una cualidad prevista en el contrato, la edificabilidad, pero, sin duda, seguirá siendo el mismo. No habrá en él una variación sustancial, por lo que el comprador no podrá ejercitar las acciones de incumplimiento, invocando un defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega, sino la acción de anulación por error sobre una cualidad determinante de la prestación del consentimiento (la edificabilidad del fundo), siempre que tal error fuera excusable; y, así mismo, la acción redhibitoria o la estimatoria, ya que la ausencia de dicha cualidad implicará también la presencia en la cosa vendida de un vicio grave, preexistente al tiempo de la conclusión del contrato, que, si es oculto, facultará al comprador para demandar la rescisión o una rebaja proporcional del precio.

Por el contrario, en las compraventas de cosa genérica las cualidades previstas o presupuestadas por las partes no se limitan a tener una función caracterizadora, sino que tienen «virtualidad individualizadora» del objeto del contrato, ya que son dichas cualidades las que lo determinan. Así pues, si el vendedor no pone en poder y posesión del comprador un bien que guarde total y absoluta correspondencia con la referencia cualitativa resultante de la reglamentación contractual, no entregará lo debido, situación esta, que no dará lugar al ejercicio de la acción de anulación por error, ni tampoco al de las acciones edilicias, ya que, en este supuesto, la insatisfacción del comprador no derivará del hecho de haber

adquirido una cosa en la que concurriera un vicio oculto preexistente al tiempo de la celebración del contrato (o lo que es lo mismo, una cosa en la que faltara una cualidad incorporada a la causa del negocio), sino de la circunstancia de no haber cumplido el vendedor correctamente la obligación de entrega. El defecto no estará, pues, en el objeto del contrato, sino en la ejecución de la obligación de entrega, razón por la cual el comprador podrá ejercitar las acciones generales de incumplimiento, con las cuales podrá demandarse la sustitución o reparación de la cosa recibida y, en su caso (dependiendo de la entidad del defecto), la resolución del contrato, así como una indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo dispuesto en los artículos 1101 y siguientes del Código civil.

Por ello, parece que el criterio para determinar el supuesto de hecho de las acciones edilicias y de las de incumplimiento ha de ser, según he expuesto, el del carácter específico o genérico del bien vendido. A ello, podría replicarse que, desde un punto de vista práctico, lo que el Derecho debe solucionar es la insatisfacción que experimenta el comprador, a quien se entrega una cosa defectuosa; y que para dicho comprador es indiferente que dichos defectos preexistieran en la cosa al tiempo de ser adquirida o, por el contrario, fueran consecuencia de una inadecuada ejecución de la obligación de entrega, por lo que no debiera existir un tratamiento jurídico diferenciado de ambos supuestos. Sin embargo, lo cierto es que el legislador ha establecido una pluralidad de remedios jurídicos en favor del comprador, que ineludiblemente hay que coordinar; y, en tanto no se produzca una intervención legislativa que ponga fin a esta situación, entiendo que la solución que propongo, es la mejor de las posibles. Esto —insisto— en tanto no se produzca en el Código civil una reforma en línea con lo ya establecido en el TRLGDCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo de 1/2007, de 16 de noviembre, el cual, siguiendo a la Directiva 99/44, ha suprimido el régimen del saneamiento por vicios ocultos en su ámbito de aplicación.

4. EL PARADIGMA JURISPRUDENCIAL DE DISTINCIÓN: LA ARTIFICIOSA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL *ALIUD PRO ALIO*

En el Código civil español (como en los derechos continentales tradicionales), en el caso de existencia de vicios ocultos materiales, se le atribuyen al comprador las denominadas acciones edilicias, esto es, la redhibitoria o rescisoria y la estimatoria o *quanti minoris* (cfr. arts. 1484 y sigs. CC).

Sin embargo, junto a esta regulación específica, que, en la práctica, debido a los reducidos plazos de caducidad a los que se sujetan las acciones edilicias (6 meses en las compraventas civiles y 40 días en las compraventas mercantiles, según resulta de los arts. 1490 CC y 342 CCo), ha llegado a ser casi inoperante, existe la que resulta de las disposiciones generales del contrato, las

cuales conceden a todo acreedor, que se ve perjudicado por una situación de incumplimiento, las acciones de resolución (si aquél es grave), de cumplimiento forzoso y, en su caso, de indemnización de daños y perjuicios (arts. 1001 y 1124 CC). Dado que estas acciones están sujetas a amplios plazos de prescripción (5 años actualmente, según resulta del artículo 1964 del Código civil, en la redacción dada al precepto por la disposición final 1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre), la jurisprudencia suele acudir a ellas, cuando el comprador ha perdido las acciones edilicias, por haber transcurrido el breve plazo de caducidad previsto para su ejercicio.

Esta superposición de regulaciones provoca una indeseable seguridad jurídica, ya que coloca a los jueces en la tesitura de decidir si las acciones ejercitables por el comprador de la cosa son las edilicias o, por el contrario, las de incumplimiento, cuestión esta, que no es una pura elucubración teórica, sino que tiene repercusiones prácticas: dado que normalmente, cuando el comprador acude a los Tribunales, ha transcurrido ya el plazo de ejercicio de las acciones edilicias, la única manera posible de estimar su pretensión es la de permitirle acudir a las acciones generales de incumplimiento.

Por ello, la jurisprudencia, con el fin de proteger al comprador, cuyas pretensiones no pueden encauzarse a través del ejercicio de las acciones edilicias, por haber estas caducado, ha acogido la doctrina del *aliud pro alio*, que, en esencia, consiste en la ficción de entender que el vendedor entrega una cosa distinta a la debida, no solo cuando pone en poder y disposición del comprador un bien materialmente distinto al vendido, sino también cuando la cosa que se le entrega es absolutamente inútil para el fin al que se la destina, por carecer de las cualidades previstas en el contrato o presupuestadas por las partes al tiempo de su celebración, en cuyo caso permite al comprador ejercitar las acciones de incumplimiento en el amplio plazo de cuatro años previsto en el artículo 1964 del Código civil¹⁶.

El *aliud pro alio* se concibe, pues, como un concepto complejo, que presenta una doble acepción, material y funcional.

En su acepción material, engloba los casos en que se entrega una cosa diversa en su identidad física a la prevista en el contrato, lo que, en puridad, solo es posible en los casos de venta de cosa específica. P. ej., se vende el fundo «X» y se entrega el fundo «Y». Se vende el caballo «A» y se entrega el caballo «B».

En su acepción funcional abarca aquellos casos en que la cosa entregada resulta funcionalmente incapaz de desempeñar el destino económico-social a que se la destina y, por ende, de satisfacer aquellas concretas necesidades que indujeron al comprador a efectuar su adquisición¹⁷. Por ejemplo, se entregan unas máquinas para fabricar calzados, que resultan inservibles para su uso, por lo que no se puede abrir la industria destinada a tal fin¹⁸; el aceite comprado tiene un contenido de «Delta 7 Estigmasterol» superior al 5%, lo que impide que pudiera ser considerado de oliva, en orden a su exportación¹⁹; el papel en-

tregado, por carecer de resistencia a la humedad, no puede servir a la finalidad de transformarlo en etiquetas para adherirlas a botellas de vino²⁰; o la nave en la que se halla el negocio comprado, de fabricación de pasta de papel, presenta proceso de oxidación o corrosión de las armaduras de hormigón pretensado iniciado desde su misma construcción, como consecuencia de lo cual se derrumba el techo de la misma, con daños en la maquinaria, que impiden la reanudación de su explotación²¹.

Se comprende, pues, que se plantea el problema de delimitar cuándo procede aplicar la doctrina del *aliud pro alio* (y por ende las acciones generales de incumplimiento) y cuando la obligación de saneamiento por vicios ocultos (y, en consecuencia, las acciones edilicias)²².

La jurisprudencia actualmente prevalente se orienta en el sentido de entender que los supuestos de hecho de las acciones de incumplimiento y de las acciones edilicias son distintos, atendiendo a la gravedad del defecto para determinar el remedio jurídico aplicable²³.

Teóricamente, la distinción está clara: los defectos que, por determinar la inutilidad total de la cosa para el uso al que se la destina, encuentran encaje en la categoría del *aliud pro alio*, no son vicios ocultos, sino que dan lugar a un defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega, razón por la cual, concurriendo aquellos, el comprador no puede ejercitar las acciones edilicias, sino, exclusivamente, las de incumplimiento.

Sin embargo, esta distinción no resiste el menor examen crítico²⁴.

a) Parece que la jurisprudencia ha logrado establecer supuestos de hecho diferenciados para el ejercicio de las acciones edilicias y el de las acciones de incumplimiento, ligando las primeras a la existencia en la cosa vendida de un vicio oculto preexistente al tiempo de la celebración del contrato, y las segundas a la presencia en la cosa entregada de un defecto, de tal entidad, que la hace inútil para el uso al que se la destina (*aliud pro alio*). No obstante, este logro es más teórico que real, ya que el Tribunal Supremo, al delimitar la categoría del *aliud pro alio*, utiliza un criterio semejante al que emplea el artículo 1484 del Código civil, al establecer el requisito de la gravedad, que debe concurrir en los vicios ocultos, a fin de que puedan ser calificados como redhibitorios, y por ende autoricen al comprador para demandar la rescisión del contrato.

El Supremo entiende, así, que nos encontramos ante un supuesto de *aliud pro alio* (en sentido funcional) cuando el defecto determina que la cosa entregada «resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinada», «inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato», con la consiguiente insatisfacción del comprador. Pero, conforme al artículo 1484 del Código civil, cabe considerar como grave todo vicio de la cosa que la hace «impropia para el uso a que se la destina o disminuya de tal modo ese uso, que de haberlos conocido el comprador no la habría adquirido». Si, además, se tiene, en cuenta que la jurisprudencia concibe el vicio en sentido

funcional, esto, en atención a los concretos propósitos prácticos perseguidos por las partes con la celebración del contrato, resulta evidente que hay una superposición de la categoría del vicio redhibitorio con la del *aliud pro alio* (entendida también esta en sentido funcional)²⁵.

b) La distinción entre vicio oculto y *aliud pro alio* no se utiliza siempre con la finalidad de proteger al comprador, que ha perdido la posibilidad de ejercitar las acciones edilicias por trascurso del plazo del artículo 1490 del Código civil.

En ocasiones la calificación de un defecto de la cosa entregada como un vicio oculto es un cómodo expediente práctico para que los tribunales puedan desestimar una demanda de resolución, de sustitución o reparación de la cosa entregada, o de indemnización de daños y perjuicios, desde la pura constatación de que, al tiempo de la interposición de la demanda, ya ha transcurrido el plazo de caducidad previsto en el artículo 1490 del Código civil (o en el art. 342 CCo para las ventas mercantiles), lo que les dispensa de entrar en un examen detallado del fondo del asunto. Pero, en realidad, se trata de defectos que difícilmente alcanzarían relevancia «ex» artículo 1484 del Código civil, bien, porque, ni siquiera pueden ser considerados como vicios, ya que no impiden o disminuyen el uso que motivó la adquisición de la cosa, o bien, porque, aun pudiendo ser considerados auténticos vicios, en ellos no concurren los requisitos a los que el referido precepto subordina su relevancia o no puede probarse su existencia, por lo que es muy dudoso que hubiera prosperara do la acción rescisoria o la estimatoria, de haber sido estas ejercitadas dentro de plazo²⁶.

c) A los reparos conceptuales expuestos en contra de la doctrina jurisprudencia del *aliud pro alio* podría replicarse que, no obstante, todas las críticas de las que suele ser objeto, lo cierto es que, a través de ella, los Tribunales han logrado ampliar la protección del comprador de cosa defectuosa, permitiéndole accionar en supuestos en que ya había transcurrido el plazo de las acciones edilicias.

Sin embargo, no es menos cierto que la tutela que la referida doctrina jurisprudencial ofrece al comprador es incompleta, porque, al menos teóricamente, solo le protege cuando en la cosa que se le entrega concurren defectos de tal gravedad, que la hacen absolutamente inútil para el uso al que se la destina, pero no cuando presenta defectos de menor importancia, que no pueden ser subsumidos en la noción del *aliud pro alio* ante los cuales el comprador solamente contará con las acciones edilicias, lo que puede suponer privarle de toda tutela, si, como suele ser frecuente, en el momento de la interposición de la demanda, están ya caducadas.

Este rigor es difícilmente aplicable, ya que una cosa es que ante un defecto de pequeña entidad el comprador no pueda demandar la resolución del contrato y, otra cosa, muy distinta, es que no pueda demandar la sustitución o reparación del bien defectuoso o, en su caso, una indemnización de daños y perjuicios en el plazo general de prescripción de quince años, al que están sujetas las acciones de incumplimiento, quedando condenado a acudir a las ac-

ciones redhibitoria o estimatoria, quizá ya caducadas al tiempo de su ejercicio. De hecho, los propios Tribunales, por razones de justicia material, y con el fin de evitar la aplicación del plazo de caducidad de las acciones edilicias, en numerosas ocasiones, flexibilizan la noción de *aliud pro alio*, subsumiendo en ella defectos, que, si bien suponen la ausencia en ella de cualidades previstas en el contrato o presupuestadas por las partes, difícilmente, puede considerarse que determinan la total inutilidad de la cosa entregada, sobre todo, si lo que se persigue el comprador no es la resolución del contrato.

III. EL RÉGIMEN DE CONFORMIDAD Y LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS DEL CONSUMIDOR FRENTE A LOS DEFECTOS DE LOS BIENES: LA DIRECTIVA 1999/44, DE 25 DE MAYO

La Directiva 99/44, de 25 de mayo, influenciada por la Convención de Viena²⁷, respecto de las compraventas en ella reguladas (las de bienes corpóreos a compradores que tienen la condición de consumidor), acaba con la inseguridad jurídica imperante en los sistemas continentales europeos, fruto de la superposición de una diversidad de remedios jurídicos procedentes de la tradición histórica en favor del comprador de cosa defectuosa, los cuales, como hemos visto, no logran ser armonizados de manera satisfactoria²⁸.

1. EL DEBER DE CONFORMIDAD EN LAS VENTAS DE BIENES CORPORALES DESTINADOS AL CONSUMO PRIVADO

La Directiva establece una regulación unitaria de las consecuencias a las que puede dar lugar la existencia de cualquier tipo de defectos (aunque no contempla los de carácter jurídico²⁹), lo que se traduce en una indudable simplificación y, lo que es más importante, en una innegable seguridad jurídica: desaparece, pues, la vieja dicotomía entre el saneamiento por vicios ocultos y el incumplimiento³⁰.

Dicha regulación impone al vendedor el deber de entregar al comprador un bien conforme al contrato (art. 3). No se trata, pues, tan solo de que el vendedor deba soportar el riesgo de que en la cosa exista un vicio oculto (como sucede en los viejos sistemas basados en la tradición histórica procedente del Derecho romano), sino que asistimos a algo más profundo: el deber de entregar un bien exento de defectos materiales se integra ahora en el contenido mismo del contrato, por lo que la existencia en la cosa de un defecto que suponga la ausencia en ella de una cualidad pactada o presupuesta por las partes, es considerada como un supuesto de cumplimiento defectuoso, concediéndose, en consecuencia, al

comprador las acciones típicas a que, en general, da lugar el incumplimiento, entre las que está la de cumplimiento forzoso.

El deber de conformidad alcanza a las cualidades y prestaciones del bien que el consumidor «puede fundadamente esperar», en virtud «de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado» (art. 2.2.d)³¹, salvo, respecto de estas últimas declaraciones, que demuestre que la desconocía y no cabía razonablemente esperar que la conociese, que habían sido corregidas en el momento de la celebración del contrato o que no pudieron influir en la decisión de comprar el bien de consumo (art. 2.4).

En la falta de conformidad se subsume también la resultante de una defectuosa instalación del bien, «cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad», así como, cuando sea realizada por el comprador, siguiendo instrucciones erróneas del vendedor (art. 2.4).

2. LA REGULACIÓN DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS

Hay que advertir que la Directiva 99/44 (a diferencia de lo que pretenden las propuestas de Directiva de 2015 y de 2017) establece una armonización de mínimos, razón por la cual permite a los derechos nacionales establecer disposiciones más favorables al consumidor (art. 8.2). Su contenido es, además, imperativo, por lo que no cabe que los contratantes lo modifiquen en perjuicio del comprador, excluyendo o limitando, directa o indirectamente, los derechos que la Directiva le confiere (art. 8.1). Lo que evidentemente sí es posible es pactar un régimen más favorable, por ejemplo, a través de la concesión de una garantía convencional o adicional, en cuya regulación los Estados miembro deberán respetar las condiciones mínimas establecidas en el artículo 6.

Comoquiera que la trasposición de la Directiva al Derecho español se produjo trasladando, de manera prácticamente automática, el tenor del artículo 3 de la misma, para evitar reiteraciones, me limitaré a destacar que el precepto establece una jerarquización de los remedios jurídicos ejercitables frente al vendedor frente a los defectos de conformidad³², debiendo el comprador acudir, en primer lugar, al cumplimiento forzoso (sustitución o reparación de la cosa defectuosa), siempre que ello sea posible, de modo que la reducción del precio o la resolución del contrato son mecanismos de tutela subsidiarios, que solo cabe ejercitar cuando el cumplimiento forzoso no se hubiera llevado a cabo en tiempo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor³³. La resolución se supedita, en todo caso, a que la falta de conformidad no sea «de escasa importancia» (art. 3.6).

La acción de indemnización de daños y perjuicios no se regula en la Directiva, por lo que queda sometida a legislación de cada Estado (8.1.), probablemente, porque, en la mayoría de las legislaciones se trata de un medio de tutela que no se hace depender del mero hecho objetivo del incumplimiento, que es el dato al que se atiene el supuesto de la falta de conformidad y cuya constatación permite acudir a los remedios jurídicos en ella regulados, sino que se suele exigir un criterio de imputación asociado a un comportamiento negligente del deudor.

Constataré, eso sí, la llamativa circunstancia de que entre los remedios jurídicos se incluya la reducción del precio. Se sigue, en este punto, a la Convención de Viena (art. 50 CISG), que, en un contexto influenciado por el Derecho anglosajón, quiso, no obstante, mantener una solución propia de los sistemas continentales europeos, plasmado en la vieja acción romana *quanti minoris*, que ahora revive como mecanismo de tutela frente a una situación de incumplimiento³⁴. Quizás, una vez admitido (tanto en los artículos 74 y sigs. CISG, como en el artículo 8.1 de Directiva, por remisión a las legislaciones nacionales) que el comprador pueda exigir la reparación integral del daño resultante de la falta de conformidad, haya que considerar que la pervivencia de la acción estimatoria constituye un arcaísmo jurídico, desde el momento en que la disminución del valor de bien puede ser considerado una partida de la reparación. No obstante, hay que reconocer que la acción tendría un campo de aplicación propio, cuanto menos, en los casos de ausencia de culpa del vendedor, en los que no cabe exigirle una indemnización por la falta de conformidad³⁵.

Conviene resaltar que en los sistemas de inspiración romana hace tiempo que se ha desdibujado la significación originaria de la acción estimatoria: teóricamente su finalidad es rebajar el precio, de modo que este corresponda a lo que la cosa realmente valía en el mercado con los defectos que le afectaban al tiempo de celebrarse el contrato. Sin embargo, al menos en España, en la práctica, es común que los Tribunales fijen la cuantía de la reducción del precio, en atención al coste de las obras de reparación de los defectos de la cosa, por lo que, en definitiva, la jurisprudencia ha convertido este remedio jurídico en una acción de resarcimiento de contenido limitado al pago del importe de las reparaciones necesarias para dejar la cosa vendida en un estado adecuado³⁶.

3. FALTAS DE CONFORMIDAD IMPUTABLES AL COMPRADOR

La responsabilidad objetiva del vendedor por falta de conformidad se subordina a que la misma no tenga «su origen en materiales suministrados por el consumidor», pues, en tal caso, es él mismo quien la origina, y a que, en el momento de la celebración de contrato, no conociera el defecto que la causa o no pudiera «fundadamente ignorarlo» (art. 2.3).

El precepto trata aquí de favorecer al vendedor, liberándole de la difícil prueba del estado subjetivo de conocimiento de la falta de conformidad por parte del comprador. Cuando el defecto es manifiesto o evidente no es necesario que el vendedor pruebe que el consumidor lo conoció (por ejemplo, aportando un intercambio de correos electrónicos), sino que basta con que demuestre que un comprador medio (no experto) hubiera podido constatar su existencia mediante un examen superficial de la cosa, por lo que, si la adquirió por el precio convenido, es porque le convino (la estipulación de un precio muy inferior al usual en el mercado para el tipo de productos de que se trate puede ser muy indicativo). No es, desde luego, exigible un examen profundo del bien³⁷.

4. PLAZO DE RESPONSABILIDAD Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

La responsabilidad del vendedor cubre los defectos de conformidad que se manifiesten en el plazo de dos años a contar desde la entrega del bien, presumiéndose, con carácter *iuris tantum*, que existían en tal momento, si se exteriorizan durante los seis meses siguientes, «salvo cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad» (art. 5.1).

El artículo 123.1 TRLGDCU sigue este mismo plazo de responsabilidad, de dos años a contar desde la entrega, si bien prevé que en los productos de segunda mano pueda pactarse un plazo menor, que no podrá ser inferior a un año. Mantiene, así mismo, el plazo de inversión de la carga de la prueba, de seis meses, el cual es también aplicable a los bienes de segunda mano. Siendo la presunción *iuris tantum*, obviamente, puede ser desvirtuada por el vendedor mediante prueba en contrario, por ejemplo, que la rotura del motor del vehículo fue debida a una conducción con exceso de revoluciones y a la falta de aceite, por mal mantenimiento³⁸.

La Directiva no prevé un plazo de prescripción de las acciones por ella reguladas, aunque establece que, si las legislaciones nacionales lo contemplan este, «no podrá ser inferior a dos años desde la entrega del bien» (5.1). El artículo 123.4 TRLGDCU ha fijado, no obstante, un plazo superior, de tres años.

La Directiva contempla que los Estados miembro puedan disponer que, para poder hacer valer sus derechos, los consumidores deban informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se hubiesen percatado de dicha falta de conformidad (art. 5.2).

En este sentido se ha orientado el artículo 123.5 TRLGDCU, según el cual el consumidor deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses, desde que tuvo conocimiento de ella, si bien precisa que el incumplimiento de dicho plazo «no supondrá la pérdida del derecho al saneamiento que corresponda, siendo responsable el consumidor y usuario, no

obstante, de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación». Se presume, además, salvo prueba en contrario, que la notificación ha tenido lugar dentro del plazo establecido.

IV. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 44/99 EN EL DERECHO ESPAÑOL: EL DESPLAZAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS POR EL DEBER DE CONFORMIDAD

Comenzaremos, a continuación, el estudio de la trasposición de la Directiva 44/99 al Derecho español, que, como he dicho, ha sido muy fiel a la misma.

La trasposición de la Directiva se produjo a través de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantía en los bienes de consumo, cuya disciplina se halla actualmente subsumida en el TRLGDCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo de 1/2007, de 16 de noviembre, que impone al vendedor la obligación de entregar un bien (ahora se habla de producto) que se ajuste a lo pactado o presupuestado por ambas partes en el contrato (art. 114)³⁹; y, en caso contrario, permite al comprador (luego veremos, en qué orden) ejercitar las acciones de «incumplimiento», a través de las cuales podrá demandar la sustitución o reparación, una rebaja del precio y, en su caso (cuando la falta de conformidad no sea de escasa entidad), la resolución del contrato (art. 118).

En virtud de dicho deber, el vendedor responde de «cualquier falta de conformidad» (art. 114) material que se manifiesten en un plazo de dos años, a contar desde la entrega, si bien, en los productos de segunda mano, podrán pactarse un plazo menor, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega; a este plazo se superpone otro, de «prescripción», de las acciones de «incumplimiento», las cuales deberán ejercitarse dentro de los tres años siguientes a la entrega del bien (art. 123). Este régimen legal es inderogable, por lo que no cabe modificarlo en perjuicio del comprador, de modo que no es posible pactar un plazo inferior para el ejercicio de dichas acciones, debiendo considerarse nula una estipulación en tal sentido (art. 86.1.II)⁴⁰.

A mi entender, en el ámbito de las ventas sujetas al TRLDCU, este nuevo régimen de responsabilidad, basado en la falta de conformidad ha desplazado al de saneamiento por vicios ocultos, porque ambos son conceptualmente incompatibles: si se establece un concepto de conformidad que obliga al vendedor a proporcionar un bien con todas las cualidades, expresa o implícitamente pactadas por las partes (o razonablemente esperadas por el comprador), la ausencia en la cosa entregada de una de dichas cualidades supondrá siempre un cumplimiento defectuoso de la prestación. No cabrá, en tal caso, recurrir a la obligación de saneamiento, que ya no existirá, por innecesaria, y por no darse (ni poder dar) el presupuesto sobre el que reposa, esto es, la entrega de un bien, que, aunque

defectuoso, se encuentra en el estado en que se hallaba al tiempo de celebrarse el contrato (art. 1468.I), razón por la cual el vendedor habría cumplido el contrato, si bien, como consecuencia de un defecto preexistente e ignorado, el comprador podría ejercitar las acciones edilicias. Por el contrario, ahora todo vicio oculto del bien será un supuesto de falta de conformidad del mismo, que dará lugar a los remedios propios del incumplimiento.

Así —creo yo— hay que interpretar del tenor de la disposición adicional única de la Ley 23/2003, en cuyo párrafo primero se decía que «El ejercicio de las acciones que contempla esta Ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos en la compraventa»; y lo mismo dice hoy el artículo 117, I del Texto Refundido de 2007⁴¹.

Sirve de apoyo a esta interpretación la Exposición de Motivos de la ya derogada Ley 23/2003⁴² en la que se afirmaba que «La modificación que se lleva a cabo [introduciendo el deber de conformidad] implica crear un régimen específico aplicable a los contratos de compraventa civil de bienes de consumo celebrados entre los consumidores y los vendedores profesionales. El régimen del saneamiento de vicios ocultos en el Código civil permanece inalterado, siendo de aplicación a las compraventas civiles no comprendidas en el ámbito de la Directiva». Y continuaba afirmándose: «En conclusión, las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa previstas en esta Ley sustituyen el ámbito de las compraventas de bienes de consumo, a las acciones redhibitoria y *quanti minoris* derivadas del saneamiento por vicios ocultos y dejan a salvo las acciones indemnizatorias que asisten a los compradores»⁴³.

En cualquier caso, es indiscutible que, por lo menos, desde un punto de vista práctico, en el ámbito de las ventas de bienes destinados al consumo privado, la disciplina del saneamiento por vicios ocultos, ha sido superada por esta nueva regulación, que, no solo faculta para demandar la sustitución o reparación del bien defectuoso, sino que, además, establece plazos (de prescripción) más amplios que el (de caducidad) previsto para el ejercicio de las acciones edilicias. A ello hay que añadir que el artículo 123.1.I del Texto Refundido, presume «que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea este nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad»⁴⁴.

Es cierto que el párrafo cuarto de dicho precepto impone al comprador el deber de «informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella», obligación esta, que no exige el Código civil para reclamar por vicios ocultos. Ahora bien, la ausencia de denuncia previa no provoca los efectos a que da lugar en la venta mercantil (pérdida de la posibilidad de ejercitar las acciones edilicias, conforme a lo previsto en el

art. 342 CCo), porque el mencionado precepto, según ya he dicho, en su inciso final, precisa que el incumplimiento del deber de comunicación de la falta de conformidad no supondrá la pérdida de las acciones que correspondan. Creo, en definitiva, que, si en ocasiones, en este tipo de ventas se sigue aplicando la disciplina del saneamiento, cuando la demanda ha sido interpuesta en el plazo del artículo 1490 del Código civil y lo que se pide es la rescisión de contrato (en vez de su resolución) o la reducción del precio, ello se debe a una inercia general de los operadores jurídicos a acudir a la normativa del Código civil, antes que a las leyes especiales.

V. LA REGULACIÓN DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS FRENTE A LA FALTA DE CONFORMIDAD EN EL TRLGDCU

La regulación de los remedios jurídicos frente a la falta de conformidad, establecida primero por la Ley 23/2003 y actualmente por el TRLGDCU, como ya he apuntado, sigue fielmente la Directiva 44/99, razón por la cual se establece una clara jerarquización entre los remedios primarios y los subsidiarios.

1. REMEDIOS PRIMARIOS

El TRLGCU establece, pues, una clara jerarquía, por lo que el comprador deberá acudir, en primer lugar, al cumplimiento forzoso, por lo que solo puede instar la reducción del precio o la resolución del contrato cuando «no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que estas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario»⁴⁵, quedando supeditada, no obstante, la resolución a que la falta de conformidad no sea de «escasa importancia» (art. 121).

Es, pues, claro el contraste con lo que resulta del artículo 1124.II del Código civil, conforme al cual, existiendo un incumplimiento esencial de una obligación principal del contrato, la parte que hubiera cumplido (o hubiese estado dispuesta a cumplir lo que incumbe) puede elegir libremente el remedio jurídico que estime más conveniente, es decir, pedir directamente la resolución, sin necesidad de acudir, en primer lugar, al cumplimiento forzoso.

La jerarquización de los remedios jurídicos, que otorga primacía al cumplimiento forzoso, ha merecido el favor de la doctrina⁴⁶, pues, de un lado, favorece al vendedor, quien no pierde la ganancia obtenida con la operación; y, de otro, no perjudica al consumidor, pues se le facilita, siempre que sea posible y con carácter gratuito, la satisfacción del interés que pretendió al celebrar el contrato, mediante la reparación o sustitución del bien adquirido, evitándose, además, que pueda pretender soluciones oportunistas no fundadas en el recto propósito de evitar la

frustración de su interés contractual (por ejemplo, la resolución del contrato para lograr la restitución de un bien depreciado por el transcurso del tiempo, como sucede con los automóviles). Desde otro punto de vista, hay que tener en cuenta que la resolución del contrato supone la pérdida de eficacia de una operación que produjo un intercambio generador de riqueza, por lo que existe un interés social a su mantenimiento⁴⁷. Por cuanto concierne a la reducción del precio, es claro que la misma perjudica al vendedor, haciéndole perder ingresos (la parte de precio que no podrá cobrar o, todavía peor, que deberá restituir), en los casos en que le sea posible proceder a la reparación o sustitución sin costes excesivos.

A. La opción entre reparación o sustitución y sus límites

Si bien se establece la primacía del cumplimiento forzoso, en cambio, el consumidor «podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada» y, desde el momento en que el consumidor y usuario comuníque al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella» (art. 119.1).

Por lo tanto, el límite de la facultad de opción es que la forma de cumplimiento forzoso que se pretenda no sea objetivamente imposible⁴⁸ o desproporcionada.

a) La noción de imposibilidad.

La sustitución será imposible, cuando no estemos ante un bien genérico, sino específico. De hecho, según el artículo 120.g) TRLDCU, el consumidor no podrá exigir la sustitución «en el caso de productos no fungibles, ni tampoco cuando se trate de productos de segunda mano»; y lo mismo cabe decir, cuando el producto haya dejado de fabricarse o comercializarse.

La reparación será imposible, cuando, por ejemplo, no puedan ya encontrarse repuestos para llevarla a cabo o cuando se trate de un defecto que, por su propia naturaleza, no sea posible subsanar satisfactoriamente: por ejemplo, en el caso en que, como consecuencia de una caída de altura, un aparato de aire acondicionado quede completamente desequilibrado, lo que hace que deba ser desmontado pieza a pieza, no quedando nunca en las mismas condiciones de antes, siendo, además, más barata su sustitución que su reparación⁴⁹.

b) La noción de desproporción.

El artículo 119.2 TRLGDCU considera «desproporcionada la forma de saneamiento que, en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que

no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario»; y añade: «Para determinar si los costes no son razonables, los gastos correspondientes a una forma de saneamiento deben ser, además, considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento».

Parece, por ejemplo, desproporcionado exigir la sustitución del bien, cuando este tiene un pequeño defecto que el vendedor puede reparar fácilmente en un tiempo breve. Se ha negado, así, la demanda de sustitución del comprador de un vehículo dotado de motor Diésel EA 189, que incorporaba un dispositivo de desactivación de emisiones de gases Nox durante la prueba de laboratorio, prohibido por la normativa comunitaria. La demanda había sido presentada dos años después de la adquisición del vehículo, que había recorrido unos 22.000 km. Se consideró que la pretensión de sustitución era desproporcionada, dado que el fabricante había ofrecido la eliminación del dispositivo, sin coste alguno, en un periodo aproximado de 40 minutos, constatándose, además, que el valor de mercado del vehículo había disminuido notablemente por el paso del tiempo y su uso⁵⁰.

También es desproporcionado pedir la reparación, cuando sea posible la sustitución inmediata de un bien de escaso valor con un coste mucho más bajo que el resultante de repararlo (piénsese, por ejemplo, en un defecto que afecte a un DVD).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵¹ ha precisado que la desproporción de la que habla el artículo 3.3 de la Directiva y, por ende, el artículo 119.2 TRLGDCU, es una desproporción «relativa», es decir, la que resulta de comparar una forma de cumplimiento forzoso con la otra (reparación con sustitución y viceversa) y no la «absoluta», esto es, la que, en sí misma, provoca costes que no sea razonable asumir (absolutamente desproporcionados) con respecto al valor que tendría el bien, si no fuera defectuoso, y a la importancia de la falta de conformidad de que adolece.

El problema se planteó en Alemania en relación a la compra de una partida de baldosas pulidas al precio de 1.382,27 euros. Tras la colocación de unos dos tercios de dichas baldosas en su casa, el comprador detectó en ellas unos sombreados que podían percibirse a simple vista. En unas diligencias preliminares para la práctica de prueba, instadas por el comprador, el perito designado llegó a la conclusión de que los sombreados aludidos eran unos micro restos de lijado, que no podían desaparecer, por lo que el único medio posible de saneamiento era la sustitución completa de las baldosas. El comprador demandó su sustitución y una indemnización de daños y perjuicios, demanda que fue desestimada en primera instancia, donde obtuvo, exclusivamente, una reducción del precio. En cambio, en segunda instancia, la demanda fue estimada en el

punto relativo a la petición de sustitución, condenándose, además, al vendedor a satisfacer una indemnización de 2.122,37 euros por la retirada y el desecho de las baldosas defectuosas.

El vendedor interpuso un recurso ante el Tribunal Supremo alemán, que, a su vez, planteó una cuestión prejudicial, preguntando acerca de la compatibilidad con la Directiva del § 439.3 *BGB*, conforme al cual el vendedor puede rechazar la forma de ejecución elegida por el comprador, no solo cuando la misma le imponga gastos desproporcionados en relación con la otra forma de ejecución («desproporción relativa»), sino también cuando el coste de la elegida por el comprador, aun siendo la única forma posible, sea intrínsecamente desproporcionada («desproporción absoluta»), que es lo que acontecía en este caso, dado que obligaba al vendedor a hacer frente al pago de 3.300 euros (coste de entrega y de retirada de baldosas no conformes), cantidad que excedía del límite del 150 % del valor del bien libre de defectos.

El Tribunal de Luxemburgo respondió que del tenor del artículo 3.3 de la Directiva resulta patente, que el legislador comunitario «pretendió otorgar al vendedor el derecho a negarse a la reparación o a la sustitución del bien defectuoso únicamente en caso de imposibilidad o de desproporción relativa», por lo que, en consecuencia, «en el supuesto de que resulte posible solo una de estas dos formas de saneamiento, el vendedor no podrá negarse a la única forma de saneamiento que permita poner el bien en conformidad con el contrato».

Ahora bien, matiza esta doctrina, señalando que «por lo que respecta, en particular, a la situación específica a que se refiere el órgano jurisdiccional remitente, en la que la sustitución del bien defectuoso, como única forma de saneamiento posible, entraña gastos desproporcionados debido a la necesidad de retirar el bien no conforme del lugar en el que hubiera sido instalado y de instalar el bien de sustitución, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva no se opone a que el derecho del consumidor al reembolso de los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación del bien de sustitución se limite, en caso necesario, a una cantidad proporcional a la importancia de la falta de conformidad y al valor que tendría el bien si fuera conforme»; y añade: «En efecto, tal limitación deja incólume el derecho del consumidor a solicitar la sustitución del bien no conforme».

La misma cuestión se ha plantado recientemente en la jurisprudencia de instancia española, en la que una sentencia ha aplicado idéntica solución a un supuesto de venta de un automóvil, el valor de cuya reparación superaba el precio de compra. Dice, así, que «Es opción del comprador reclamar el cumplimiento de la prestación, en este caso la reparación de los defectos» y que, si bien el importe de la reparación es muy costoso, no puede entenderse que exista desproporción, cuando es conocido que «la vendedora se niega a asumir responsabilidad, negando proceda reparación alguna y debiendo ser asumida por el demandante»⁵².

B. La gratuidad de la puesta en conformidad

Cualquiera que sea la forma de cumplimiento forzoso que se elija, la misma será gratuita, debiendo «llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario, habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario» (art. 120.a y b).

El artículo 120.a TRLGDCU reproduce el tenor del artículo 3.4 de la Directiva 99/44, disponiendo que la gratuidad comprende «los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los productos con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales».

Siguiendo a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hay que decir que el uso del adverbio «especialmente» en el artículo 3.4. de la Directiva, ha de interpretarse en el sentido de que dicha enumeración presenta un «carácter indicativo y no exhaustivo», ya que la gratuidad tiene como finalidad proteger al consumidor del riesgo de cargas económicas que podrían disuadirlo de hacer valer sus derechos. Por lo tanto, «Dicha garantía de gratuidad querida por el legislador comunitario conduce a excluir toda pretensión económica por parte del vendedor en el marco del cumplimiento de su obligación de puesta en conformidad del bien objeto del contrato». Concretamente, no es posible que el vendedor exija al comprador una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien⁵³.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado también que la gratuidad de la puesta en conformidad exige que el vendedor se haga cargo de la obligación de retirar los bienes sustituidos y de instalar los que los sustituyen (en este caso, una partida de baldosas defectuosas y un lavavajillas averiado). Afirma que, «si en caso de sustitución de un bien no conforme el consumidor no pudiera exigir al vendedor que se hiciera cargo de la retirada de este del lugar en el que hubiera sido instalado con arreglo a su naturaleza y a su finalidad, y la instalación del bien de sustitución en el mismo lugar, tal sustitución le obligaría a soportar cargas económicas adicionales que no habría tenido que arrostrar si el vendedor hubiera ejecutado correctamente el contrato de compraventa». Por lo tanto, «el vendedor está obligado a proceder por sí mismo a la retirada de ese bien del lugar en el que hubiera sido instalado y a instalar en ese lugar el bien de sustitución, o bien a cargar con los gastos necesarios para dicha retirada y para la instalación del bien de sustitución», precisando que dicha obligación del vendedor «existe independientemente de si, en virtud del contrato de compraventa, este se hubiera comprometido a instalar el bien de consumo comprado inicialmente»⁵⁴.

C. *La posibilidad de variar la modalidad de cumplimiento forzoso elegida, cuando no resulta exitosa*

Si, tras la reparación o sustitución, el bien sigue sin ser conforme al contrato, el comprador podrá volver a instarla o solicitar la otra modalidad de cumplimiento forzoso, siempre la que misma no sea desproporcionada, como también pedir la reducción del precio o la resolución del contrato, esto último siempre que la falta de conformidad no sea de escasa importancia (art. 120.d y f).

Por lo tanto, si tras la primera reparación solicitada, persiste el defecto del producto, el consumidor no estará obligado a pedir una segunda, pudiendo solicitar la sustitución, siempre que resulte proporcionada. Por ejemplo, una sentencia de instancia consideró desproporcionada la sustitución, pedida por el adquirente de un coche, con deficiencias que habían sido reparadas, siendo el importe de la reparación de un 2,8% del valor del vehículo. Afirmó, así, que la sustitución pretendida suponía «un coste muy gravoso para el concesionario»⁵⁵.

2. REMEDIOS SUBSIDIARIOS

Solo, cuando el cumplimiento forzoso no llega a satisfacer el interés del comprador, puede este acudir a los remedios jurídicos secundarios. Conforme al artículo 121 TRLGDCU, «La rebaja del precio y la resolución del contrato (siempre, en este último caso, que el defecto de conformidad no sea «de escasa importancia») procederán, a elección del consumidor, cuando este no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que estas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario».

A. Supuestos

Se trata, pues, de tres supuestos, a los que la jurisprudencia⁵⁶ añade, con buen sentido, el caso en que sea claro que el vendedor no tiene el propósito de proceder a la puesta en conformidad del bien defectuoso, tras haber sido requerido por el comprador (judicial o extrajudicialmente) para llevarla a cabo.

a) La imposibilidad de llevar a cabo la puesta en conformidad

El supuesto de la imposibilidad plantea un problema exegético (como lo planteaba el artículo 7 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, del que trae origen), pues se refiere al supuesto de que el comprador «no pudiera exigir la reparación

o la sustitución», lo que autorizados autores interpretan en el sentido de que basta con que uno de los remedios jurídicos primarios (el elegido por el comprador) sea imposible para que pueda acudirse a los remedios subsidiarios⁵⁷, lo que significa que la legislación española se habría apartado de lo previsto en el artículo 3.5 de la Directiva 99/44, según el cual el consumidor podrá proceder a la reducción del precio o a la resolución del contrato, «si no puede exigir *ni* la reparación *ni* la sustitución».

Esta interpretación plantea, sin embargo, interrogantes: de un lado, porque, si este fue el propósito del legislador, parece raro que en la Exposición de Motivos de la Ley 23/2003, que traspuso fielmente la Directiva, no explicara la razón de apartarse de ella en este punto; y, de otro, lado, porque, según el artículo 119.1 TRLGDCU, el comprador no puede elegir una modalidad de puesta en conformidad que sea objetivamente imposible, sino que debe acudir, necesariamente, a la otra.

Por ello, si elige la reparación y esta no puede llevarse a cabo, es que originariamente era imposible, por lo que no podía haberla elegido; y, si el vendedor constata este extremo prontamente, no parece desproporcionado que el comprador deba pedir la sustitución (que es lo que inicialmente debería haber solicitado, aunque en ese momento no lo supiera), siempre que la misma pueda llevarse a cabo en un plazo prudente y sin mayores inconvenientes. Cuestión distinta sería que el vendedor hubiera tardado un tiempo excesivo en constatar la imposibilidad de proceder a la reparación, en cuyo caso es claro que el comprador podría acudir a los remedios subsidiarios, pues la puesta en conformidad no se habría llevado a cabo en un plazo razonable por una causa que no le es imputable, pues no tenía por qué saber que técnicamente no era posible (si no se le avisa previamente)⁵⁸.

b) El transcurso de un plazo razonable

El carácter razonable del plazo —precisa el artículo 120.b TRLGDCU— habrá que valorarlo «habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor»; y siempre «según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal»⁵⁹.

No es lo mismo un producto sofisticado, cuya reparación sea compleja, que otro, cuya reparación sea fácil; tampoco que el destino del bien sea el puro ocio o, que, por el contrario, se haya comprado con la finalidad de desplazarse al trabajo o satisfacer una necesidad básica.

Habrá también que ponderar si las piezas de recambio provienen del extranjero, lo que puede implicar una mayor duración del plazo de reparación. Así resulta de una sentencia de instancia, que ha rechazado la demanda de resolución

de un vehículo cuatro por cuatro de la marca «Sangyong kyron», estimando que no era desmesurado el tiempo de espera de dos meses (transcurrido desde el momento de la petición y el de la recepción del repuesto) y que era explicable que una pieza, como el diferencial trasero, no estuviera en stock, de manera que no se había sobrepasado el plazo razonable al que alude el artículo 120 TRLGDCU, «por lo que no se justifica una resolución cuando previamente se había optado por la reparación»⁶⁰.

Por el contrario, se ha considerado procedente la resolución de un contrato de compraventa de una motocicleta con un sistema ABS (de antibloqueo de frenos) defectuoso, porque el vendedor no había informado al comprador de que se trataba de una avería sin causa conocida, limitándose a decir que la reparación se encontraba a la espera de «una respuesta de Madrid», habiendo transcurrido un periodo de unos cuatros meses, hasta que, después de recibir la notificación extrajudicial de resolución, se puso en contacto con el vendedor para comunicarle que se enviaba un modulador desde Alemania. Se afirma que «La falta de diagnóstico de la avería sufrida o las vicisitudes posteriores con la obtención de la pieza no pueden repercutirse en el consumidor» y que «Ha de ratificarse, pues, que la vendedora dejó transcurrir el tiempo suficiente sin dar cumplido cumplimiento a su obligación de reparación para entender que la espera del consumidor era razonable y en consecuencia, dicha no reparación o reparación ya tardía, frustra la finalidad del contrato, entendiendo incursa la vendedora en justa causa de resolución»⁶¹.

También se ha considerado procedente la resolución de un contrato de compraventa de un automóvil, que, al ponerse en marcha, se desplazaba hacia la derecha. Se constata que, pese a las numerosas veces en que fue reparado, el vehículo presentaba la misma anomalía, «de manera que, si bien es cierto que la anomalía que sufre el vehículo es de escasa entidad y su reparación de escasa cuantía, sin embargo, la imposibilidad de repararlo, hace que se estime procedente la resolución del contrato», pues «es claro que el vehículo nunca ha conseguido estar en las adecuadas condiciones de seguridad para ser utilizado, sin que sea posible exigir al comprador la revisión mensual del mismo para que se encuentre en condiciones adecuadas para el uso cotidiano»⁶².

Se ha estimado, igualmente, en segunda instancia, la demanda de resolución del contrato de compra de un sistema de calefacción y agua caliente, que había sufrido una avería por una defectuosa instalación por parte del vendedor, revocándose la sentencia de primera instancia, que había desestimado la demanda, con el argumento de que los defectos de instalación eran susceptibles de corrección con un coste de tan solo 500 euros. Frente a ello, la Audiencia afirma que la compradora, «en un primer momento, optó por la reparación, demostrándose imposible en un plazo razonable, lo que le dejaba la vía abierta a optar por la resolución, que, a nuestro modo de ver, no resulta imposible en base a que la falta de conformidad sea de escasa importancia, pues aunque la

subsanación de los defectos que presenta la instalación es probable, que no seguro (falta por probar el funcionamiento de la caldera tras subsanar los defectos que presenta la chimenea), que tenga un bajo coste, la disconformidad no es con detalles de escasa importancia, como por ejemplo un detalle estético o de acabado, sino que es con algo tan relevante como el funcionamiento del sistema de calefacción y agua caliente instalado por la actora en su casa, que se ha demostrado deficiente»⁶³.

c) La falta de la puesta de conformidad «sin mayores inconvenientes»

La expresión «sin mayores inconvenientes para el consumidor» plantea dudas respecto de su exacto significado, por su confusa redacción en relación con la del conjunto del precepto en que se inserta. No puede significar que la reparación o sustitución no se haya llevado a cabo en un tiempo razonable, porque, en este caso, este supuesto sería totalmente redundante.

Podríamos pensar, por ejemplo, en el caso de una reparación hecha en un vehículo, sin excesivas dilaciones, pero sin garantías de que no vuelva a reproducirse posteriormente, o seguida de otras averías, que, aunque no sean graves y sean rápidamente reparadas, puedan causar graves molestias al comprador (visitas al taller, privación del uso del vehículo durante los períodos de reparación).

d) El propósito de no proceder a la puesta en conformidad del bien defectuoso

Ya he indicado que la jurisprudencia se refiere a un cuarto supuesto, no contemplado en el artículo 121 TRLGDCU, esto es, cuando resulte evidente que el vendedor no tiene el propósito de proceder a la puesta en conformidad del bien defectuoso, tras haber sido requerido por el comprador (judicial o extrajudicialmente) para llevarla a cabo.

Por ejemplo, una sentencia de instancia ha estimado la demanda de resolución de un contrato de compraventa de un ordenador. El vendedor informó al comprador de que el fallo se debía a problemas con el disco duro y, después, afirmó que era un problema de la batería del portátil al que no podía atender, por haber transcurrido el periodo de garantía que les daba el fabricante, que era el de seis meses exclusivamente, por lo que debía adquirir otra batería nueva para que el ordenador funcionase correctamente. Observa la Audiencia que, aunque, dada la naturaleza del defecto pudiera parecer más procedente la sustitución de la batería, sin embargo, accedía a la pretensión resolutoria del comprador, «pues sin justificación alguna, la demandada no dio respuesta a las peticiones del actor en un plazo razonable ni le dio la adecuada atención que exigen las normas protectoras de los consumidores, pues resultaba evidente que,

ante un fallo de conformidad tan evidente, no podían oponerse al consumidor los breves períodos de garantía que, al parecer, ofrece el fabricante de la batería y que han servido para rechazar su petición»⁶⁴.

B. La conveniencia procesal de que el consumidor que ejercita la resolución del contrato pida subsidiariamente la reducción del precio

El hecho de que la resolución no proceda ante defectos «de escasa importancia» hace aconsejable que el comprador que la demande judicialmente, subsidiariamente, pida también la reducción de precio, para evitar que, si el juez considera que la falta de conformidad no tiene la entidad suficiente para dar lugar a la resolución, no pueda obtener, ni la una, ni la otra, por impedir los artículos 400 y 412 LEC cambiar la pretensión durante el juicio o en otro posterior, al estar ante un supuesto de cosa juzgada.

En la práctica se ha planteado si el juez puede, de oficio, proceder a la reducción del precio, sin que el demandante lo haya pedido, cuando aprecie que la falta de conformidad es «de escasa importancia», lo que parece contrario a los artículos 216 y 218 LEC, en cuya virtud el juez civil debe decidir los casos en virtud de las pretensiones de las partes, con las que tendrá que ser congruente la sentencia que dicte, sin apartarse de la causa de pedir. En el caso concreto, se trataba de un defecto que afectaba a un automóvil de techo corredizo, a través del cual se filtraba agua cuando llovía, sin que las sucesivas reparaciones realizadas hubieran conseguido solucionarlo, ante lo cual la compradora solicitó la sustitución del coche, petición que no fue atendida por la vendedora, lo que motivó la interposición de una demanda de resolución del contrato.

Ante esta situación, se planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁵, preguntándose si la solución que resultaba de la aplicación del Derecho procesal español era contraria al Derecho comunitario, siendo la respuesta positiva, afirmando el Tribunal que «el sistema español obliga a los consumidores, en lo esencial, a anticipar el resultado de la calificación jurídica de la falta de conformidad del bien, cuyo análisis definitivo corresponde al juez competente, lo que supone que la protección que el artículo 3, apartado 5, de la Directiva 1999/44 atribuye al consumidor resulte meramente aleatoria y, en consecuencia, inadecuada. Ello es así con mayor razón cuando, como sucede en el litigio principal, dicho análisis es especialmente complejo y, por ello, la referida calificación depende esencialmente de las diligencias que practicará el juez que conoce del asunto».

Se responde, así, que «la Directiva 1999/44 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar

judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda».

C. La reducción del precio y su compatibilidad con el resarcimiento de daños y perjuicios

El artículo 122 TRLGDCU establece el criterio al que hay que atenerse para proceder a la reducción del precio: «La rebaja del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega». No es infrecuente que el comprador pida como reducción el importe de la reparación del bien⁶⁶. En cualquier caso, dado que la reducción del precio se dirige siempre a rebajar una cantidad proporcional del mismo, el vendedor no puede nunca ser condenado a pagar una cantidad superior al convenido.

Muy probablemente, la reducción del precio dejaría de estar justificada, si el pactado fuera notoriamente inferior al que en el mercado tendría un bien conforme al contrato, ya que, en tal caso, habría que pensar que el vendedor ya descontó la disminución de valor que como consecuencia de los defectos sufre la cosa vendida e, incluso, cabría pensar que el comprador conoció dichos defectos o contó con la posibilidad de que existiesen, por lo que no pudo «fundadamente ignorar» la falta de conformidad en el momento de la celebración del contrato (art. 116.3 TRLDGCU).

Es evidente que la reducción del precio no excluye la acción para reclamar daños que no estuvieran cubiertos por la rebaja del mismo⁶⁷, con fundamento en el artículo 1101 del Código civil, según resulta del artículo 117.2 TRLGDCU, que deja a salvo el derecho del consumidor «a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad», «de acuerdo con la legislación civil», del mismo modo en que podrá hacerlo, si opta por la resolución, como expresamente prevé el artículo 1124.II del Código civil.

La reducción del precio y la indemnización de daños y perjuicios tienen presupuestos diversos: para la primera, basta la simple falta de conformidad; para la segunda, se exige, además, el dolo o negligencia del vendedor. Ciertamente, si se opta por la reducción del precio, no habrá lugar a indemnizar el perjuicio consistente en el menor valor que la cosa vendida tiene como consecuencia del defecto, ya que dicho perjuicio deja de existir cuando se reduce el precio. Ahora bien, ello no es óbice para que puedan resarcirse otros daños, que no queden

cubiertos por el solo reajuste del precio, como son los que la cosa defectuosa pueda causar en la persona o en el patrimonio del comprador. Piénsese, en los siguientes ejemplos, extraídos de la jurisprudencia, que, aplicando la disciplina del saneamiento del Código civil, si bien se muestra oscilante⁶⁸, ha admitido, en numerosas ocasiones, el ejercicio conjunto de las acciones estimatoria e indemnizatoria: una máquina destinada a la fabricación de un producto tenía defectos que impidieron al comprador utilizarla en su actividad económica y, como consecuencia de ello, no pudo atender sus compromisos comerciales con sus clientes⁶⁹; la adquisición de una vivienda situada en un edificio construido con cemento aluminoso provocó un daño moral, por tener que soportar el comprador el riesgo de que la aluminosis llegue a desarrollarse con los consiguientes gastos y molestias⁷⁰; la compra de una vivienda con graves defectos en el tejado provocó intensas humedades que obligó a realizar reparaciones, cuyo cuantía se cubrió, mediante el reajuste del precio obtenido a través del ejercicio de la acción estimatoria, debiéndose acompañar a la demanda el informe de un arquitecto como soporte⁷¹.

D. La resolución del contrato

Ya hemos visto que el artículo 121 TRLGDC configura la resolución del contrato como un remedio subsidiario del cumplimiento forzoso, cuando la falta de conformidad no sea «de escasa importancia».

a) La noción «de escasa importancia» de la falta de conformidad

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que no se exija que la falta de conformidad sea «grave» o «esencial», lo que no es casual⁷², pues una cosa es que la resolución se configure como remedio jurídico primario, en cuyo caso es lógico que, tal y como hace la Convención de Viena, se requiera una falta de conformidad que dé lugar a un incumplimiento «esencial»; y otra cosa, muy diversa, es que se regule como un remedio subsidiario, cuando el cumplimiento forzoso no ha podido tener lugar de manera satisfactoria por una causa ajena al comprador, en cuyo caso parece suficiente exigir que la conformidad no sea nimia, insignificante o de «escasa importancia».

Esto tiene especial trascendencia en el caso en que el bien, por ejemplo, un automóvil, tenga una serie de defectos que, aunque, en sí mismos, no tengan la gravedad suficiente para resolver el contrato, sin embargo, no se consiga repararlos satisfactoriamente, sin que el vendedor acceda a sustituirlo (a lo que, además, no está obligado cuando se trate de un vehículo de segunda mano). En este caso parece perfectamente lógico que el comprador pueda proceder a la

resolución del contrato, pues es posible que prefiera este remedio a la reducción del precio, lo que le supondría tener que quedarse con un vehículo, cuyo uso le causa incomodidades que no son nimias.

No faltan, así, sentencias de instancia que constatan que el régimen de la resolución que resulta del artículo 121 TRLGDCU es más benévolos que el previsto por el artículo 1124 del Código civil, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia, ya que «frente a la necesaria gravedad» que se exige respecto de este, el artículo 121 citado solo exige que la falta de conformidad «no sea de escasa importancia», esto es, «que atendida la finalidad perseguida por el comprador y las características del bien, convierta en abusiva e injustificada la resolución del contrato»⁷³; así como otras, que no consideran «que sea precisa la inhabilidad total o parcial del objeto», sino «la pérdida de condiciones óptimas de uso»⁷⁴.

Me parece indicativo un caso en el que el vehículo de segunda mano comprado presentaba defectos pequeños, pero muy molestos, que se manifestaron sucesivamente: en el mismo mes de la compra hubo que reparar el airbag; al mes siguiente, el embellecedor luminoso talonera; a los dos meses, se procedió a un cambio de motor por quedar averiado por falta de aceite, por lo que tuvo que ser remolcado a un taller; y, posteriormente, tuvo problemas con el sonido y los elevadores eléctricos. Pasados, aproximadamente, siete meses, el automóvil tuvo un problema de pérdida de agua, que el perito calificó de «no grave», a pesar de lo cual la compradora reclamó la resolución del contrato, a lo que se negó la vendedora, que se ofreció a repararla. La sentencia estimó la demanda de resolución, constatando que, aunque legalmente no se define en qué consiste la «escasa importancia», «en lo que parece que sí hay coincidencia en la doctrina es en que el artículo 121 del TRLGDCU se separa de la consolidada doctrina jurisprudencial que en sede el artículo 1124 del Código civil exige que el incumplimiento sea grave para que el acreedor pueda resolver el contrato»⁷⁵.

Pero no es necesario llegar a estos extremos, habiéndose admitido la demanda de resolución de un contrato de automóvil por las siguientes averías no reparadas: tener un mecanismo de embrague defectuoso, que produce un ruido anómalo y una cierta vibración al soltar el pedal⁷⁶; irse el vehículo en marcha hacia la derecha, defecto que, cada vez que se reparaba, volvía a aparecer⁷⁷; o sufrir reducciones de potencia, con un efecto semejante al que resultaría de levantar el acelerador, sin que pudiera determinarse una causa clara por la que se acumulaban carbonillas en el turbo⁷⁸.

Por el contrario, no se ha accedido a la resolución de la compraventa de una motocicleta, que tenía una avería del sistema eléctrico, que impedía arrancar el motor. Se observa que, si bien la motocicleta fue llevada en varias ocasiones al servicio de reparación de la demandada sin que llegara a descubrir inicialmente la causa de la avería, no obstante, tras ser devuelta al taller con el fin de

resolver el contrato, fue completamente desmontado el sistema eléctrico y pudo averiguararse que el motivo de la deficiencia era la instalación de un fusible de 7 amperios en la cadena de montaje de potencia inferior al recomendado por la fabricante, que era de 10 amperios. Se concluye que «la reparación definitiva fue realizada en un plazo razonable desde la primera vez en que fue llevada al taller» y, además, que «la falta de conformidad del objeto se debía a un factor de mínima transcendencia (un mero fusible)»⁷⁹.

b) La falta de entrega de la cosa comprada

El deber de conformidad no comprende el supuesto de falta de entrega de la cosa comprada⁸⁰, al cual, por lo tanto, habrá que aplicar el artículo 1124 del Código civil y la jurisprudencia recaída sobre la materia, según la cual el mero retraso no autoriza a pedir la resolución, a no ser que se constate la existencia de una voluntad del deudor deliberadamente rebelde al cumplimiento o que el plazo de entrega sea esencial, bien por la naturaleza misma de la obligación, bien por haberlo pactado las partes, dándole un carácter resolutorio explícito⁸¹, o, aun no siendo esencial, cuando el cumplimiento tardío frustre los legítimos intereses del acreedor⁸², por lo que, «no puede exigírselle conforme a la buena fe que continúe vinculado por el contrato»⁸³.

c) Falta de conformidad y *aliud pro alio*

Cabe plantearse la siguiente cuestión: ¿podrá en las ventas destinadas al consumo privado seguir aplicándose la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* para demandar directamente la resolución del contrato por faltas de conformidad graves, que hagan que el bien entregado sea absolutamente inútil para el uso para el que fue comprado? Tal doctrina podría ser invocada por el comprador, bien para eludir la prelación jerárquica de remedios establecida en el TRLGDU, evitando así, la necesidad del comprador de acudir directamente al cumplimiento forzoso⁸⁴, bien para poder accionar, más allá del plazo de prescripción de tres años, si este ya hubiera transcurrido, beneficiándose, de este modo, del plazo de cinco años del artículo 1964 del Código civil.

La doctrina mayoritaria se muestra contraria⁸⁵, argumentando que el propósito del legislador es subsumir todos los posibles defectos de los bienes en la noción de falta de conformidad; y creo que tiene razón. Sin embargo, ni en la Ley 23/2003, ni en el TRLGDCU de 2007, encontramos un precepto similar al actual § 438.3 *BGB*, que equipare los casos de entrega de cosa distinta a los de entrega de cosa con defectos. Por ello, me pregunto hasta qué punto podrá evitarse la aplicación de las ventas para el consumo de la doctrina jurisprudencial

del *aliud pro alio*, al menos, en los casos en que los defectos hagan la cosa totalmente inútil para el uso al que se la destina.

No me parece, pues, que pueda descartarse que, concurriendo un defecto grave en la cosa entregada, y habiéndose manifestado este con posterioridad a los dos años siguientes a su entrega o habiendo transcurrido el plazo de prescripción de tres años del artículo 123.4 TRLGDCU, los Tribunales permitieran al comprador ejercitar las acciones de incumplimiento, en particular, la resolutoria, conforme al régimen general, en el plazo de cinco años del artículo 1964 CC⁸⁶, con el argumento de que la solución contraria supondría tratar al consumidor peor que al resto de los compradores, cuando, en realidad el Propósito de la Directiva era aumentar su nivel de protección. Hay, además, que tener en cuenta que el artículo 117.II LGDCU, deja a salvo, en todo caso, el derecho del comprador a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad, «de acuerdo con la legislación civil y mercantil».

Han recaído, en efecto, sentencias de instancia que, con dicho argumento, han entendido que la existencia de un defecto que hace el bien inútil para el uso adquirido implican un incumplimiento esencial que trasciende del ámbito de aplicación del TRLGCU y entra en el del artículo 1124 del Código civil (*aliud pro alio*).

Se ha accedido, así, a la resolución, instada una vez transcurrido el plazo de prescripción de tres años, de un contrato de compraventa de un automóvil con varios defectos que habían sido reparados, pero respecto del cual subsistía la posibilidad de que las averías principales (la parada brusca en marcha) se reprodujeran, «frustrando con ello la principal cualidad que debe reunir un automóvil para servir al uso al que se destina, que es la de proporcionar seguridad en la conducción», constatándose, además, que, «desde los momentos iniciales hubo necesidad de un peregrinaje por el taller de reparación no alcanzándose en determinados defectos solución definitiva, evidencia que la finalidad que perseguían los compradores de un vehículo nuevo que cumpliera las exigencias que corresponden a un turismo de su categoría no se han cumplido, lo que ha supuesto que se frustre el fin del contrato para dicha parte, y hace aplicable al artículo 1124 del Código civil, que permite al perjudicado la resolución del contrato con el resarcimiento de daños»⁸⁷.

Otra sentencia ha acudido a la doctrina del *aliud pro alio*, en este caso, para condenar a la vendedora de una casa prefabricada a reparar el techo de la misma para evitar filtraciones de agua, a pesar de que había ya transcurrido el plazo de prescripción trienal. Dice, así, que «no puede considerarse que la normativa protectora de consumidores y usuarios llevara al resultado, paradójico y contradictorio con su finalidad institucional, de ofrecer menores posibilidades de reacción que la normativa común». Afirma que «está probado que se hicieron reparaciones en el tejado harto deficientes, que han llevado al bien litigioso, si no se repara en forma, a un claro estado inservible, de ineptitud para el fin que

se vendió: su uso ordinario como vivienda. Circunstancia que es la que conecta la responsabilidad de la parte con el incumplimiento de su prestación, que va más allá de un mero vicio oculto, y tiene una significación de entrega de cosa inservible o inútil, vertiente de la prestación de cosa diversa o *aliud pro alio* por inhabilidad del objeto»⁸⁸.

Por el contrario, otras sentencias de instancia han desestimado la demanda de resolución del contrato de compraventa de automóviles con motor Diésel EA 189, que incorporaban un dispositivo de desactivación de emisiones de gases prohibido por la normativa comunitaria, presentada, una vez transcurrida el plazo de prescripción de tres años, con fundamento en el artículo 1124 del Código civil.

Una de ellas observa que las acciones reguladas en artículo 118 TRLGDCU constituyen «un régimen específico» en las ventas de consumo, por lo que «son incompatibles con las acciones generales de incumplimiento del artículo 1124 del Código civil —incluso en los supuestos de *aliud por alio*». Ahora bien, no se limita a constatar la prescripción de las acciones que considera aplicables, sino que, además, precisa que el defecto que se alega no es grave, ni da lugar a un incumplimiento esencial a efectos del artículo 1124 del Código civil (lo cual es innecesario, porque ya se ha dicho que el régimen general no es aplicable en las ventas de consumo), «por no quedar afectadas las características, prestaciones y potencia del vehículo que era posible esperar por razón del contrato, publicidad o documentación técnica entregada», además de que el fabricante se había ofrecido a desinstalar el dispositivo en unos cuarenta minutos⁸⁹.

VI. EL RESULTADO DE LA TRASPOSICIÓN: ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?

Como consecuencia de la forma de trasposición realizada por el legislador español, se ha producido una dualidad legislativa muy criticada por la doctrina⁹⁰, que ha dado lugar a una neta división entre dos tipos de compraventas: las sujetas al TRLGDCU y las reguladas por el Código civil o el Código de comercio: respecto de las primeras, se aplica el régimen de conformidad, exclusivamente (así, como, en su caso, las prescripciones del Código relativas a la indemnización de daños y perjuicios del Código civil); respecto de las segundas, sigue, en cambio, vigente, el régimen del saneamiento por vicios ocultos (complementado con la artificiosa doctrina del *aliud pro alio*).

Existe, pues, una sensación de que se ha desaprovechado una oportunidad histórica para reformar íntegramente la regulación de la compraventa, desde el prisma del deber de conformidad, tal y como ha acontecido en Alemania, donde, con ocasión de la trasposición de la Directiva, se ha reformado el derecho general de obligaciones y, por lo que, a nosotros nos interesa, se ha suprimido del *BGB* la vieja disciplina del saneamiento por vicios ocultos⁹¹.

Ello explica la existencia en España de diversas tentativas académicas (fuertemente influidas por la Convención de Viena), así como de una reciente regulación legal autonómica (la contenida en el Libro VI del Código civil de Cataluña), orientadas a dicha finalidad, a las que me referiré brevemente, destacando, exclusivamente, algunas cuestiones especialmente relevantes respecto de la materia que aquí nos interesa⁹².

1. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE 2009

La primera de dichas iniciativas es la Propuesta de la Comisión General de Codificación de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009⁹³, que introduce el deber de conformidad, tanto en la regulación general de las obligaciones, como en la específica de la compraventa, atribuyéndose en ambas regulaciones al acreedor/comprador los remedios jurídicos típicos frente a una situación de incumplimiento, entre los que se incluye, además, la reducción del precio.

Ahora bien, hay una significativa diferencia entre ambas regulaciones: en la general, en caso de falta de conformidad de la prestación, el acreedor puede elegir entre el cumplimiento forzoso, la reducción del precio o la resolución del contrato; en cambio, en sede de compraventa, se prevé la misma jerarquización de los remedios que la establecida en la Directiva 99/44.

a) En la regulación general de la obligación se sigue, en efecto, la solución prevista en el artículo 49.1.a CISG, que la Exposición de Motivos explica así: «la pretensión de cumplimiento de la obligación corresponde siempre al acreedor salvo que la prestación se haya hecho imposible o se haya convertido en especialmente onerosa y que el perjudicado por el incumplimiento tiene siempre derecho a resolver el contrato y desligarse de él, por lo menos en aquellos casos en que el incumplimiento es esencial».

La consecuencia es clara: el acreedor que reciba una prestación que no sea conforme al contrato no tiene por qué pedir, en primer lugar, la reparación de los defectos o la sustitución de la prestación ejecutada, sino que, aunque ello sea posible y no resulte desproporcionado, si lo prefiere, podrá directamente proceder a la reducción del precio⁹⁴ (art. 1197) o a la resolución del contrato (mediante una mera notificación de carácter receptivo al deudor), siempre, en este último caso, que nos encontramos ante un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial» (art. 1199).

Esta solución se halla en línea con el artículo 1124 del Código civil, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia, conforme al cual el acreedor podrá optar entre el cumplimiento forzoso o la resolución, siempre que el incumplimiento sea esencial⁹⁵, lo que en el contrato de compraventa tendrá lugar,

cuando se entregue «una cosa inhábil para el uso objetivamente contemplado al celebrar el contrato, cuya obtención constituye la causa por la que el comprador satisface o se compromete a satisfacer un precio»⁹⁶.

Además, en el concreto caso «de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquel le hubiera fijado para ello, no cumpliera o subsanare la falta de conformidad» (1200.I)⁹⁷. Se introduce, así, una causa de resolución de clara inspiración germana⁹⁸, conforme a la cual el acreedor concede al deudor una segunda oportunidad, otorgándole un plazo adicional para reparar o sustituir la prestación, cumplido el cual podrá pedir la resolución, incluso, aunque la falta de conformidad no fuese esencial⁹⁹.

b) Por el contrario, en el contrato de compraventa se establece la jerarquía de remedios de la Directiva¹⁰⁰, configurándose, pues, la reducción y la resolución como remedios jurídicos subsidiarios del cumplimiento forzoso, a los que solo puede acudirse cuando este sea imposible, no se haya llevado a cabo en tiempo razonable y sin mayores inconvenientes para el comprador y cuando el vendedor rehúse ejecutarlo o se previere fundadamente que no lo ejecutará correctamente (1485). Se mantiene la regla de que la resolución no procede si la falta de conformidad es de escasa importancia (art. 1486).

Como es lógico, este nuevo tratamiento en clave de conformidad, concepto que engloba todos los potenciales defectos de los bienes vendidos, sometiéndolos al régimen general del incumplimiento, conlleva la supresión de la vieja disciplina del saneamiento por vicios ocultos, que deja de ser necesaria. Quedan, así, en sustancia, equiparada la regulación de los remedios jurídicos del comprador de cosa defectuosa contenida en el Código civil con la establecida en el TRLGDCU.

2. LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL, ELABORADA POR LA ASOCIACIÓN DE DERECHO CIVIL DE 2016

La Propuesta de la Comisión General de Codificación no ha prosperado, pero ha inspirado la regulación de las obligaciones y contratos (en particular, en la materia que aquí nos interesa) contenida en el Libro V de la Propuesta de Código civil de 2015, elaborada por la Asociación de Derecho civil (su última versión es de 2016).

Al igual que en la Propuesta de 2009, en la de 2015 se establece la obligación del vendedor de entregar una cosa conforme al contrato (art. 532.1.c), también, desde un punto de vista jurídico (art. 518.12) y, en caso de defectuoso cumplimiento de la misma, se asignan al comprador los remedios jurídicos del incumplimiento, entre los que se incluye ahora la facultad de suspender el pago del precio (art. 532.5).

Pero, junto a la regulación de la compraventa general, de la que desaparece la vieja disciplina del saneamiento y en la que se suprime la jerarquización de remedios establecida en la Propuesta de 2009, se regula la venta especial de bienes de consumo, en la que, en cambio, sí se mantiene la jerarquización entre remedios primarios (reparación o sustitución) y secundarios (reducción del precio y resolución), según resulta de los artículos 541-8 y 541-10.

Además, en la venta de bienes de consumo hay dos previsiones que claramente favorecen al comprador y que no encontramos en la regulación general de la compraventa. Por un lado, la presunción de que las faltas de conformidad manifestadas «en los seis meses posteriores a la entrega del bien, sea este nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del bien o la índole de la falta de conformidad» (art. 541.12.2). Por otro lado, la que establece la persistencia de los remedios jurídicos frente a la falta de conformidad, no notificada al vendedor en el plazo de dos meses desde que el consumidor hubiera tenido conocimiento de ella (art. 541.12.6).

3. EL LIBRO VI DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Además de las propuestas académicas a las que acabo de hacer referencia, hay una reciente regulación legal autonómica que unifica el tratamiento de los remedios jurídicos en todo tipo de compraventas (con algunas peculiaridades en las de consumo) desde la perspectiva del deber de conformidad, sin contemplar, por consiguiente, la vieja obligación del saneamiento por vicios ocultos para ninguna de ellas.

No obstante, dicha regulación, contenida en el Libro VI del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y contratos, aprobado por Ley 3/2017, de 15 de febrero, es de constitucionalidad dudosa, pues parece afectar a las bases de las obligaciones contractuales, que, según el artículo 149.1, regla 8.^a, CE, son de competencia exclusiva del Estado¹⁰¹. Por ello, se encuentra recurrida ante el Tribunal Constitucional, si bien se ha levantado la suspensión que pesaba sobre la mayoría de los preceptos relativos a la compraventa (entre los que se encuentra los que disciplina que aquí nos ocupa)¹⁰².

El artículo 621-9.b consagra, en efecto, el deber de conformidad¹⁰³, que concreta el artículo 621-20, y que se extiende a la instalación (art. 621-21), a los accesorios y documentos relacionados (art. 621-22), así como a las pretensiones y derechos de terceros (art. 621-30), con lo que desaparece el saneamiento por evicción y gravámenes ocultos. En caso de falta de conformidad del bien, el artículo 621-37 atribuye al comprador los típicos remedios del incumplimiento, entre los que incluye la facultad de exigir el cumplimiento forzoso (reparación o sustitución), la reducción del precio, la resolución del

contrato y la indemnización de daños y perjuicios, además de la suspensión del pago del precio.

En el Preámbulo de la Ley 3/2017, de 15 de febrero se habla de la regulación sobre la conformidad como «una de las grandes innovaciones», remarcando que se «incluye una regulación unitaria de los remedios del comprador y del vendedor», y que el «principio de unidad de remedios es un criterio aceptado y era preciso superar la tradición del doble régimen jurídico, del incumplimiento en general y de los vicios materiales y jurídicos del bien».

La regulación catalana obliga al comprador a «notificar y describir al vendedor sin dilación indebida cualquier falta de conformidad del bien», fijando un plazo mínimo de dos meses para llevarla a cabo, con la peculiaridad de que la omisión de esa denuncia previa conlleva la pérdida del derecho a invocar la falta de conformidad, a no ser que el vendedor la garantizara expresamente o se refiera a hechos que él mismo no «conocía o no podía ignorar» (art. 621-28).

Es evidente que esta previsión, aunque admisible a tenor del artículo 5.2 de la Directiva 44/99, rebaja la protección del consumidor en relación con la que resulta del artículo 123.5 TRLCU, con arreglo al cual la omisión de la notificación no priva del derecho a invocar la falta de conformidad; y, desde luego, es incompatible con la PDirCOM, que, como veremos más adelante, impide que las legislaciones nacionales establezcan la exigencia de una denuncia previa para poder ejercitar los remedios jurídicos.

La razón de esta previsión, probablemente, se encuentra en la facultad que el artículo 621-39.2 concede al vendedor para corregir la falta de conformidad, incluso vencido el plazo de cumplimiento y tras haber recibido la notificación. Dice el precepto que «el vendedor puede corregirla en un plazo razonable si se ofrece inmediatamente a hacerlo».

En el Preámbulo de Ley 3/2017 se justifica esta solución «en interés del contrato y del tráfico jurídico», subrayando que, como contrapeso se contemplan «fuertes facultades del comprador de rechazar la corrección». En efecto, según el mismo precepto, el comprador puede rechazar el ofrecimiento de corrección en los siguientes casos: a) si la misma no puede hacerse «sin retraso o inconvenientes»; b) si tiene «motivos razonables para creer que el vendedor no cumplirá o no lo hará adecuadamente»; y c) si el retraso «conlleva un incumplimiento esencial».

Sin embargo, la previsión del artículo 621-39.2, que deja en manos del vendedor decidir la concreta forma de llevar a cabo la puesta en conformidad del bien (aunque con cautelas y excepciones) parece ser contraria al artículo 3.3 de la Directiva, que atribuye al consumidor la posibilidad de exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, «salvo que ello resulte imposible o desproporcionado»: por lo tanto, es a él, y no al vendedor, al que le corresponde elegir la modalidad de cumplimiento forzoso que le convenga.

Por otro lado, a mi entender, no queda claro si esa facultad de corrección del vendedor se interpone entre la denuncia de la falta de conformidad y la posibilidad del comprador de pedir la resolución por incumplimiento esencial (art. 621-41.1) o la reducción del precio (art. 641-42), aunque parece que no.

Por último, señalar que se establece un plazo de responsabilidad por la falta de conformidad de dos años, desde el momento de la entrega del bien, el cual no es aplicable a la de carácter jurídico (art. 621-30); y un plazo de prescripción de las acciones de tres años, a contar desde que comprador «conoce o puede conocer la falta de conformidad» (art. 621-44). Además, «En la compraventa de consumo, se presume que la falta de conformidad puesta de manifiesto en los seis meses posteriores a la entrega del bien o la completa instalación ya existía en ese momento, salvo que ello sea incompatible con la naturaleza del bien o el tipo de falta de conformidad» (art. 621-23).

VII. PROPUESTA DE DIRECTIVA, DE 31 DE OCTUBRE DE 2017, RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE BIENES

Examinaremos ahora la PDirCOM, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa, que, como la PDirCL, es de máximos, por lo que lleva a cabo una armonización plena de los remedios jurídicos frente a la falta de conformidad, por lo que las legislaciones de los Estados miembro no pueden establecer niveles de protección diferentes en favor del consumidor, ni para perjudicarlo, ni para beneficiarlo (art. 3), teniendo también carácter imperativo, por lo que el régimen legal que establece no puede ser modificado convencionalmente en perjuicio del consumidor (art. 18), aunque sí para beneficiarlo, por ejemplo, a través del ofrecimiento de una garantía comercial (art. 15).

A diferencia de lo que acontece con la PDirCL, que solo se aplica a las ventas en línea, lo que explica su fracaso, la PDirCOM se aplica también a los bienes presenciales, derogando la Directiva 99/44 y estableciendo una regulación unitaria de los remedios jurídicos en las ventas de consumo, sean presenciales o a distancia.

La importancia de la PDirCOM es clara, pues, si prospera, obligará a reformar el TRLDCU. Examinaremos las novedades fundamentales que presenta.

1. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL VENDEDOR Y EL CONOCIMIENTO DE LA FALTA DE CONFORMIDAD POR PARTE DEL COMPRADOR

La responsabilidad del vendedor se sigue articulando, como no podía ser de otro modo, sobre la noción objetiva de conformidad, que ahora no solo es material, sino también jurídica¹⁰⁴.

Sin embargo, no existe en la PDirCOM un precepto semejante al artículo 2.3 de la Directiva 99/44, según el cual dicha responsabilidad queda excluida cuando el consumidor conoció el defecto del bien al tiempo de comprarlo o no pudo «fundadamente ignorarlo»¹⁰⁵. Parece, entonces, que la exclusión de la responsabilidad del vendedor pasaría, por un acuerdo de las partes a tal efecto, que, según el artículo 4.III solo sería válido si, «en el momento de la celebración del contrato, el consumidor conocía las condiciones específicas de los bienes y los aceptó como conformes con el contrato en el momento de su celebración»¹⁰⁶.

Ahora bien, no dice el precepto que el acuerdo y la aceptación del comprador deban ser expresos, pudiendo —creo yo— ser tácitos. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que el vendedor informara al comprador a través de un correo electrónico del defecto del bien y que, aun así, persistiera en su adquisición: sería contrario a la buena fe que posteriormente se le permitiera reclamar por falta de conformidad. No obstante, el carácter tácito del consentimiento habrá que deducirlo, exclusivamente, de un comportamiento negocial del consumidor que presuponga el conocimiento efectivo del defecto, sin que baste una probabilidad fundada de conocerlo.

2. LA PERSISTENCIA DE LA JERARQUIZACIÓN DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS

Persiste la jerarquización de los remedios jurídicos, subsistiendo, pues, la división entre remedios jurídicos primarios (reparación o sustitución) y secundarios (reducción del precio¹⁰⁷ y resolución del contrato)¹⁰⁸.

En el Considerando 26 de la PDirCOM se explica que «Para aumentar la seguridad jurídica en relación con las formas disponibles de saneamiento de la falta de conformidad con el contrato y para eliminar uno de los principales obstáculos que inhiben el mercado único, debe establecerse un orden plenamente armonizado en el que pueden ejercerse las formas de saneamiento. En particular, el consumidor debe poder elegir entre la reparación o la sustitución como primer saneamiento, lo que contribuiría a mantener la relación contractual y la confianza mutua»; y se añade: «Además, permitir que los consumidores requieran la reparación fomentaría el consumo sostenible y podría contribuir a una mayor durabilidad de los productos».

3. LA OPCIÓN DEL COMPRADOR ENTRE LA SUSTITUCIÓN Y LA REPARACIÓN: LA CONFIRMACIÓN DE LA LECTURA DE LA DESPROPORCIÓN EN CLAVE RELATIVA

Al igual que hace el artículo 3.3 de la Directiva 99/44, el artículo 11 de la PDirCOM concede al comprador la posibilidad de optar entre la reparación

o la sustitución, salvo que la modalidad elegida sea imposible, ilegal (esto es nuevo¹⁰⁹) o desproporcionada.

Pero el precepto sigue con toda claridad la jurisprudencia (ya expuesta) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹⁰, según la cual la desproporción que impide el ejercicio de la facultad de elección, no es la «absoluta», sino la «relativa». Dice, así, que el consumidor podrá elegir entre la reparación o sustitución «salvo cuando la opción elegida», «en comparación con la otra opción», imponga costes desproporcionados para el vendedor.

Por lo tanto, tal y como ha dicho el Tribunal de Luxemburgo, en el caso en que solo sea posible una forma de puesta en conformidad, el vendedor no podrá negarse a llevarla a cabo, argumento que impone costes desproporcionados con respecto al valor que tendría el bien, si no fuera defectuoso. Pero, no obstante, siguiendo su misma doctrina, podrá moderarse el importe de los gastos que debe asumir el vendedor para retirar el bien defectuoso e instalar el nuevo o reintegrarlo, una vez reparado.

4. LA EXCLUSIÓN DEL REQUISITO DE QUE LA FALTA DE CONFORMIDAD NO SEA DE ESCASA ENTIDAD PARA PODER RESOLVER EL CONTRATO

Aunque se mantenga la jerarquización de los remedios jurídicos, hay una diferencia muy importante en relación a la Directiva 99/44, y es que, si bien se mantiene la resolución del contrato entre los remedios jurídicos subsidiarios, desaparece la exigencia, prevista en el artículo 3.6 de la misma, de que la falta de conformidad no sea «de escasa importancia».

Por lo tanto, el comprador puede pedir la resolución del contrato, cualquiera que sea la entidad del defecto del bien, cuando la sustitución o la reparación, sean imposibles o ilegales¹¹¹, no se hayan llevado a cabo en un tiempo razonable¹¹², causaran mayores inconvenientes al consumidor o (y esto es nuevo) cuando «el vendedor ha declarado, o así se desprende de las circunstancias, que el vendedor no pondrá los bienes en conformidad con el contrato en un plazo razonable» (9.III PDirCOM). Esta última causa recuerda a la figura jurisprudencial de la voluntad del deudor deliberadamente rebelde al cumplimiento, si bien en relación a una pretensión de rectificación o sustitución de una prestación defectuosamente ejecutada¹¹³.

Tan importante modificación se justifica del siguiente modo: «Considerando que el derecho a resolver el contrato debido a la falta de conformidad es una forma de saneamiento importante aplicable cuando la reparación o la sustitución no sean factibles o hayan fracasado, el consumidor también debe poder acogerse al derecho a resolver el contrato en los casos en que la falta de conformidad sea de escasa importancia. Esto debe suponer un fuerte incentivo para subsanar todos los casos de falta de conformidad en una fase temprana» (Considerando 29)¹¹⁴.

A los supuestos enumerados en el artículo 9.III de la PDirCOM hay que añadir, obviamente, aquel en que la reparación, aun hecha en tiempo razonable, no hubiera sido satisfactoria, en cuyo caso el comprador no tendrá que instar necesariamente otra nueva, sino que podrá resolver el contrato, cualquiera que fuese la entidad de la avería.

Sin embargo (a diferencia de lo que acontece en el Derecho español respecto a las ventas en las que no interviene un consumidor), lo que sigue sin ser posible es que el comprador pueda instar directamente la resolución del contrato por un defecto grave, que constituya un incumplimiento esencial¹¹⁵.

5. LA POSIBILIDAD DE ACUDIR A LOS REMEDIOS SUBSIDIARIOS, CUANDO SOLO UNA DE LAS MODALIDADES DE CUMPLIMIENTO FORZOSO SEA IMPOSIBLE

Se observa una diferencia entre el tenor literal del artículo 9.III.a de la PDirCOM y el del artículo 5 de la Directiva 99/44, que, como he dicho, permite acudir a la reducción del precio o a la resolución del contrato «si no puede exigir *ni* la reparación *ni* la sustitución».

En cambio, el artículo 9.III.a de la PDirCOM admite el recurso a estos remedios subsidiarios si «la reparación *o* la sustitución son imposibles», como ya hace al artículo 121 TRLGDCU. No parece que el cambio sea casual, de modo que hay que entender que se pretende favorecer al comprador que, de buena fe, elige una modalidad de cumplimiento forzoso, pensando que es posible y resulta que no lo es. Por ejemplo, pide la reparación y resulta que esta no puede llevarse a cabo. En este caso, aunque la constatación de la imposibilidad la haya obtenido en un tiempo razonable, parece que no estará obligada a pedir la sustitución del bien, pudiendo resolver el contrato.

6. LA FACULTAD DE SUSPENDER EL PAGO DEL PRECIO MIENTRAS SE LLEVA A CABO LA PUESTA EN CONFORMIDAD DEL BIEN

Otra de las novedades introducidas por la PDirCOM es la previsión contenida en el 9.IV¹¹⁶, según el cual el consumidor «tendrá derecho a retener el pago de cualquier parte pendiente del precio hasta que el vendedor haya puesto los bienes en conformidad con el contrato».

La Directiva 99/44 no contenía previsión semejante, aunque la misma puede ser puesta en relación con la denominada excepción de cumplimiento defectuoso (*exceptio non rite adimpteti contractus*) admitida por constante jurisprudencia española en el ámbito de las obligaciones recíprocas como un medio de defensa que permite suspender el cumplimiento de la propia prestación, mientras la otra parte no subsane el defecto de que adolece la prestación por ella ejecutada¹¹⁷. Es

de destacar, no obstante, que el artículo 9.V, la permite, con toda claridad, ante cualquier falta de conformidad respecto de la cual se haya pedido un pertinente cumplimiento forzoso.

7. LA AMPLIACIÓN A DOS AÑOS DEL PLAZO DE PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

La PDirCOM mantiene la responsabilidad del vendedor por los defectos de conformidad que se manifiesten durante los dos años siguientes a la entrega (art. 14)¹¹⁸, si bien dicho plazo no es ya de mínimos (como acontece con el previsto en el artículo 3.1 de la Directiva 99/44), sino que deberá ser idéntico en las legislaciones de todos los Estados miembro.

Lo que se explica así: «Para aumentar la seguridad jurídica de los vendedores y la confianza en general de los consumidores en las compras transfronterizas, es necesario armonizar el plazo durante el cual el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad que exista en el momento en que el consumidor adquiere la posesión material de los bienes. Considerando que la gran mayoría de los Estados miembro han previsto un plazo de dos años al implementar la Directiva 1999/44 y en la práctica los participantes del mercado lo consideran un plazo razonable, este plazo debe mantenerse» (Considerando 32).

Una novedad significativa es la ampliación, de seis meses a dos años, del plazo durante el cual se presume que los defectos del bien existían en el momento de la adquisición de su posesión material (8.III PDirCOM), lo cual es un claro beneficio para el consumidor. Se argumenta que «Para garantizar una mayor sensibilización de los consumidores y una aplicación más sencilla de la normativa de la Unión sobre los derechos en materia de consumo en relación con bienes no conformes, la Directiva debe armonizar el plazo de tiempo durante el cual la carga de la prueba se invierte a favor del consumidor con el plazo de tiempo durante el cual el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad» (Considerando 33)¹¹⁹.

En cambio, respecto del plazo de prescripción de las acciones derivadas de la falta de conformidad, no se establece una armonización plena, sino un plazo mínimo de dos años, que podrá ser ampliado por las legislaciones nacionales (art. 14 PDirCOM), del mismo modo en que hace el artículo 5.1 de la Directiva 99/44.

8. LA DESAPARICIÓN DE LA POSIBILIDAD DE QUE LAS LEGISLACIONES ESTABLEZCAN LA EXIGENCIA DE UNA NOTIFICACIÓN PREVIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

El artículo 5.2 de la Directiva 44/99 prevé la posibilidad de que los Estados miembro puedan disponer que para que el consumidor pueda hacer valorar sus

derechos deba «informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se percató de dicha falta de conformidad».

Esta previsión ha desaparecido de la PDirCOM¹²⁰. El Considerando 25 lo argumenta así: «La posibilidad opcional para los Estados miembro de mantener las obligaciones de notificación para los consumidores puede suponer que estos pierdan la oportunidad de una subsanación suficientemente fundamentada debido al retraso o la falta de notificación, especialmente en transacciones transfronterizas en las que es aplicable la legislación de otro Estado miembro y el consumidor desconoce dicha obligación de notificación en virtud de esa legislación. Por tanto, no debe imponerse a los consumidores la obligación de notificación. En consecuencia, los Estados miembro deben abstenerse de introducir o mantener un requisito por el que el consumidor deba notificar al vendedor la falta de conformidad dentro de un plazo determinado».

Por lo tanto, de aprobarse la Directiva, parece que habría que derogar el artículo 123.5 TRLGDCU, que establece la obligación del consumidor de informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses, «desde que tuvo conocimiento de ella», aunque el incumplimiento de esta obligación de notificar en el plazo señalado no tenga como efecto la pérdida del derecho a reclamar, sino, exclusivamente, la de responder de daños «efectivamente ocasionados» por el retraso en la comunicación.

9. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA GRATUIDAD DE LA PUESTA EN CONFORMIDAD EN EL CASO DE SUSTITUCIÓN

El artículo 10 de la PDirCOM confirma algunos aspectos relativos a la gratuitad de la puesta en conformidad, en el caso de sustitución, que, como hemos visto, ya habían sido precisados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

a) Se prevé, así, que «el vendedor deberá recuperar los bienes sustituidos a sus expensas, salvo que las partes hayan acordado otra cosa una vez que la falta de conformidad con el contrato haya sido puesta en conocimiento del vendedor por el consumidor»; y, así mismo, que, cuando «el consumidor haya instalado los bienes de forma consistente con su naturaleza y finalidad, antes de que la falta de conformidad con el contrato se ponga de manifiesto, la obligación de recuperar los bienes sustituidos incluirá la retirada de los bienes no conformes y la instalación de los bienes sustituidos, o la asunción del coste correspondiente».

No se dice expresamente que el vendedor se haga cargo de la obligación de reponer los bienes de reemplazo, cuando sea él mismo quien haya instalado los sustituidos, pero se sobreentiende¹²¹.

b) Se prevé también que el consumidor «no será responsable de ningún pago por el uso hecho del objeto sustituido durante el periodo previo a la

sustitución»¹²². Por lo tanto, no es posible que el vendedor exija al comprador una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien¹²³.

10. LA ADMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN MEDIANTE NOTIFICACIÓN EXTRAJUDICIAL

Es destacable que el artículo 13.I de la PDirCOM establece que el consumidor puede resolver el contrato «mediante notificación al vendedor por cualquier medio», por lo tanto, también extrajudicialmente, lo que excluye que la legislación de los Estados miembro pueda exigir la resolución judicial¹²⁴.

Esta novedad no va a tener una gran repercusión práctica en el Derecho español, pues, si bien es cierto que el artículo 1124 del Código civil contempla, exclusivamente, la resolución judicial (según se desprende de su párrafo tercero), lo cierto es que es doctrina jurisprudencial consolidada que es posible la resolución extrajudicial¹²⁵, mediante una declaración de carácter receptivo, aunque, si resulta discutida por el vendedor o si se niega a la restitución del precio, será necesario acudir a los Tribunales, teniendo la sentencia que se dicte un carácter meramente declarativo¹²⁶.

11. REGULACIÓN DE CIERTOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La PDirCOM es también novedosa, porque regula ciertos efectos de la resolución del contrato, materia esta que la Directiva 99/44 encomienda a las legislaciones nacionales.

El artículo 13.III de la PDirCOM establece, así, que la restitución de las prestaciones debe hacerse, «sin demora indebida» y, siempre, antes del transcurso de 14 días, desde el envío de la notificación de la resolución, en el caso del comprador, y desde su recepción, en el caso del vendedor, que deberá correr, tanto con el coste del reembolso, como con el generado por la devolución del bien.

El mismo precepto recoge dos previsiones para los supuestos de pérdida o deterioro del producto:

a) En el supuesto de destrucción o pérdida del bien, el comprador pagará al vendedor el valor monetario que tendrían en la fecha en que debería haberse devuelto, «salvo que la destrucción o pérdida hayan sido causadas por la falta de conformidad de los bienes con el contrato», en cuyo caso, claro está, nada habrá de pagar.

b) En el supuesto de disminución de valor del bien, el consumidor solo pagará lo que exceda de la depreciación por un uso regular del mismo, con el

tope máximo del precio pagado por el producto. Por lo tanto, la depreciación del producto derivada de su normal uso es de cargo del vendedor.

El artículo 13.III de la PDirCOM contempla la posibilidad de resolución parcial, cuando la falta de conformidad se refiera solo a algunos de los bienes entregados, en cuyo caso, el comprador «podrá resolver el contrato solo respecto de dichos bienes y cualesquiera otros bienes que el consumidor hubiera adquirido como un accesorio de los bienes no conformes».

VII. PROPUESTA RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES

Concluiremos este trabajo con el examen de los aspectos más significativos de la Propuesta relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, que es fruto del desdoblamiento de una regulación que en el CESL tenía carácter unitario.

Por ello, la PDirSCD sigue el mismo esquema que la PDirCOM, al regular los contratos de suministro de contenidos digitales a los consumidores¹²⁷, en los que estos pagan un precio o facilitan «activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos» (art. 3.I y III)¹²⁸, aplicándose también (al igual de lo que acontece con la PDirCOM) también a los celebrados presencialmente, incluidos a los soportes duraderos utilizados «exclusivamente como transmisor de contenidos digitales».

Por lo tanto, el eje de la regulación, también de máximos (en relación con las legislaciones nacionales) y de carácter imperativo (respecto de las partes contratantes), gira en torno a la imposición al proveedor de un deber de conformidad (art. 6) que, al igual de lo que ocurre en la PDirCOM, alcanza también a los defectos de carácter jurídico (art. 8)¹²⁹ y a la integración de los contenidos digitales (art. 7)¹³⁰. Así mismo, establece una jerarquización de remedios jurídicos, distinguiendo entre primarios y secundarios (reducción del precio y resolución del contrato), por lo que nos limitaremos aquí a destacar solo los principales aspectos en los que la PDirSCD se aparta de la PDirCOM.

1. LA IMPOSIBILIDAD DE QUE EL CONSUMIDOR OPTE POR LA MODALIDAD DE PUESTA EN CONFORMIDAD

El consumidor no puede aquí elegir la concreta forma de cumplimiento forzoso que desea, sino que es el proveedor quien decide cómo llevar a cabo la puesta en conformidad, si bien siempre con carácter gratuito (art. 12.I), sin

que, además, se prevea la posibilidad de que el consumidor pueda suspender el pago del precio mientras se realiza.

El Considerando 36 expone que «Dependiendo de las características técnicas de los contenidos digitales, el proveedor podrá seleccionar una forma específica de poner los contenidos digitales en conformidad con el contrato, por ejemplo, haciendo actualizaciones o solicitando que el consumidor acceda a una nueva copia de los contenidos digitales».

2. LA EXIGENCIA DE QUE LA FALTA DE CONFORMIDAD AFECTE A LAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE FUNCIONAMIENTO PARA PODER RESOLVER EL CONTRATO

La resolución, que se mantiene como remedio jurídico subsidiario, no solo exige (alternativamente) que el cumplimiento forzoso sea imposible, desproporcionado o ilegal; que no se haya llevado a cabo en tiempo razonable; que cause inconvenientes mayores al consumidor; o que el proveedor haya declarado o se desprenda de las circunstancias que no pondrá los contenidos digitales en conformidad en un plazo razonable.

Para que puede resolverse el contrato, se requiere, además, que la falta de conformidad impida «su funcionalidad, interoperabilidad y otras características principales de funcionamiento de los contenidos digitales, tales como su accesibilidad, continuidad y seguridad» (art. 37.VI). Parece, pues, excluirse que el consumidor pueda pedir la reparación por faltas de conformidad «de escasa entidad»¹³¹, si bien la prueba de que la misma afecta a las características principales de la prestación recae sobre el proveedor¹³².

3. LA INEXISTENCIA DE PLAZOS DE GARANTÍA Y DE INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

No se establece un plazo máximo dentro del cual deba manifestarse la falta de conformidad, sino que el proveedor responde de todas las que surjan durante el periodo de duración del contrato (art. 10.c). En el Considerando 29 de la Propuesta se explica, así, el motivo de esta solución: «Muchos tipos de contenidos digitales se suministran a lo largo del tiempo. Por ejemplo, los consumidores acceden a servicios en la nube durante un periodo de tiempo. Por ello es importante garantizar que el contenido digital sea conforme con el contrato durante la vigencia del mismo. Además, dada la mejora frecuente de los contenidos digitales, debido en particular a las actualizaciones, la versión de los contenidos digitales suministrados al consumidor debe ser la más reciente que esté disponible en el momento de celebrar el contrato».

Tampoco existe un plazo de inversión de la carga de la prueba. El proveedor solo puede eximirse de responder por la falta de conformidad cuando

«demuestre que el entorno digital del consumidor no es compatible con la interoperabilidad y con otros requisitos técnicos de los contenidos digitales, y cuando el proveedor informe al consumidor sobre dichos requisitos antes de la celebración del contrato» (art. 9.2). En el Considerando 32 se observa que, debido «a la naturaleza específica de los contenidos digitales por su gran complejidad y el conocimiento y acceso a la técnica, la información técnica y la asistencia técnica específica del proveedor, este se encuentra en una mejor posición que el consumidor para conocer los motivos de la falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales».

No obstante, el consumidor tiene la obligación de cooperar con el proveedor en la medida de lo posible y de lo necesario para determinar su entorno digital, con los «medios técnicos disponibles que sean menos intrusivos para el consumidor» (art. 9.3.). Dice el Considerando 33, que «Esto puede realizarse a menudo, por ejemplo, facilitando al proveedor informes sobre incidentes generados automáticamente o datos de la conexión a internet del consumidor. Solo en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas en las que el mejor uso de otros recursos no resuelva el problema, también puede hacerse permitiendo el acceso virtual al entorno digital del consumidor». En todo caso, cuando el consumidor «se niegue a cooperar, la carga de la prueba en relación con la no conformidad con el contrato corresponderá al consumidor» (art. 9.3, *in fine*).

No se establece un plazo mínimo de prescripción de las acciones por falta de conformidad, por lo que será esta una cuestión encomendada a las legislaciones nacionales.

4. NORMAS RELATIVAS AL EJERCICIO Y EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Se incluyen también aquí normas relativas al ejercicio y efectos de la resolución contractual¹³³.

Se reitera que la notificación de resolución podrá ser comunicada «por cualquier medio» (se admite, pues, la resolución extrajudicial) al proveedor, quien también «reembolsará al consumidor el precio pagado sin demora indebida, y en cualquier caso a más tardar a los 14 días desde la recepción de la notificación» (art. 13.I y II.a).

Pero, además, le imponen unas obligaciones específicas que resultan de la peculiar naturaleza de los contenidos digitales.

El proveedor adoptará «todas las medidas que podrían esperarse para abstenerse de utilizar las contraprestaciones no dinerarias que el consumidor haya facilitado a cambio de los contenidos digitales» (como el nombre, la dirección de correo electrónico o las fotos directamente suministradas a solicitud de aquel), «así como cualesquiera otros datos recogidos por el proveedor en relación con el suministro de los contenidos digitales» (también, indirectamente, por ejemplo,

mediante cookies), «incluido cualquier contenido facilitado por el consumidor», a excepción del «que haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas que continúen haciendo uso del contenido» (art. 13.II b), siendo el caso paradigmático el de las intervenciones en blogs interactivos que formen parte de hilos de conversaciones, intervenciones que no pueden ser eliminadas, pues su supresión dejaría huecos, por lo que haría ininteligible el intercambio de opiniones o el mensaje global conformado por la suma de los mensajes individuales¹³⁴.

Respecto a la concreta forma en que debe hacerse efectivo el deber de abstención, el Considerando 37 observa que el proveedor, no solo se abstendrá de utilizar los datos del consumidor, sino también de transferirlos a un tercero o de permitir que un tercero tenga acceso a los mismos, precisando que debe cumplir todas las medidas exigidas por las «leyes de protección de datos eliminándolos o transformándolos en anónimos, de forma que el consumidor no pueda ser identificado por ningún medio que el proveedor o cualquier otra persona pudiera utilizar razonablemente».

El proveedor facilitará, además, al consumidor «los medios técnicos para recuperar todos los contenidos facilitados por el consumidor, así como cualquier otro dato producido o generado mediante el uso por el consumidor de los contenidos digitales, en la medida en que estos hayan sido retenidos por el proveedor» (art. 13.II. c)¹³⁵. Entre los primeros el Considerando 15 se refiere a la «música, archivos de vídeo, fotografías, juegos o aplicaciones»; entre los segundos «a imágenes digitales, archivos de vídeo y audio, blogs, foros de discusión, formatos de colaboración basados en texto, publicaciones, chats, tuits, registros, *podcasting*, contenido creado en dispositivos móviles, contenido creado en el contexto de entornos virtuales en línea, calificaciones y colecciones de enlaces relativos al contenido en línea».

La recuperación de contenidos «se realizará, sin cargo alguno, sin mayores inconvenientes, en un plazo de tiempo razonable y con un formato de datos utilizado habitualmente» (art. 13.II.c). En el Considerando 40 se explica que «el consumidor debe poder recuperarlos sin cargo alguno; por ejemplo, el gasto de emplear un formato de datos comúnmente utilizado, a excepción de los gastos generados por su propio entorno digital, incluidos los costes de conexión a la red, ya que estos no están relacionados específicamente con la recuperación de los datos».

Respecto de las obligaciones del consumidor, se distingue, según que los datos digitales se hubieran suministrado, o no, en un soporte duradero: en el primer caso, lo devolverá, a solicitud del proveedor y a expensas de este, «sin demora injustificada» (y, en cualquier caso, no más tarde de los 14 días siguientes a la recepción de la solicitud), «eliminará cualquier copia utilizable de los contenidos digitales, los transformará en ininteligibles o se abstendrá de otra forma de utilizarlos o de ponerlos a disposición de terceros»; en el segundo caso,

«el consumidor se abstendrá de utilizar los contenidos digitales o de ponerlos a disposición de terceros, en particular eliminando los contenidos digitales o transformándolos en ininteligibles» (art. 13.II.d)¹³⁶.

«Al consumidor no se le podrá reclamar ningún pago por el uso realizado de los contenidos digitales durante el periodo previo a la sustitución» (art. 13.IV), dado que, según se explica en el Considerando 41, la solución contraria, «le privaría de una protección efectiva».

«Si los contenidos digitales se han suministrado a cambio del pago de un precio durante el periodo de tiempo establecido en el contrato, el consumidor podrá resolver el contrato solo en relación con dicha parte del periodo de tiempo durante el que los contenidos digitales no hayan sido conformes con el contrato» (art. 13.V)¹³⁷, resolución parcial que en el Considerando 42 se explica por la «necesidad de equilibrar los intereses de consumidores y proveedores». «Sin embargo —añade, cuando los contenidos digitales se suministren por una contraprestación no dineraria, la resolución parcial no resulta factible dado que es imposible distribuir proporcionalmente una contraprestación no dineraria».

5. LA INDEMNAZIÓN DE DAÑOS CAUSADOS AL ENTORNO DIGITAL DEL USUARIO

Por último, es de resaltar que el artículo 14 de la PDirSCD contiene una norma de carácter resarcitorio, según la cual «El proveedor será responsable ante el consumidor por cualquier daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor debido a una falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales o a un incumplimiento en el suministro de los mismos», precisando que «La indemnización por daños y perjuicios pondrá al consumidor en una posición lo más similar posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado de conformidad con el contrato».

El Considerando 44 explica que «El principio de la responsabilidad por daños y perjuicios del proveedor es un elemento esencial de los contratos de suministro de contenidos digitales»; y que «Para aumentar la confianza de los consumidores en los contenidos digitales, este principio debe regularse a nivel comunitario con el fin de garantizar que los consumidores no se vean perjudicados si su *hardware* o *software* sufre daños por contenidos digitales no conformes con el contrato».

No obstante, la PDirSCD se limita a establecer el principio del resarcimiento, encomendando a los Estados miembro la regulación de «las condiciones detalladas para el ejercicio del derecho a reclamar daños y perjuicios» (art. 15), llamando la atención el Considerando 44 sobre la circunstancia de «que los descuentos en el precio de futuros suministros de contenidos digitales, especialmente cuando son ofrecidas por los proveedores como una indemnización

exclusiva por daños y perjuicios, no colocan necesariamente al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría».

Obviamente, el artículo 14 de la PDirSCD no excluye que los consumidores puedan reclamar, con arreglo a la ley nacional aplicable, el resarcimiento de otros daños causados a su persona o patrimonio como consecuencia de la falta de conformidad (por ejemplo, daños causados a su intimidad o derechos de propiedad intelectual).

IX. CONCLUSIONES

I. El viejo sistema de remedios jurídicos contenido en los códigos continentales decimonónicos (de los que es ejemplo paradigmático el régimen del saneamiento por vicios ocultos), por su carácter disperso y fragmentario, se ajusta mal a las necesidades de seguridad del tráfico jurídico y a la realidad económica actual, en la que la mayoría de las ventas lo son de cosa genérica, por lo que la jurisprudencia ha ideado discutibles formas de eludirlo (muy señaladamente la doctrina del *aliud pro alio*).

II. Frente a ello, en el ámbito del Derecho de consumo, en virtud de la Directiva 1999/44, de 25 de mayo, se introduce un nuevo sistema que gira en torno al concepto de «falta de conformidad», concepto que engloba todos los posibles defectos de los que puede adolecer un bien, atribuyéndose al consumidor unos remedios jurídicos uniformes, que son los típicos frente a una situación de cumplimiento defectuoso de la prestación: sustitución o reparación y resolución (en los casos de incumplimientos de cierta entidad), conservándose, además, la vieja acción estimatoria, procedente del Derecho Romano.

Esta Directiva 1999/44 fue traspuesta fielmente a nuestro Derecho interno por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantía en los bienes de consumo, cuya disciplina se halla actualmente subsumida en el TRLGDCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. El resultado de esta trasposición ha provocado una dicotomía de regulaciones legales en materia de compraventa: las de consumo, respecto de las que se aplica el régimen de conformidad, y las sujetas al Código civil o al Código de comercio, respecto de las cuales, sigue, en cambio, vigente, el régimen del saneamiento por vicios ocultos (complementado con la artificiosa doctrina del *aliud pro alio*).

Esta situación ha provocado una insatisfacción generalizada, lo que ha dado lugar a la elaboración de diversas tentativas académicas (fuertemente influidas por la Convención de Viena) con el fin de acabar con esta dicotomía, incluyendo el deber de conformidad en el Código civil. En particular, es de reseñar la Propuesta de la Comisión General de Codificación de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 y el Libro V de la Propuesta de Código civil de 2015, elaborada por la Asociación de Derecho

civil (su última versión es de 2016); así mismo, en las legislaciones civiles de carácter regional, la regulación —de constitucionalidad dudosa— contenida en el Libro VI del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y contratos, aprobado por Ley 3/2017, de 15 de febrero.

III. En el ámbito del Derecho Comunitario se intenta afianzar y extender el deber de conformidad con el fin de crear un Mercado Único Digital, que, a través de Directivas de máximos, remueva las diferencias contractuales existentes en las legislaciones nacionales de los Estados miembro, para reducir costes de transacción y dotar de seguridad jurídica a las operaciones transfronterizas, con el fin de favorecer la competencia entre las empresas, la reducción de precios y el nivel de intercambio y generación de riqueza.

Con tal fin, han surgido una serie de iniciativas, entre las que hay que destacar la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, de 9 de diciembre de 2015, y la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, de 31 de octubre de 2017, que sustituyen a la Propuesta de Reglamento Comunitario, de 11 de octubre de 2011.

IV. La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes mantiene la persistencia de la jerarquización de los remedios jurídicos, dando primacía al cumplimiento forzoso frente a los remedios jurídicos secundarios (resolución y reducción del precio); en el ámbito del cumplimiento forzoso precisa que la desproporción que impide al consumidor optar entre la sustitución y la reparación, es, exclusivamente, la relativa (esto es, la que toma como punto de comparación la forma de saneamiento elegida en relación con la descartada); excluye el requisito de que la falta de conformidad no sea de escasa entidad para poder resolver el contrato; contempla expresamente la facultad de suspender el pago del precio mientras se lleva a cabo la puesta en conformidad del bien; amplía a dos años el plazo de presunción de existencia de la falta de conformidad; desaparece la posibilidad de que las legislaciones nacionales establezcan la exigencia de una notificación previa de la falta de conformidad; admite la resolución mediante notificación extrajudicial; y regula ciertos efectos de la resolución del contrato.

V. La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales en sus líneas esenciales, comparte los criterios de la anterior, aunque existen algunas diferencias significativas: el consumidor no puede elegir la concreta forma de cumplimiento forzoso que desea, sino que es el proveedor quien decide cómo llevar a cabo la puesta en conformidad, si bien siempre con carácter gratuito, sin que, además, se prevea la posibilidad de que el consumidor pueda suspender el pago del precio mientras se realiza; se exige que la falta de conformidad afecte a las características principales de funcionamiento para poder resolver el contrato; no se contemplan plazos de garantía y de inversión de la carga de la prueba; se establecen normas

específicas relativas al ejercicio y a los efectos de la resolución; y se prevé la indemnización de los daños causados al entorno digital del usuario.

INDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE (Sala 1.^a) de 17 de abril de 2008, Quelle, C-404/06.
- STJUE (Sala 1.^a) de 16 de junio de 2011, Weber y Putz, C-65 y C-97/09.
- STJUE (Sala 1.^a) de 3 de octubre de 2013, Duarte Cueros, C-32/12.
- ATC de 3 de octubre de 2017 (*BOE-A-2017-11780*).
- STS de 24 de octubre de 1941 (*RAJ* 1941, 1091).
- STS de 28 de enero de 1943 (*RAJ* 1943, 121).
- STS de 1 de julio de 1947 (JCiv 1947, núm. 185).
- STS de 31 de octubre de 1961 (*RAJ* 1961, 4071).
- STS de 23 de junio de 1965 (JCiv 1965, núm. 520).
- STS de 28 de noviembre de 1970 (*RAJ* 1970, 5249).
- STS de 25 de abril de 1973 (*RAJ* 1973, 2289).
- STS de 20 de junio de 1980 (*RAJ* 1980, 2412).
- STS de 23 de marzo de 1982 (*RAJ* 1982, 1500).
- STS de 10 de junio de 1983 (*RAJ* 1983, 3454).
- STS de 13 de junio de 1983 (*RAJ* 1983, 3521).
- STS de 22 de marzo de 1984 (*RAJ* 1984, 1316).
- STS de 22 de octubre de 1984 (*RAJ* 1984, 4909).
- STS de 15 de abril de 1987 (*RAJ* 1987, 2710).
- STS de 7 de enero de 1988 (*RAJ* 1988, 117).
- STS de 12 de febrero de 1988 (*RAJ* 1988, 941).
- STS de 6 de abril de 1989 (*RAJ* 1989, 2994).
- STS de 26 de octubre de 1990 (*RAJ* 1990, 8052).
- STS de 12 de julio de 1991 (*RAJ* 1991, 1547).
- STS de 14 de mayo de 1992 (*RAJ* 1992, 4121).
- STS de 17 de febrero de 1994 (*RAJ* 1994, 1621).
- STS de 23 de julio de 1994 (*RAJ* 1994, 6587).
- STS de 6 de noviembre de 1995 (*RAJ* 1995, 8077).
- STS de 29 de diciembre de 1995 (*RAJ* 1995, 9611).
- STS de 14 de junio de 1996 (*RAJ* 1996, 4770).
- STS de 30 de junio de 1997 (*RAJ* 1997, 5406).
- STS de 1 de diciembre de 1997 (*RAJ* 1997, 8693).
- STS de 21 de marzo de 2001 (*RAJ* 2001, 4748).
- STS de 11 de febrero de 2002 (*RAJ* 2002, 2889).
- STS de 1 de julio de 2002 (*RAJ* 2002, 5512).
- STS de 17 de febrero de 2003 (*RAJ* 2003, 1165).
- STS de 10 de julio de 2003 (*RAJ* 2003, 4339).

- STS de 17 de octubre de 2005 (*RAJ* 2005, 8593).
- STS de 21 de junio de 2007 (*RAJ* 2007, 3782).
- STS de 19 de mayo de 2008 (*RAJ* 2008, 3091).
- STS de 11 de marzo de 2011 (*RAJ* 2011, 2767).
- STS de 11 de abril de 2013 (*RAJ*, 2013, 3490).
- STS de 25 de septiembre de 2003 (*RAJ* 2003, 6444).
- STS de 18 de noviembre de 2013 (*RAJ* 2013, 2233).
- STS de 28 de junio de 2015 (*RAJ* 2015, 3884).
- STS de 14 de diciembre de 2015 (*RAJ* 2015, 5743).
- STS de 30 de diciembre de 2015 (*RAJ* 2015, 5748).
- STS de 7 de abril de 2016 (*RAJ* 2016, 4289).
- STS de 25 de mayo de 2016 (*RAJ* 2016, 4301).
- STS de 5 de marzo de 2018 (*RAJ*, 2018, 898).
- STSJ de Navarra de 28 de abril de 1992 (*RAJ* 1992, 6197).
- SAP de La Coruña de 29 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001, 41595).
- SAP de Gerona de 13 de noviembre de 2001 (*AC* 2002, 549).
- SAP de Palencia de 15 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 63396).
- SAP de Barcelona de 23 de mayo de 2005 (*AC* 2005, 1137).
- SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2005 (*AC* 2005, 2241).
- SAP de Zaragoza de 14 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 254577).
- SAP de Pontevedra de 6 de junio de 2007 (*JUR* 2017, 293885).
- SAP de Granada de 3 de octubre de 2007 (*AC* 2007, 2021).
- SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2007 (*JUR* 2018, 101642).
- SAP de Sevilla de 31 de marzo de 2008 (*AC* 2008, 2217).
- SAP de Jaén de 3 de febrero de 2009 (*JUR* 2009, 198621).
- SAP de Barcelona de 1 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 492586).
- SAP de León de 15 de octubre de 2009 (*JUR* 2009, 468486).
- SAP de Cantabria de 24 de marzo de 2009 (*AC* 2009, 1382).
- SAP de Albacete de 3 de diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 46661).
- SAP de Cantabria de 26 de septiembre de 2012 (*AC* 2013, 322).
- SAP de Ciudad Real de 7 de marzo de 2014 (*AC* 2014, 357).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 1411).
- SAP de Las Palmas de 19 de enero de 2016 (*AC* 2016, 915).
- SAP de Jaén de 20 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 57042).
- SAP de León de 15 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 228034).
- SAP de Vizcaya de 24 de noviembre de 2016 (*AC* 2017, 80).
- SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2016 (*JUR* 2017, 41095).
- SAP de Pontevedra de 21 de septiembre de 2017 (*JUR* 2017, 252232).
- SAP de Barcelona de 6 de octubre de 2017 (2017, 292550).
- SAP de Cantabria de 13 de marzo de 2018 (*AC* 2018, 443).
- SAP de Cantabria de 10 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 116364).
- SAP de Cuenca de 4 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 184446).

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2002). Un nuevo Derecho de obligaciones. *ADC*. T. III.
- (2016). Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el Código civil. En A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz (dir.). *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Trasposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- ARIAS-SALGADO ROBSY, M.^a E. (2005). La Ley de garantías en la venta de bienes de consumo. Principales novedades y la valoración de la protección para el usuario y el consumidor. El principio de conformidad. En P. Aguirre Zamorano (dir.). *La compraventa: Ley de garantías. Cuadernos de Derecho Judicial*. XI.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2016). La propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia. *InDret*, julio.
- AVILÉS GARCÍA, J. (2006). *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1994/44/CE y la Ley 23/2003*. Granada: Comares.
- (2016). Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos. En A. de León Arce (dir.) y L. M.^a García García (coord.). *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*. 3.^a ed. t. I. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BADOSA COLL, F. (2004). El elemento temporal en el supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor. Los plazos del artículo 5 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo. En J. Lete Achirica (dir.). *Garantías en la venta de bienes de consumo*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R. (1969). La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa. *ADC*. Fasc. 4.^o, 777-838.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015. *InDret*, julio.
- CASTILLA BAREA, M. (2005). *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*. Madrid: Dykinson.
- CASTILLO PARRILLA, J. A. (2017). El impuso normativo europeo en el marco de la estrategia para el mercado único digital en Europa y los principios de la contratación electrónica en España: especial referencia al contrato para el suministro de contenidos digitales. En L. B. Pérez Gallardo (coord.). *Contratación electrónica y protección de los consumidores –una visión panorámica*. Madrid: Reus.
- CLEMENTE MEORO, M. (2009). La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, mayo.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2011). La propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, abril.

- FENOY PICÓN (1996). *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- (2006). *El sistema de protección del comprador*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
 - (2010). La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento. *ADC*. Fasc. 1.º, 47-136.
 - (2011). La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento. *ADC*. Fasc. 4.º, 1481-1684.
- FERRANTE, A. (2012). *La reducción del precio en la compraventa*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- (2016). ¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, núm. 30. Enero-junio.
 - (2016). Obligación y garantía. La cripto-naturaleza de los remedios contractuales y de su jerarquía en el actual panorama jurídico. *ADC*. Fasc. 3.º, 865-923.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2013). La acción *quanti minoris* como un remedio contractual general. En A. Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- GÓMEZ CALLE, E. (2011). Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia. *ADC*, 29-102.
- GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.ª A. (2014). La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas. *Anuario de Derecho Civil*.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. (1998). *Ad artículo 50 CV*. En L. Díez-Picazo (dir.). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas.
- LLAMAS POMBO, E. (2014). *La compraventa*. Madrid: La Ley.
- LLACER MATACÁS, M.ª R. (1992). *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*. Barcelona: Bosch.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009a). *Ad artículo 116 TRLGDCU*. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
- (2009b). *Ad artículo 117 TRLGDCU*. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
 - (2009c). *Ad artículo 118 TRLGDCU*. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
 - (2009d). *Ad artículo 121 TRLGDCU*, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.

- dores y Usuarios y otras leyes complementarias.* Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
- MORALES MORENO, A. M. (1980). El alcance protector de las acciones edilicias. *ADC*. Fasc. 3.^º, 585-686.
- (1991). *Ad artículo 1486 CC.* En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch (dir.). *Comentario del Código civil.* T. II. Madrid: Ministerio de Justicia.
 - (1998). *Ad artículo 35 CV.* En L. Díez-Picazo (dir.). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena.* Madrid: Civitas.
 - (2003). Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa. *ADC*. Fasc. 4.^º, 1609-1652.
 - (2012). Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de las cosas. *ADC*, Fasc. 1.^º, 5-28.
- MILÀ RAFEL, R. (2016). Intercambios digitales en Europa: las Propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. (2005). Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor. En M.^a J. Reyes López (coord.). *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro.* Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.
- ORTÍ VALLEJO, A. (2002). *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE.* Granada: Comares.
- RÍO FERNÁNDEZ, L. J. (2005). La garantía comercial y la responsabilidad civil del vendedor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo. El ejercicio de acciones derivadas de la Ley, en P. Aguirre Zamorano (dir.). *La compraventa: Ley de garantías. Cuadernos de Derecho Judicial.* XI.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). La reforma del contrato de compraventa a través de la adopción de un concepto único y artículo de incumplimiento. En: A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz (dir.). *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Traspósicion de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán.* Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2011). La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿Lo mejora es enemigo de lo bueno? *ADC*. Fasc. 4.^º, 1685-1724.
- SPINDLER, G. (2016). Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015. *InDret*, julio.
- TORRELLES TORREA, E. (2011a). *Ad artículo 114 TRLGDCU.* En S. Cámará Lapuente (dir.). *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* Madrid: Colex.
- (2011b). *Ad artículo 117 TRLGDCU.* En S. Cámará Lapuente (dir.). *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* Madrid: Colex.

- (2011c). *Ad artículo 119 TRLGDCU*. En S. Cámara Lapuente (dir.). *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* Madrid: Colex.
 - (2011d). *Ad artículo 121 TRLGDCU*. En S. Cámara Lapuente (dir.). *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* Madrid: Colex.
- TORRUBIA CHALMETA, B. (2016). Mercado único digital y concepto de consumidor. *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 22, junio.
- TUR FAÚNDEZ, M.^a N. (2013). Vicios ocultos y *aliud pro alio*: estado de la jurisprudencia, en Á. Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- VAQUER ALOY, A. (2011). El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones? *ADC*. Fasc. 1.^º, 5-40.

NOTAS

¹ Respecto de ellas puede ARROYO AMAYUELAS, E. (2016). La propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia». *InDret*, julio; CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015. *InDret*, julio; CASTILLO PARRILLA, J. A. (2017). El impuso normativo europeo en el marco de la estrategia para el mercado único digital en Europa y los principios de la contratación electrónica en España: especial referencia al contrato para el suministro de contenidos digitales. En L. B. Pérez Gallardo (coord.). *Contratación electrónica y protección de los consumidores –una visión panorámica*. Madrid: Reus, 122-136; MILÀ RAFEL, R. (2016). Intercambios digitales en Europa: las Propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales. *Revista CES-CO de Derecho de Consumo*. Núm. 17; SPINDLER, G. (2016). Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015. *InDret*, julio; TORRUBIA CHALMETA, B. (2016). Mercado único digital y concepto de consumidor. *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 22, junio, 19-29.

² Bruselas 9 de diciembre de 2015 COM (2015) 635 final, 2015/0288 (COD).

³ Bruselas 9 de diciembre de 2015 COM (2015) 634 final, 2015/0287 (COD).

⁴ Una vez admitido que la idea de elaborar un Código europeo común de Derecho Privado, surgida de las resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, sobre esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembro (A2-157/89), y de 6 de mayo de 1994, sobre armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembro (A3-0329/94), parece que haya quedado en el olvido, sin que, ni los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL, en sus siglas inglesas), ni el Marco Común de Referencia (DCFR, en sus siglas inglesas), hayan pasado, por el momento, de ser meras propuestas académicas. V. a este respecto las consideraciones de FERRANTE, A. (2016a). ¿Quimera Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, núm. 30, enero-junio, 108-113.

⁵ Bruselas 11 de octubre de 2011 COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD).

⁶ La opción por el instrumento legal de la Directiva, en lugar del Reglamento se explica en las Exposiciones de Motivos de las Propuestas del siguiente modo: «La elección de una Directiva deja libertad a los Estados miembro para adaptar la implementación a su legislación nacional. Un reglamento exigiría un régimen mucho más detallado y amplio que una Directiva

para que sus efectos fuesen directamente aplicables. En consecuencia, la interferencia en las leyes nacionales aumentaría notablemente».

⁷ En la Exposición de Motivos de la PDirCOM se explica que «En la reunión informal del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 7 de julio de 2017, así como en el seno del Grupo de Derecho Civil (Derecho contractual) en el Consejo, la mayoría de Estados miembro expresaron reservas por lo que se refiere a la fragmentación jurídica que resultaría de diferentes regímenes para las ventas a distancia y las ventas presenciales de bienes, alegando que las normas aplicables a las ventas de bienes deben ser las mismas, independientemente del canal de ventas. En consecuencia, algunos Estados miembro opinaron que la Comisión debe presentar una propuesta modificada para ampliar el ámbito de aplicación también a las ventas presenciales».

⁸ Bruselas 31 de octubre de 2017 COM (2017) 637 final.

⁹ En la Exposición de Motivos de la PDirCOM se observa que el carácter de armonización mínima de la Directiva 1999/44 ha dado lugar a diferencias en las normas de Derecho contractual sobre consumo, derivadas de las normativas nacionales imperativas, que van más allá de las normas mínimas establecidas en dicha Directiva. Por el contrario, «Al derogar la Directiva existente sobre ventas y garantías de los bienes de consumo y sustituirla por una Directiva de armonización plena con un ámbito de aplicación más amplio, que abarque tanto las ventas a distancia como las presenciales, se contribuirá a la creación de un marco jurídico coherente para apoyar el funcionamiento del mercado interior».

¹⁰ «Además —se añade—, la presente propuesta modificada evita los efectos negativos sobre los operadores que realizan ventas a distancia o presenciales a escala nacional, que se derivarían de la aplicación de diferentes regímenes nacionales de Derecho contractual a los diferentes canales de distribución. Por tanto, la propuesta contempla la tendencia al incremento de las ventas omnicanal y responde a la evolución del mercado, tanto para los consumidores como para las empresas».

¹¹ Sobre la dicotomía entre el tratamiento de los defectos de los bienes en los sistemas de saneamiento de los códigos decimonónicos y el derivado de la consagración del deber del vendedor de entregar una cosa conforme al contrato propio del Derecho anglosajón, plasmado en la Convención de Viena, *vid.*, MORALES MORENO, M. A. (2012). Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de las cosas. *ADC*. Fasc. 1.^º, 5-28.

¹² Históricamente el sentido de las acciones edilicias es claro: se crearon por los ediles curules para proteger a quienes compraban ciertos bienes (esclavos y animales) en aquellos lugares, los mercados, en que los vendedores tenían una situación dominante. Se trataba de acciones que tenían un marcado carácter protector de la parte contratante más débil, esto es, de la que adquiría de un vendedor profesional, quien, por dicha condición, quedaba obligado a responder de los vicios ocultos de las cosas que enajenaba, conociera aquellos, o no.

Es evidente que esta explicación histórica solo se adapta parcialmente al actual régimen de responsabilidad del vendedor, el cual expresa una clara opción legislativa en favor de todo comprador (no solo de quien adquiere de un vendedor profesional), aplicándose los artículos 1484 y siguientes del Código civil a las ventas que tienen lugar entre no comerciantes o entre comerciantes entre sí (esto último, *ex art.* 345 CCo).

El legislador opera un reparto del riesgo, consistente en la existencia de vicios ocultos en la cosa vendida. Y tal reparto del riesgo favorece claramente al comprador frente al vendedor (comerciante, o no). Este responde por el mero hecho objetivo de que la cosa que vende adolezca de defectos que la hagan imprópria para el uso al que se la destina o que disminuyan de tal modo su utilidad, que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella. El rigor de este régimen de responsabilidad se atempera, sin embargo, limitándolo en el tiempo, conforme a lo previsto en el artículo 1490 del Código civil: una vez pasados seis meses, a contar desde la entrega de la cosa, el riesgo de que esta tuviera vicios ocultos al tiempo de la perfección del contrato pasa a ser de cuenta del comprador, que pierde la posibilidad de ejercitar las acciones edilicias.

El legislador realiza, pues, un reparto del riesgo descrito sobre bases objetivas, que responde a consideraciones socio-económicas. Al vendedor, en principio, le es más fácil conocer los vi-

cios ocultos de la cosa que al comprador. Esta consideración es evidente cuando el vendedor es el mismo fabricante de la cosa, pero también cuando es un comerciante que habitualmente se dedica al tráfico de cierto tipo de bienes, ya que el contacto frecuente con ellos lo convertirá en un experto, de modo que le será más fácil apreciar sus posibles defectos. E, incluso, aunque el vendedor no sea un comerciante, dada su cualidad de propietario, por lo general, se encontrará en mejores condiciones de averiguar el exacto estado del bien que vende. Se exceptúa el caso en que el comprador sea un perito que, por razón de su profesión u oficio, pueda conocer fácilmente los defectos de la cosa que pretende adquirir. Pero, en tal supuesto, el artículo 1484, *in fine*, del Código civil excluye la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos.

Existe otro argumento en orden a justificar la responsabilidad objetiva del vendedor, cual es el de considerar que el riesgo de la existencia en la cosa vendida de un vicio oculto debe recaer sobre aquel que lo crea, poniendo en circulación la cosa defectuosa. Por este solo hecho, el vendedor ha de responder de los daños que originen los vicios que la lastran, entre ellos, el daño que experimenta el comprador, al ver alterado el equilibrio prestacional como consecuencia de la presencia de dichos vicios en la cosa que pretende adquirir. Además, tratándose de ventas entre comerciantes y compradores ocasionales, la responsabilidad objetiva del vendedor supone hacer recaer el riesgo de la existencia de vicios ocultos, no solo en quien lo crea, sino también en quien obtiene un mayor provecho de él, si se atiende, no a la concreta operación de compraventa aisladamente considerada (de la cual el vendedor y comprador ocasional obtienen un beneficio semejante), sino al conjunto de las operaciones de compraventa a través de las cuales el vendedor realiza su actividad profesional de intermediación.

¹³ En la doctrina científica española la tesis de que la existencia en la cosa específica vendida de vicios, ocultos y graves, no es un caso de defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega tiene autorizados defensores. *Vid.*, así, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R. (1969). La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa. *ADC*. Fasc. 4.^º, 777-838; LLACER MATACÁS, M.^a R. (1992). *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*. Barcelona: Bosch, 157-158; FENOY PICÓN (1996). *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 74-74; o MORALES MORENO, A. M.: (1980). El alcance protector de las acciones edilicias. *ADC*. Fasc. 3.^º, 665.

¹⁴ En tal sentido se orienta la jurisprudencia del Tribunal Supremo: puede verse en este sentido STS de 31 de octubre de 1961 (*RAJ* 1961, 4071), STS de 23 de julio de 1994 (*RAJ* 1994, 6587), STS de 30 de junio de 1997 (*RAJ* 1997, 5406), STS de 1 de julio de 2002 (*RAJ* 2002, 5512) y STS de 17 de octubre de 2005 (*RAJ* 2005, 8593); como también un autorizado sector de la doctrina. LLACER MATACÁS (1992). *cit.*, 573, afirma que «La acción redhibitoria, como acción rescisoria, permite la impugnación de un contrato perfeccionado y apto para producir efectos. Su destrucción retroactiva permite eliminar la falta de equivalencia (vicio de la causa) y restablece la situación anterior a la perfección del contrato». MORALES MORENO, A. M. (1991). *Ad artículo 1486 del Código civil*. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch (dir.). *Comentario del Código civil*. T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 959, afirma que la acción redhibitoria es una acción que, por su función, es posible calificar como rescisoria, incluyéndola en el artículo 1291.5.^º del Código civil, ya que trata «de evitar al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley».

¹⁵ No es, desde luego, una acción de resolución parcial del contrato. *vid.*, a este respecto las consideraciones de FERRANTE, A. (2012). *La reducción del precio en la compraventa*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 33 y sigs., como también las de GARCÍA VICENTE, J. R. (2013). La acción *quanti minoris* como un remedio contractual general. En A. Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 1547-1548.

¹⁶ Esto, a partir de la conocida STS de 23 de marzo de 1982 (*RAJ* 1982, 1500).

¹⁷ La STS de 20 de noviembre de 2008 (*RAJ* 2009, 283) afirma, así, que dicha categoría «se aplica cuando [...] hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, que permite considerar que se está ante un incumplimiento contractual».

¹⁸ STS de 9 de marzo de 2005 (*RAJ* 2005, 2219).

¹⁹ STS de 21 de octubre de 2005 (*RAJ* 2006, 1689).

²⁰ STS de 15 de diciembre de 2005 (*RAJ* 2006, 1224).

²¹ STS de 15 de marzo de 2018 (*RAJ* 2018, 898).

²² En un primer momento, el Tribunal Supremo se mostró favorable a la compatibilidad de las acciones edilicias con las de incumplimiento, permitiendo al comprador la posibilidad de optar por el ejercicio de unas u otras, en los supuestos en que el defecto que concurriera en cosa entregada la hiciera totalmente inútil para el uso a que se la destinaba. Tal defecto merecía, pues, la consideración simultánea de vicio redhibitorio, con encaje en el artículo 1484 del Código civil, y de supuesto de entrega de aliud por *aliо*, que provocaba la aplicación de los artículos 1101 y siguientes del Código civil.

Es emblemática la STS de 6 de mayo de 1911 (JCiv t. 121, núm. 53), considerando segundo. La demandante había adquirido un motor trifásico con destino a una fábrica de harinas. El motor entregado no funcionó correctamente, siendo objeto de diversas reparaciones por parte de la vendedora, hasta que, siete meses después de instalado, se subsanaron las averías. La compradora demandó indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el retraso con que el motor había comenzado a funcionar. La demanda se estimó en las dos instancias. La vendedora interpuso recurso de casación, entre cuyos motivos denunció indebida aplicación del artículo 1101 del Código civil y falta de aplicación del artículo 1486 del Código civil. El motivo se articulaba, pues, sobre la base de entender que el supuesto litigioso era un caso de vicios ocultos, y no de incumplimiento contractual; de modo que las normas legales aplicables eran las del saneamiento, y no las generales del Derecho de obligaciones.

El Supremo rechazó tal argumentación. De un lado, entendió que había existido un auténtico incumplimiento del vendedor, ya que el aparato entregado no reunía las condiciones pactadas en el contrato, presentando defectos tales, que para la marcha normal del mismo se requirió un periodo de tiempo que excedió en siete meses el plazo convenido. De otro lado, se pronunció expresamente en favor de la compatibilidad de las acciones edilicias y las generales de incumplimiento en los casos en los que la cosa entregada no se ajusta a las condiciones previamente concertadas: «Entre el artículo 1101, que establece el principio general de las responsabilidades en que incurren los que en el cumplimiento de sus obligaciones proceden con dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contraviniere a tenor de sus compromisos, juntamente con los 1103 y 1104, que desarrollan las que se derivan de la negligencia, de una parte, y de otra, los artículos 1484 y demás referentes a la compraventa, no existe oposición alguna que autorice a estimarlos infringidos, los unos, por aplicación indebida, y los otros, por no haberlos aplicado, porque la obligación del vendedor de sanear la cosa vendida por defectos ocultos y el derecho del comprador de optar en tal caso entre la rescisión del contrato o la rebaja del precio son perfectamente compatibles con el derecho del último a ser indemnizado cuando a consecuencia de esos defectos se le causen daños y perjuicios, ya se originen de haber faltado la otra parte contratante al cumplimiento de sus obligaciones en la forma estipulada, ya de su incuria o negligencia, en relación a que ambas responsabilidades nacen de fuentes distintas e independientes entre sí: las unas, de los defectos que hacen impropia la cosa objeto del contrato para el uso a que se le destina, y la otra, del quebranto causado al patrimonio del comprador, si además concurren los requisitos que establece el artículo 1107».

La misma doctrina fue seguida posteriormente por STS de 1 de julio de 1947 (JCiv 1947, núm. 185), STS de 23 de junio de 1965 (JCiv 1965, núm. 520), STS de 28 de noviembre de 1970 (*RAJ* 1970, 5249), STS de 25 de abril de 1973 (*RAJ* 1973, 2289) o STS de 22 de marzo de 1984 (*RAJ* 1984, 1316).

Esta orientación jurisprudencial era, sin duda, ventajosa para el comprador, en la medida en que le permitía eludir la aplicación del rígido plazo de caducidad del artículo 1490 del Código civil. Sin embargo, provocaba una dualidad normativa, contraria a las exigencias de la lógica jurídica, ya que para un mismo supuesto (defectos que determinan la total inhabilitad de la cosa para servir al uso para el que se destina), se preveían dos remedios jurídicos

distintos: las acciones edilicias y las acciones de incumplimiento. No obstante, en realidad, conceder al comprador esta opción significaba eliminar la aplicación práctica de las acciones edilicias, ya que estas acciones solo permiten obtener la rescisión del contrato o la reducción del precio, pero no la sustitución o reparación de la cosa viciosa; y, sobre todo, están sujetas al plazo de caducidad del artículo 1490 del Código civil, plazo este breve, en comparación con el de quince años del artículo 1964 del Código civil al que entonces estaban sujetas las acciones generales de incumplimiento.

²³ Vid., entre otras, a partir de la conocida STS de 23 de marzo de 1982 (*RAJ* 1982, 1500), STS de 10 de junio de 1983 (*RAJ* 1983, 3454), STS de 13 de junio de 1983 (*RAJ* 1983, 3521), STS de 22 de octubre de 1984 (*RAJ* 1984, 4909), STS de 15 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 2710), STS de 7 de enero de 1988 (*RAJ* 1988, 117), STS de 12 de febrero de 1988 (*RAJ* 1988, 941), STS de 26 de octubre de 1990 (*RAJ* 1990, 8052), STS de 1 de marzo de 1991 (*RAJ* 1991, 1708), STS de 14 de mayo de 1992 (*RAJ* 1992, 4121), STS de 7 de abril de 1993 (*RAJ* 1993, 2798), STS de 5 de noviembre de 1993 (*RAJ* 1993, 8615), STS de 6 de abril de 1989 (*RAJ* 1989, 2994), STS de 17 de febrero de 1994 (*RAJ* 1994, 1621), STS de 28 de febrero de 1997 (*RAJ* 1997, 1332), STS de 27 de noviembre de 1999 (*RAJ* 1999, 9137), STS de 1 de julio de 2002 (*RAJ* 2002, 5512), STS de 9 de marzo de 2005 (*RAJ* 2005, 2219), STS de 4 de abril de 2005 (*RAJ* 2005, 2700), STS de 15 de diciembre de 2005 (*RAJ* 2006, 1224), STS de 6 de noviembre de 2006 (*RAJ* 2006, 6720) o STS de 9 de julio de 2007 (*RAJ* 2007, 5433).

La excepción viene representada por la no, del todo, clara STS de 19 de noviembre de 2014 (*RAJ* 2014, 6813), favorable a la compatibilidad de uno y otro tipo de acciones.

²⁴ De ahí, que haya sido objeto de críticas generalizadas por parte de la doctrina. *vid.*, a este respecto, *in extenso*, LLAMAS POMBO, E. (2014). *La compraventa*. Madrid: La Ley, 498-503 ORTÍ VALLEJO, A. (2002). *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*. Granada: Comares, 29-51; TUR FAÚNDEZ, M.^a N. (2013). *Vicios ocultos y aliud pro alio: estado de la jurisprudencia*. En A. Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 1409-1417.

²⁵ Prueba de la superposición de ambas categorías es la existencia de sentencias que califican un mismo defecto, unas veces, como vicio redhibitorio, y otras veces, como un supuesto de defectuoso cumplimiento de entrega, diferencia, que parece depender de la pura circunstancia de si ha transcurrido, o no, el plazo de caducidad del artículo 1490 del Código civil, lo que evidentemente provoca una gran inseguridad jurídica, acerca de si las acciones ejercitables en un concreto supuesto litigioso son las edilicias o las de incumplimiento, que, como sabemos, están sujetas al amplio plazo de prescripción del artículo 1964 del Código civil. Así ha venido sucediendo, señaladamente, en el caso de la venta de viviendas situadas en edificios construidos con cemento aluminoso: pueden verse al respecto, de un lado, STS de 11 de febrero de 2002 (*RAJ* 2002, 2889); y, de otro, STS de 1 de diciembre de 1997 (*RAJ* 1997, 8693) y STS de 1 de julio de 2002 (*RAJ* 2002, 5512).

²⁶ Vid. al respecto STS de 15 de abril de 1987 (*RAJ* 1987, 2710), STS de 6 de abril de 1989 (*RAJ* 1989, 2994), STS de 14 de mayo de 1992 (*RAJ* 1992, 4121) y STS de 17 de febrero de 1994 (*RAJ* 1994, 1621).

²⁷ MORALES MORENO, A. M. (1998). *Ad artículo 35 CV*. En L. Díez-Picazo (dir.). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 289-292, encuadra el sistema de responsabilidad diseñado por la Convención en los modelos de construcción de responsabilidad del Derecho comparado, remarcando que la misma «desconoce» el saneamiento, por no ser necesario dentro de ella, ya que su noción de falta de conformidad «absorbe el supuesto del saneamiento y lo hace superfluo como categoría especial, distinta de la del incumplimiento» (p. 293).

²⁸ Este camino iniciado por la Convención de Viena es seguido por los principales textos de derecho contractual europeo, como los PECL [arts. 1:301 (4), 9:102, 9:301, 9:401] o el DCFR [Capítulo III del Libro 3.^º (*Remedies for non-performance*)]. Por ello, FERRANTE,

A. (2016b). Obligación y garantía. La cripto-naturaleza de los remedios contractuales y de su jerarquía en el actual panorama jurídico. *ADC*. Fasc. 3.º, 896, habla certeramente de «la fuerza expansiva de la Convención».

²⁹ Como, en cambio, hace la CISG en sus artículos 41-43, si bien dan a la falta de conformidad jurídica un tratamiento distinto, que a la de carácter material.

³⁰ Podemos, pues, decir, siguiendo a MORALES MORENO, A. M. (2003). Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa. *ADC*. Fasc. 4.º, 1613, que con la Directiva se produce un proceso de «superación del sistema codificado del saneamiento por vicios».

³¹ El artículo 2.2 de la Directiva 99/44 (trasunto del art. 35 CISG) presume que los bienes son conformes al contrato «si:

a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo;

b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que este haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y este haya admitido que el bien es apto para dicho uso;

c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo;

d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado».

³² En esto, se aparta pues, de la Convención Viena, pues el artículo 49.1.a CISG permite la resolución directa del contrato, sin necesidad de instar el previo cumplimiento del contrato en el caso de faltas de conformidad, que den lugar a un incumplimiento esencial del contrato.

³³ El requisito de que la falta de conformidad sea grave se formula, pues, solo respecto de la resolución, no respecto de la sustitución, como, en cambio, acontece en la Convención de Viena. El artículo 46.2 CISG, en efecto, establece que «Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquellas solo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato».

³⁴ LÓPEZ LÓPEZ, A. (1998). Ad artículo 50 CV. En L. Díez-Picazo (dir.). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 445-447, constata la resistencia de los juristas anglosajones a admitir la reducción del precio entre los remedios jurídicos frente a la falta de conformidad, si bien él se muestra favorable a su conservación.

³⁵ En todo caso, como constata FERRANTE, A. (2012), cit., 127 ss., en los textos de Derecho contractual europeo se asiste a una progresiva expansión de la acción de reducción del precio, por lo que no se ha producido la (por algunos prevista) «jubilación» de la misma.

En efecto, la reducción del precio persiste, no solo como remedio específico de la compraventa, sino que incluso se incluye entre los remedios jurídicos generales en los principales textos jurídicos europeos de Derecho contractual. Cfr., así, artículo 9:401 PECL y artículo III.-3:601 DCFR.

GARCÍA VICENTE, J. R. (2013), cit., 1553-1554, realiza interesantes consideraciones sobre la posibilidad de generalizar la reducción del precio como un remedio jurídico general.

³⁶ Especialmente, en la venta de viviendas o de automóviles defectuosos: puede verse, a este respecto, STSJ Navarra de 28 de abril de 1992 (*RAJ* 1992, 6197); SAP La Coruña 29 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001, 41595); SAP Gerona 13 de noviembre de 2001 (AC 2002, 549) o SAP Vizcaya de 24 de noviembre de 2016 (AC 2017, 80). Esta solución tiene escaso apoyo en la dicción del artículo 1486.I del Código civil, ya que la finalidad de la acción estimatoria no es la de condenar al vendedor al pago del importe de las reparaciones necesarias para dejar la cosa vendida en perfecto estado, sino la de rebajar el precio, de modo que este corresponda a lo que la cosa realmente valía en el mercado con los vicios que le afectaban al tiempo de celebrarse el contrato. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que la acción estimatoria se dirige siempre a «rebajar una cantidad proporcional del precio», lo que significa que el vendedor no puede nunca ser condenado a pagar una cantidad superior

al precio convenido, y ello, aunque las obras de reparación de los defectos tuvieran un coste superior a aquel.

³⁷ Lo constatan respecto al artículo 116.3 TRLGDCU, que acoge la misma solución que el artículo 2.3 de la Directiva 44/99, AVILÉS GARCÍA, J. (2016). Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos. En A. de León Arce (dir.) y L. M.ª García García (coord.), *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, 3.^a ed. t. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1675; y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009a). *Ad artículo 116 TRLGDCU*. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi, 1468.

³⁸ SAP Barcelona 1 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 492586).

³⁹ El artículo 116.2 TRLGCU, no obstante, equipara a la falta de conformidad del bien su incorrecta instalación, cuando la misma esté incluida en el contrato de compraventa y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor, cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones para llevar a cabo la misma.

⁴⁰ La novedad de este nuevo sistema responsabilidad, en su día introducido por la Ley 23/2003, fue oportunamente resaltada por la doctrina científica. Cfr., así, entre otros, AVILÉS GARCÍA, J. (2006). *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1994/44/CE y la Ley 23/2003*. Granada: Comares 178-199; ARIAS-SALGADO ROBSY, M.ª E. (2005). La Ley de garantías en la venta de bienes de consumo. Principales novedades y la valoración de la protección para el usuario y el consumidor. El principio de conformidad. En P. Aguirre Zamorano (dir.). *La compraventa: Ley de garantías*. Cuadernos de Derecho Judicial. XI; 207-208; BADOSA COLL, F. (2004). El elemento temporal en el supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor. Los plazos del artículo 5 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo. En J. Lete Achirica (dir.). *Garantías en la venta de bienes de consumo*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 129; FENOY PICÓN, N. (2006). *El sistema de protección del comprador*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 57-63; o RÍO FERNÁNDEZ, L. J. (2005). La garantía comercial y la responsabilidad civil del vendedor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo. El ejercicio de acciones derivadas de la Ley, en P. Aguirre Zamorano (dir.). *La compraventa: Ley de garantías*. Cuadernos de Derecho Judicial. XI, 226-227.

⁴¹ En este sentido se pronuncia claramente, ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2016). Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el Código civil. En A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz (dir.). *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Traspósición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 66; AVILÉS GARCÍA, J. (2006), cit., 413-414; CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005, 274-276; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009b). *Ad artículo 117 TRLGDCU*. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi, 1475-1476; 142-143; O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. (2005). Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor. En M.ª J. Reyes López (coord.). *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2005, 142-143; o TORRELLES TORREA, E. (2011b). *Ad artículo 117 TRLGDCU*. En S. Cámará Lapuente (dir.). *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 1081. Sin embargo, LLAMAS POMBO, E. (2014), cit., 925, es de otra opinión, afirmando, que, aunque tal vez fuera esta la intención del legislador, «no fue el resultado de sus preceptos», considerado que la incompatibilidad

de la que habla el artículo 117.1 TRLGDCU es puramente procesal, en el sentido de que las acciones reguladas en el TRLGDCU no se pueden ejercitar conjuntamente con las edilicias, ni cumulativa, ni subsidiariamente.

⁴² Lo constata SAP Pontevedra de 6 de junio de 2007 (*JUR* 2017, 293885).

⁴³ La tesis de que el nuevo régimen de responsabilidad, basado en la falta de conformidad, ha desplazado el del saneamiento por vicios ocultos, parece ser mayoritaria en la jurisprudencia de instancia. Cfr., en este sentido, por ejemplo, SAP Pontevedra 6 de junio de 2007 (*JUR* 2017, 293885), SAP Jaén de 3 de febrero de 2009 (*JUR* 2009, 198621), SAP Ciudad Real de 7 de marzo de 2014 (*AC* 2014, 357) o SAP Cantabria de 10 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 116364).

⁴⁴ SAP León de 15 de octubre de 2009 (*JUR* 2009, 468486) evidencia, con buen sentido, que ello no significa que, si la falta de conformidad se manifiesta después de los seis meses, debe presumirse que no existió en el momento de la entrega, sino que, a partir de este momento, rigen las reglas generales sobre la carga de la prueba.

⁴⁵ La jurisprudencia observa que estas circunstancias deben ser probadas por el comprador. V., en este sentido, SAP Albacete 3 de diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 46661).

⁴⁶ Que, en general, se muestra favorable a primar las modalidades de cumplimiento forzoso frente a los defectos de conformidad. Cfr., en tal sentido, por ejemplo, ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2016), *cit.*, 85-86; LLAMAS POMBO, E. (2014), *cit.*, 933; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009c). *Ad* artículo 118 TRLGDCU. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi, 1486; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). La reforma del contrato de compraventa a través de la adopción de un concepto único y artículo de incumplimiento. En A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz (dir.). *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Trasposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 194; o TORRELLES TORREA, E. (2011c). *Ad* artículo 119 TRLGDCU. En S. Cámará Lapuente (dir.). *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* Madrid: Colex, 1091-1092.

⁴⁷ Sobre los costes sociales de la resolución del contrato y su influencia sobre las decisiones de invertir y cumplir, *vid.*, GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.^a A. (2014). La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas. *Anuario de Derecho Civil*, 1199-1252.

⁴⁸ El artículo 5.1. de la Ley 23/2003 hablaba de solo de imposibilidad, sin usar el adjetivo «objetiva».

⁴⁹ SAP Sevilla de 31 de marzo de 2008 (*AC* 2008, 2217).

⁵⁰ SAP Cantabria de 13 de marzo de 2018 (*AC* 2018, 443).

⁵¹ STJUE de 16 de junio de 2011, C-65/09, Weber.

⁵² SAP Cuenca de 4 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 184446).

⁵³ STJUE (Sala 1.^a) 17 de abril de 2008, C-404/06, Quelle, que, consideró contrario al artículo 3.4 de la Directiva 99/44 que el Derecho alemán (§§ 439.4 y 346.2.2 *BGB*) permitiera al vendedor exigir al comprador una indemnización por el tiempo que ha usado el bien defectuoso hasta que se haya procedido a su sustitución. En el caso concreto, el vendedor de una cocina averiada había exigido una indemnización de 69,97 euros por este concepto.

⁵⁴ STJUE (Sala 1.^a) 16 de junio de 2011, C-65 y C-97/09, Weber y Putz.

⁵⁵ SAP Cáceres de 20 de febrero de 2006 (LL 18600/2006).

⁵⁶ Cfr., así, SAP Barcelona de 31 de octubre de 2016 (*JUR* 2017, 41095) y SAP Cuenca de 4 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 184446).

⁵⁷ Cfr. en este sentido LLAMAS POMBO, E. (2014), *cit.*, 934; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009d). *Ad* artículo 121 TRLGDCU, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras*

leyes complementarias, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi, 1525-152; más matizadamente, AVILÉS GARCÍA, J. (2016), *cit.*, 1708-1709.

⁵⁸ SAP Zaragoza de 14 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 254577), por ejemplo, ha admitido la resolución de un contrato de compraventa de un automóvil nuevo, por tener un defecto en el pedal de embrague, que no pudo ser subsanado por la empresa vendedora, pese a los trabajos de reparación llevados a cabo por la misma, que calificó la avería de «irresoluble». Frente a la pretendida levedad del defecto, alegada por la vendedora, se afirma que «no cabe tildar como tal la referida anomalía o deficiencia en el funcionamiento del mecanismo de embrague del automóvil vendido al actor, que incide muy negativamente en el nivel de confort que cabe esperar de un vehículo nuevo de la categoría de aquél, deficiencia que no tiene por qué soportar el consumidor».

⁵⁹ Artículo 1:302 PECL y artículo 5 CESL.

⁶⁰ SAP Las Palmas de 19 de enero de 2016 (AC 2016, 915).

⁶¹ SAP Ciudad Real de 7 de marzo de 2014 (AC 2014, 357).

⁶² Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2014 (AC 2014, 1411).

⁶³ SAP León de 15 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 228034).

⁶⁴ SAP Madrid de 5 de diciembre de 2007 (*JUR* 2018, 101642).

⁶⁵ Resuelta por STJUE (Sala 1.^a) 3 de octubre de 2013, C-32/12, Duarte Cueros.

⁶⁶ *Vid.*, por ejemplo, SAP Pontevedra de 21 de septiembre de 2017 (*JUR* 2017, 252232).

⁶⁷ *Vid.*, en este sentido, FERRANTE, A. (2012), *cit.*, 86 y ss.; y GARCÍA VICENTE, J. R. (2013), *cit.*, 1551-1553. Esta es la solución expresamente sancionada por artículo 9:401 (3) PECL y artículo III.-3:601 (3) DCFR.

⁶⁸ A favor claramente, STS de 25 de septiembre de 2003 (*RAJ* 2003, 6444); e implícitamente, STS de 6 de noviembre de 1995 (*RAJ* 1995, 8077); en contra, sin embargo, hay otros pronunciamientos, con el argumento de que el artículo 1486.II del Código civil solo prevé la posibilidad de pedir el resarcimiento del daño cuando se ejercita la acción rescisoria.

La STS de 14 de junio de 1996 (*RAJ* 1996, 4770) se pronuncia, así, expresamente en contra de la posibilidad de que el comprador que ejerce la acción estimatoria pueda, además, obtener una indemnización de daños y perjuicios del vendedor de mala fe. Dice, que «si se ejerce la acción *quanti minoris*, no se puede obtener más que una reducción o rebaja en el precio, no una indemnización de daños y perjuicios complementaria. Esta acción indemnizatoria —añade— la reserva única y exclusivamente el artículo 1486 del Código civil para cuando se ejerzte la acción redhibitoria y así expresamente lo dice».

No obstante, hay que tener en cuenta que en el caso litigioso no se probó que existiera mala fe del vendedor, por lo que, en ningún caso, podría aquel haber sido condenado a indemnizar, daños y perjuicios, a los compradores, cuya petición de rebaja proporcional del precio tampoco fue estimada, resaltando el Supremo la poca consistencia de la demanda en la que se denunciaban los pretendidos vicios ocultos de las tierras vendidas.

La STS de 17 de octubre de 2005 (*RAJ* 2005, 8593) parece también seguir la tesis de que la indemnización solo puede ser solicitada, si se pide la rescisión, pero no, si lo que se solicita es una reducción del precio, revocando la sentencia recurrida, que había estimado la acción *quanti minoris* y, además, había concedido la indemnización solicitada por el comprador. Dice, así, que el artículo 1486.II del Código civil «contiene una agravación de la responsabilidad del vendedor fundada en la mala fe, y tiene lugar cuando el comprador opta por la rescisión del contrato y requiere que el vendedor conozca los vicios o defectos de la cosa vendida».

Sin embargo, a mi parecer, en el caso litigioso, lo decisivo para llegar a este resultado fue el hecho de que no había quedado probada la mala fe de los vendedores, constatando la sentencia que «procedieron a la venta de la vivienda una vez finalizadas las obras de rehabilitación, consolidación y saneamiento del total edificio y de dicha vivienda».

La STS de 21 de junio de 2007 (*RAJ* 2007, 3782) excluye claramente la compatibilidad de la acción estimatoria con la indemnizatoria. Dice, así, que «en el supuesto en que se ejerce una acción por vicios ocultos [...] esta Sala ha reiterado que la indemnización a que alude el párrafo segundo de dicho artículo [el 1486 CC], solo resulta compatible si se opta por el

ejercicio de la acción resolutoria [*rectius rescisoria*] (redhibitoria) pero no cuando la opción elegida es la estimatoria».

Ahora bien, de nuevo hay que resaltar las circunstancias del caso concreto. La litis tuvo su origen en un contrato de suministro de hormigón: la empresa suministradora había ejercitado acción para reclamar el pago del precio del hormigón entregado, a lo que se opuso la demandada, quien, a su vez, reconvino, solicitando una rebaja del precio pactado, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, argumentando que el hormigón era de inferior calidad que la pactada, concretando dichos daños en el «recálculo» de comprobación de la estructura, paralización de las obras, gastos y ensayos, demora en la entrega de la obra, alquiler de maquinaria y penalizaciones. En primera instancia se estimó la demanda principal y se desestimó la demanda reconvencional, al entenderse que la acción *quanti minoris* había caducado y que la acción indemnizatoria no podía ejercitarse conjuntamente con aquella. En segunda instancia, se desestimó el recurso de apelación, reiterándose la tesis de la incompatibilidad de la acción *quanti minoris* e indemnizatoria, pero resaltándose que la desestimación de esta última acción se justificaba también «por falta de acreditación de los daños reclamados». El Tribunal Supremo, por su parte, al referirse a los presupuestos fácticos de la sentencia recurrida, destaca que «Examinada la prueba en su conjunto, estima la Audiencia que los daños y perjuicios no han sido acreditados, y en tal sentido negativo se pronuncia expresamente [...] por un lado, al decir que la obra se entregó en plazo, por otro, al no apreciar el supuesto retraso o demora a que alude el recurrente, y, por último, sin hacer alusión alguna a incrementos de costes o a penalizaciones que justifiquen tal pretensión indemnizatoria». Por lo tanto, aunque se hubiera admitido la posibilidad de que las acciones estimatoria e indemnizatoria pudieran ejercitarse conjuntamente, lo cierto es que ninguna de ellas hubiese prosperado: la primera, por haber caducado, y la segunda, por falta de prueba de los daños reclamados.

⁶⁹ SAP Palencia de 15 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 63396).

⁷⁰ SAP Barcelona de 23 de mayo de 2005 (AC 2005, 1137).

⁷¹ SAP Madrid de 29 de septiembre de 2005 (AC 2005, 2241).

⁷² En la doctrina lo constatan, entre otros, MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009b), *cit.*, 1530; o TORRELLES TORREA, E (2011d). *Ad* artículo 121 TRLGDCU. En S. Cámara Lapuente (dir.). *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 1107-1108.

⁷³ *Vid.*, en este sentido, entre otras, SAP Albacete de 3 de diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 46661) y SAP Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2014 (AC 2014, 1411).

⁷⁴ Cfr., así, SAP Cantabria de 26 de septiembre de 2012 (AC 2013, 322) y SAP Jaén de 20 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 57042).

⁷⁵ SAP Barcelona de 31 de octubre de 2016 (*JUR* 2017, 41095).

⁷⁶ SAP Zaragoza de 14 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 254577).

⁷⁷ SAP Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2014 (AC 2014, 1411).

⁷⁸ SAP Cantabria de 26 de septiembre de 2012 (AC 2013, 322).

⁷⁹ SAP Granada de 3 de octubre de 2007 (AC 2007, 2021).

⁸⁰ Lo constata MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009a), *cit.*, 1443.

⁸¹ Cfr. en este sentido, entre otras, STS de 28 de junio de 2015 (*RAJ* 2015, 3884); STS de 30 de diciembre de 2015 (*RAJ* 2015, 5748); o STS de 7 de abril de 2016 (*RAJ* 2016, 4289).

⁸² *Vid.*, así, STS de 11 de abril de 2013 (*RAJ* 2013, 3490); STS de 30 de diciembre de 2015 (*RAJ* 2015, 5748); o STS de 25 de mayo de 2016 (*RAJ* 2016, 4301).

⁸³ STS de 25 de mayo de 2016 (*RAJ* 2016, 4301), la cual estimó la pretensión de resolución de un contrato de fabricación y suministro de nueve locomotoras diesel-eléctricas para transporte de mercancías. Pasados diez meses de la fecha en que debían haber sido entregadas, sin que la parte deudora fuera capaz de dar una fecha aproximada sobre cuándo podría entregarlas, las entidades financieras resolvieron los contratos de financiación, ante lo cual la parte acreedora instó la resolución del contrato de fabricación y suministro, que, como he dicho, fue estimada.

⁸⁴ Lo rechaza, sin embargo, SAP Cantabria de 24 de marzo de 2009 (AC 2009, 1382).

⁸⁵ Cfr. en este sentido AVILÉS GARCÍA, J. (2006), *cit.*, 419-419; FENOY PICÓN, N. (2006), *cit.*, 179-186; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009b), *cit.*, 1475-1476; O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. (2005), *cit.*, 142-143; o TORRELLES TORREA, E. (2011b), *cit.*, 1082.

⁸⁶ En contra, sin embargo, claramente SAP Barcelona de 1 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 492586).

⁸⁷ SAP Albacete de 3 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 154951).

⁸⁸ SAP Barcelona de 6 de octubre de 2017 (2017, 292550).

⁸⁹ SAP Cantabria de 10 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 116364). En el mismo sentido, SAP Cantabria de 21 de marzo de 2018 (*JUR* 2018, 100368).

⁹⁰ Vid. por ejemplo, a este respecto, ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2016), *cit.*, 63-64, 66-67; CORRAL GARCÍA, E. (2015), *La conformidad de la prestación*. En A. Vaquer, Aloy, E. Bosch Capdevila y M.^a P. Sánchez González (dir.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona: Atelier, 2015, 477-478; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016), *cit.*, 185; TORRELLES TORREA, E. (2011a). *Ad artículo 114 TRLGDCU*. En S. Cámará Lapuente (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 1061.

⁹¹ En el Derecho alemán, en efecto, con motivo de la transposición de la Directiva 1999/44/CE, se ha producido una reforma del *BGB*, que, en su redacción originaria establecía como medios de tutela a favor del comprador de cosa defectuosa las acciones edilicias.

El antiguo § 462 *BGB* establecía, así, que el comprador de una cosa en la que concurrieran vicios podía pedir la rescisión del contrato (*Wandelung*) o la reducción del precio (*Minderung*), a través de la acción redhibitoria o de la *quanti minoris*, respectivamente, si bien, en la venta de cosa genérica, el antiguo § 480 *BGB* permitía al comprador, a quien se le hubiera entregado una cosa defectuosa la posibilidad de pedir la entrega de otra libre de vicios.

Tras la reforma, el antiguo sistema de protección, basado en las acciones edilicias es sustituido por otro, basado en la idea de incumplimiento, consecuencia de la consagración en el Código civil alemán del «deber de conformidad». El actual § 433 *BGB* incluye, así, entre los deberes típicos del contrato de compraventa (*Vertragstypische Plichten beim Kaufvertrag*), la obligación del vendedor de entregar una cosa libre de vicios: «Der Verkäufer hat dem Käufer Die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen». Como observa ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2002). Un nuevo Derecho de obligaciones. *ADC*. T. III, 1200, a diferencia de lo que acontecía en el sistema anterior, «en que la falta de vicios no formaba parte del deber prestacional del vendedor, a partir de ahora, la falta de vicios se integra en el deber de prestación del vendedor»; y concluye: «El legislador se ha decidido claramente por la teoría del cumplimiento».

La consecuencia lógica de la consagración legal del deber del vendedor, de entregar una cosa libre de vicios, es la atribución al comprador de la cosa en la que concurre un vicio, de los remedios generales del Derecho de obligaciones, ante los supuestos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación, si bien con las especialidades previstas en el vigente § 438 y ss. *BGB*, especialidades, que, sobre todo, tienen que ver con los plazos de prescripción de las acciones, estableciéndose un plazo de prescripción de dos años, a contar, desde la entrega de la cosa, que se amplía a cinco en los vicios de la edificación o de cosa que, conforme a su normal uso haya sido empleada para una edificación, provocando el vicio, en cuyo caso se prevé un plazo de prescripción de cinco años.

El actual § 437 *BGB* concede, así, al comprador la posibilidad de pedir cumplimiento forzoso, y, en su caso, la resolución del contrato o una de indemnización de daños y perjuicios, así como la posibilidad de pedir una reducción proporcional del precio, lo que significa una curiosa pervivencia de la acción *quanti minoris* en el marco de un esquema para el que no estaba pensada, cual es el del incumplimiento.

Hay que destacar que, tras la reforma, el Derecho alemán ha realizado una notable uniformización de los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de cosa defectuosa, eliminan-

do la antigua dicotomía entre acciones edilicias y acciones de incumplimiento, formulando, además, el vigente 434 *BGB*, en su número primero, un concepto funcional de «vicio», que abarca, tanto los supuestos de presencia en la cosa de defectos que la hacen inútil para su uso normal, como también para el uso previsto en el contrato («wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet»).

De gran importancia es también la equiparación que el último número de dicho párrafo establece entre el supuesto de entrega de cosa con vicios y el de entrega de cosa distinta, equiparación esta, que impide que pueda aplicarse la doctrina del *aliud pro alio*, con el fin de que el comprador que ya no puede ejercitar las acciones de incumplimiento, por haber prescrito estas *ex § 438 BGB*, pueda invocar los más amplios plazos generales de prescripción de las acciones de incumplimiento, a fin de ver estimada su pretensión. El número tercero del actual § 438 *BGB* afirma, en efecto, que «Einem Sachmangel sthet es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache (...) liefert».

Destacar, por último, la asimilación entre el régimen jurídico del *Rechtsmangel* con el de *Sachmangl*, asimilación, que, sin embargo, no es completa, al establecerse plazos de prescripción distintos al de dos años, cuando la cosa tenga un vicio jurídico que consista en un derecho real de un tercero que permita solicitar la entrega de la cosa comprada o que puede ser inscrito en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso se prevé un plazo de prescripción de treinta años.

⁹² Dejo fuera de esta exposición en texto el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2013 elaborado por la Sección de Codificación de Derecho Mercantil, que, obviamente, aunque prosperara, no sería aplicable a las ventas de consumo.

No obstante, no puede dejar de destacarse que consagra la obligación de entregar un bien conforme (material y jurídicamente) al contrato (arts. 511-2) y que prevé una regulación unitaria de los remedios jurídicos frente a la falta de conformidad, que consisten en la posibilidad de exigir al vendedor el cumplimiento forzoso, la reducción del precio o la resolución del contrato, lo que es compatible con la indemnización de daños y perjuicios (art. 511-16).

Establece la jerarquización de los remedios jurídicos, de modo que el comprador deberá, en primer lugar, pedir la sustitución o reparación del bien en un plazo razonable (art. 511-17); y solo tendrá derecho a pedir la reducción del precio cuando, «habiendo exigido el cumplimiento del contrato, no hubiera sido ejecutado por el vendedor, dicho cumplimiento resulte imposible, excesivamente oneroso o desproporcionado o tenga razones fundadas para creer que no se va a producir»; y la resolución, en los mismos supuestos, pero, exclusivamente, «si se tratará de un incumplimiento esencial» (art. 511-18).

El comprador deberá notificar al vendedor fehacientemente, mediante una declaración de carácter receptivo, la falta de conformidad dentro del plazo de cinco días, «a contar desde que la conozca o debiera haberla conocido», si es material, plazo que se amplía a 15 días, si es de carácter jurídico (art. 511-12).

La denuncia previa de la falta de conformidad, realizada en dichos plazos de tiempo, es requisito para que el comprador pueda pedir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato, aunque, no obstante, podrá exigir la reducción del precio o la indemnización de daños (excluido el lucro cesante), «si aduce una excusa razonable» para no haberla realizado. Sin embargo, tampoco podrá proceder a la reducción del precio, si no efectúa la denuncia «en el plazo de un año a contar desde el momento en que los bienes estuvieren efectivamente en su poder, salvo que el vendedor haya garantizado por un plazo superior que los bienes serán aptos para su uso ordinario o para el especial al que se destinan». Este plazo se amplía a dos años en el caso de falta de conformidad de carácter jurídico, pero, sin excepción alguna. En cualquier caso, los plazos «se computarán a partir del día en que el comprador conoció o no pudo ignorar la falta de conformidad o el derecho o la pretensión del tercero si afectan a circunstancias que el vendedor conocía o no podía ignorar y no las reveló al comprador» (art. 511-20).

⁹³ A propósito de ella existen publicaciones de gran interés, pudiéndose aquí destacar, por incidir en la materia que es objeto del presente trabajo, las siguientes: CLEMENTE

MEORO, M. (2009). La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española. *Boletín del Ministerio de Justicia*. Núm. 2131, mayo; DÍEZ-PICAZO, L. (2011). La propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. *Boletín del Ministerio de Justicia*. Núm. 2130, abril; FENOY PICÓN, N. (2010). La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento. *ADC*. Fasc. 1.º, 47-136; de la misma autora (2011). La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento. *ADC*. Fasc. 4.º, 1481-1684; GÓMEZ CALLE, E. (2011). Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia. *ADC*, 29-102; SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2011). La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿Lo mejora es enemigo de lo bueno? *ADC*. Fasc. 4.º, 1685-1724; VAQUER ALOY, A. (2011). El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones? *ADC*. Fasc. 1.º, 5-40.

⁹⁴ Téngase en cuenta que la reducción del precio se concibe aquí como un remedio general frente al incumplimiento, y no solo como un remedio específico propio de la compraventa.

⁹⁵ *Vid.*, así, entre otras muchas STS de 19 de mayo de 2008 (*RAJ* 2008, 3091), STS de 11 de marzo de 2011 (*RAJ* 2011, 2767); STS de 18 de noviembre de 2013 (*RAJ* 2013, 2233); o STS de 25 de mayo de 2016 (*RAJ* 2016, 4301).

⁹⁶ STS de 5 de marzo de 2018 (*RAJ* 2018, 898).

⁹⁷ Aunque no será necesaria la fijación de un plazo, «si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones» (art. 1200.III).

⁹⁸ La denominada *Nachfrist*, recogida en el vigente § 323 *BGB* («Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung»).

⁹⁹ SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2011), *cit.*, 1710, observa que, aunque, esta modalidad de resolución está pensada para los casos en que el incumplimiento no sea esencial, el acreedor, puede, no obstante, servirse de ella, si duda del carácter esencial del incumplimiento o si quiere dar una nueva oportunidad de cumplir al deudor.

¹⁰⁰ En la Exposición de Motivos se explica que «La razón de la jerarquización de los medios está en el intento de conservar el contrato en sus términos iniciales y dar al vendedor la oportunidad de subsanar su inicial incumplimiento».

¹⁰¹ No creo que normas de tanto calado como las recurridas se puedan salvar de la tacha de constitucionalidad con el simple argumento de que se contienen en la regulación de un contrato particular, pues afectan a conceptos, como el de incumplimiento, que son claves en la teoría general de la obligación.

¹⁰² ATC de 3 de octubre de 2017 (BOE-A-2017-11780) levantó, en efecto (por cuanto aquí nos interesa), la suspensión de la vigencia y aplicación del artículo 3 en cuanto a los artículos 621-1 a 621-54, 621-56 y 621-57 del Código civil de Cataluña, que había sido acordada por Providencia TC de 14 de junio de 2017.

¹⁰³ Lo hace, a mi juicio, usando una expresión poco afortunada. Dice, así, que el vendedor tiene la obligación de «Garantizar que el bien es conforme al contrato». La expresión «garantizar» es una reminiscencia de la vieja disciplina del saneamiento. No se trata de que el vendedor garantice la inexistencia de defectos del bien, sino que asume contractualmente la obligación de entregar un bien conforme a lo pactado o razonablemente presupuestado por las partes.

¹⁰⁴ Según el artículo 7, los «bienes deben estar libres de cualesquiera derechos de terceros, incluido por motivos de propiedad intelectual de forma que los bienes puedan utilizarse de conformidad con el contrato». El precepto es, pues, más riguroso que el artículo 102.1 CESL, según el cual, «Los bienes y los contenidos digitales deberán estar libres de cualquier derecho o pretensión no manifiestamente infundada de terceros», expresión esta última, que parecía

estar referida a las pretensiones basadas en la propiedad intelectual, a las que se refiere el artículo 102.2 CESL.

¹⁰⁵ Lo evidencia en sentido crítico ARROYO AMAYUELAS, E. (2016), *cit.*, 12, en relación con la PDirCL

¹⁰⁶ Análoga solución se encuentra en el artículo 99.3 CESL. De hecho, el artículo 104 CESL prevé, exclusivamente, en relación con los contratos entre comerciantes (con exclusión de los contratos en que intervienen consumidores), que «el vendedor no estará sujeto a responsabilidad alguna por falta de conformidad de los bienes si, en el momento de la celebración del contrato, el comprador conocía o podía esperarse que conociera la falta de conformidad».

¹⁰⁷ A diferencia de lo que acontecía con la Directiva, se establece un parámetro para calcular la reducción del precio, que «será proporcionada a la disminución del valor de los bienes recibidos por el consumidor en comparación con el valor que tendrían los bienes si fueran conformes con el contrato».

¹⁰⁸ En esto se aparta del CESL, cuyo artículo 114 permitía al consumidor resolver el contrato directamente, sin necesidad de instar previamente el cumplimiento forzoso, siempre que la falta de conformidad no fuese «insignificante». La posibilidad de resolver directamente el contrato por incumplimientos «esenciales» es contemplada por el artículo 9:301 PCL., así como por el artículo IV.A-4:201 DCFR, que, no obstante, tratándose de ventas de bienes de consumo, considera bastante que la falta de conformidad no sea de escasa importancia.

¹⁰⁹ Se refiere —parece ser— a una ilegalidad sobrevenida, tal y como expresamente se deducía del artículo 110.3.a CESL. ARROYO AMAYUELAS, E. (2016), *cit.*, 20, se refiere también a la posibilidad de incluir en este supuesto al caso en que la adquisición y la reparación/sustitución se rijan por legislaciones nacionales diversas.

¹¹⁰ Expuesta en STJUE de 16 de junio de 2011, C-65/09, Weber.

¹¹¹ Esto último, sobrevidamente a la conclusión del contrato, tal y como expresamente dice el artículo 110.3.a CESL

¹¹² Lo mismo preveía el artículo 111.2 CESL para el supuesto de que el consumidor hubiera optado por el cumplimiento forzoso, si bien marca un plazo máximo de treinta días para llevar a cabo la subsanación de la falta de conformidad, pasado el cual el comprador puede acudir a otro remedio jurídico del elegido inicialmente.

¹¹³ En sentido semejante se pronunciaba el artículo 16 CESL, que regulaba la resolución por incumplimiento imprevisible en los siguientes términos: «El comprador podrá resolver el contrato antes de que venza el cumplimiento si el vendedor ha declarado, o queda claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuera de tal naturaleza que justificara la resolución». *Vid.*, también artículo 9:304 PECL y artículo III.-3:504 DCFR, regulando la resolución por incumplimiento previsible.

Lo que no recoge la Propuesta es la resolución por demora en la entrega tras la notificación de fijación de un plazo adicional de cumplimiento, que, en cambio, sí recogía el artículo 115 CESL. *vid.*, también artículo 8:106 PECL y el artículo III.-3:503: DCFR.

¹¹⁴ Esta explicación no acaba de convencer a ARROYO AMAYUELAS, E. (2016), *cit.*, 14, quien se pregunta si la medida no redundará en beneficio de los vendedores, que se verán liberados de los costes adicionales de gestionar las notificaciones de los compradores y de la incomodidad de responder negativamente a las pretensiones de satisfacción contenidas en las notificaciones.

¹¹⁵ En esto, se aparta de lo dispuesto en el artículo 114 CESL, que prevé que el comprador pueda directamente resolver el contrato si el incumplimiento del vendedor es «esencial», y, si se trata de un consumidor, siempre que la falta de conformidad no sea «insignificante».

¹¹⁶ Que tiene precedente, aunque no exacto, en el más detallado artículo 113 CESL.

¹¹⁷ Cfr., entre otras, STS de 12 de julio de 1991 (*RAJ* 1991, 1547), STS de 21 de marzo de 2001 (*RAJ* 2001, 4748) STS de 17 de febrero de 2003 (*RAJ* 2003, 1165), STS de 26 de febrero de 2013 (*RAJ* 2013, 2156) o STS de 14 de diciembre de 2015 (*RAJ* 2015, 5743)

¹¹⁸ El momento al que hay que atender para valorar la conformidad de la prestación es el de la transmisión del riesgo. El artículo 8.1 establece, así, la responsabilidad del vendedor por

«cualquier falta de conformidad con el contrato» que exista en el momento en que los bienes sean entregados al consumidor (o un tercero indicado por el consumidor) o «al transportista elegido por el consumidor, si dicho transportista no fue propuesto por el vendedor o si el vendedor no propone un medio de transporte».

¹¹⁹ En esto el precepto se aparta del artículo 105.2 CESL, que establece el plazo de seis meses a efectos de inversión de la carga de la prueba.

¹²⁰ En este punto se sigue la solución del CESL, que no subordina el derecho del consumidor a reclamar por la falta de conformidad a la previa notificación al vendedor; en cambio, cuando el comprador es un comerciante, sí se exige la notificación previa (art. 102.2 y 3), en los términos previstos en el artículo 122.

¹²¹ En particular, a la luz de STJUE (Sala 1.^a) 16 de junio de 2011, C-65 y C-97/09, Weber y Putz.

¹²² En el mismo sentido artículo 112.2 CESL.

¹²³ Es la doctrina jurisprudencial sentada por STJUE (Sala 1.^a) 17 de abril de 2008, C-404/06, Quelle.

¹²⁴ El artículo 118 CESL se limitaba a decir que «El derecho a la resolución en virtud de lo dispuesto en la presente sección se ejercerá previa notificación al vendedor».

¹²⁵ Cfr. ya STS de 24 de octubre de 1941 (*RAJ* 1941, 1091) y STS de 28 de enero de 1943 (*RAJ* 1943, 121); posteriormente, entre otras muchas, STS de 20 de junio de 1980 (*RAJ* 1980, 2412); STS de 29 de diciembre de 1995 (*RAJ* 1995, 9611); STS de 10 de julio de 2003 (*RAJ* 2003, 4339), STS de 14 de diciembre de 2015 (*RAJ* 2015, 5743).

¹²⁶ STS de 26 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006, 400).

¹²⁷ Según el artículo 2.I, a efectos de la PDirSCD, se entenderá por «contenido digital»: «a) datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo, vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de software; b) servicio que permite la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor; y c) servicio que permite compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio».

¹²⁸ Téngase en cuenta, no obstante, que, como prevé el artículo 2.XV, la PDirSCD «no se aplicará a contenidos digitales suministrados por una contraprestación no dineraria en la medida en que el proveedor solicite del consumidor datos personales cuyo tratamiento sea estrictamente necesario para la ejecución del contrato o para cumplir requisitos legales, y el proveedor no los someta a otro tratamiento que sea incompatible con este fin»; y tampoco «se aplicará a ningún otro dato que el proveedor solicite del consumidor con el fin de garantizar que los contenidos digitales son conformes con el contrato o cumplir requisitos legales, y el proveedor no utiliza dichos datos con fines comerciales». El artículo 2.XVI excluye, además, la aplicación de la PDirSCD a los servicios de comunicación electrónico, salud, juego y financieros, así como a los «servicios prestados con un elemento predominante de intervención humana cuando el formato digital se utilice principalmente para transferir los contenidos».

¹²⁹ En el Considerando 31 se observa que «Los defectos legales son especialmente importantes para los contenidos digitales que, por su naturaleza, están sujetos a derechos de propiedad intelectual. Por tanto, el proveedor estaría obligado a garantizar que los contenidos digitales están libres de cualquier derecho de un tercero, por ejemplo, una reclamación en concepto de derechos de autor en relación con los contenidos digitales en virtud del contrato».

¹³⁰ En el Considerando 30 se explica que «Para trabajar adecuadamente, los contenidos digitales deben integrarse correctamente en el entorno de hardware y software del consumidor. Si la falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales se deriva de una integración incorrecta, debe considerarse como una falta de conformidad con el contrato de los propios contenidos digitales, si fueron integrados por el proveedor o bajo su control, o por el consumidor siguiendo las instrucciones del proveedor y su incorrecta integración se debió a una deficiencia en las instrucciones de integración. En estos casos, el origen de la falta de conformidad se inscribe en la esfera del proveedor».

¹³¹ Según CÁMARA LAPUENTE, S. (2016), *cit.*, 63, el precepto «parece querer restringir explícitamente qué faltas de conformidad pueden dar lugar a la resolución, pero no prejuzga el grado de gravedad de esas faltas».

¹³² Según el artículo 37.VI, *in fine*, de la Propuesta DirSCD «La carga de la prueba de que la falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales no impide su funcionalidad, interoperabilidad y otras características principales de funcionamiento de los contenidos digitales corresponderá al proveedor».

¹³³ Se incluyen, además, tres tipos de resolución por causas distintas a la falta de conformidad, esto es, por falta de suministro inmediato de los contenidos digitales (art. 11), por modificación de los mismos (art. 15) y por el transcurso del plazo de 12 meses en los contratos de larga duración (art. 16), lo que más bien parece un caso de desistimiento.

¹³⁴ CÁMARA LAPUENTE, S. (2016), *cit.*, 69, que, trata de la cuestión extensamente, proponiendo otros ejemplos, en los que el consumidor no puede pretender a eliminación de los contenidos.

¹³⁵ Como explica el Considerando 39, se trata de garantizar a los consumidores «que puedan beneficiarse de una protección efectiva en relación con el derecho a resolver el contrato».

¹³⁶ «En el momento de resolución, el proveedor podrá impedir cualquier otro uso de los contenidos digitales por el consumidor, en particular haciendo que los contenidos digitales no sean accesibles para el consumidor o inhabilitando la cuenta de usuario del consumidor, sin perjuicio del apartado 2, letra c)» (art. 13.III).

¹³⁷ «El proveedor reembolsará al consumidor la parte del precio pagado correspondiente al periodo de tiempo durante el que los contenidos digitales no hayan sido conformes con el contrato» (art. 13.VI).

(Trabajo recibido el 13-9-2018 y aceptado para su publicación el 17-9-2018)

El acta notarial de notoriedad: la conveniencia de su revitalización en el tráfico jurídico. Algunas de sus aplicaciones frecuentes y relevantes

*The notarial deed of declaration:
the convenience of its revitalization in
the legal traffic. Some of its frequent
and relevant applications*

por

ANTONIA NIETO ALONSO
*Profesora titular de Derecho civil
Acreditada a catedrática de Universidad
Universidad de Santiago de Compostela*

RESUMEN: El acta notarial de notoriedad tiene como contenido el juicio que emite el notario sobre la notoriedad de un hecho. El notario da fe, entre otros extremos, de las declaraciones de los testigos pero no de la verdad o evidencia del hecho aseverado por los mismos; no percibe el hecho notorio de «*visu et auditu*» sino mediáticamente; no afirma la evidencia personal de un hecho, sino un juicio de valoración de pruebas.

Con el trabajo que se presenta se quiere resaltar el relevante papel, no solo del acta de notoriedad, sino también de la intervención del notario en la vida jurídica, en general, y, en particular, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

El notario ejerce un *officium publicum* desde una organización profesional o privada atribuyendo la ley, por delegación del Estado, privilegiados efectos a los documentos que autoriza o interviene.

No se pretenden agotar todos los supuestos en los que el acta de notoriedad pueda jugar un papel relevante; no existe *numerus clausus* en esta materia; por consiguiente, analizaré los que considero más relevantes. Así, estudiaré el papel del acta de notoriedad para acreditar extremos de interés para las sustituciones hereditarias, como título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro para la declaración de herederos abintestato; como expediente idóneo para acreditar el cumplimiento de condiciones y, en particular, de la condición de cuidar al testador. Por otra parte, analizaré la posibilidad de complementar el título traslativo inmatriculable mediante acta de notoriedad.

ABSTRACT: The notarial deed of declaration («acta notarial de notoriedad») has as its content the judgment issued by the notary about on the notoriety of a fact. The notary attests, among other things, the statements of the witnesses but not the truth or evidence of the fact asserted by them; he does not perceive the notorious fact of «visu et auditu» but mediately; the notary does not affirm the personal evidence of a fact, but a judgment of evaluation of evidences.

This paper highlights the relevant role, not only of the notarial deed of decalration, but also of the notary's intervention in legal life, in general, and, in particular, within the scope of non-contentious proceedings («jurisdicción voluntaria»). The notary exercises an officium publicum from a professional or private organization attributing the law, by delegation of the State, privileged effects to the documents which he authorizes or in which he intervenes.

It is not intended to deal with all the cases in which the notarial deed of declaration («acta notarial de notoriedad») might play a relevant role; furthermore, there is no numerus clausus in this matter; therefore, only most relevant cases will be analysed. In this regard, this study will focus on the role of the notoriety act to accredit issues of interest for hereditary substitutions, as title of the hereditary succession to the effects of the Property Registry for the declaration of heirs abintestato, as the ideal means of proving compliance with conditions and, in particular, the condition of taking care of the testator. On the other hand, the possibility of supplementing the inmatriculable translatory title by notorietiy act will be also analysed.

PALABRAS CLAVE: Acta notarial de notoriedad. Jurisdicción voluntaria. Sustituciones hereditarias. Declaración de herederos abintestato. Inmatriculación mediante doble título público.

KEY WORDS: *The notarial deed of declaration. Non-contentious proceedings. Hereditary substitutions. Declaration of heirs abintestato. Inmatriculation by double public title.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: APLICACIONES FRECUENTES Y RELEVANTES DEL ACTA NOTARIAL DE NOTORIEDAD.—II. EL ACTA DE NOTORIEDAD COMO PRUEBA FEHACIENTE CUANDO LOS SUSTITUTOS NO APARECEN DESIGNADOS NOMINATIVAMENTE Y TÍTULO IDÓNEO PARA ACREDITAR OTROS EXTREMOS DE INTERÉS PARA LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS, EN ESPECIAL, LA INEXISTENCIA DE SUSTITUTOS.—III. EL ACTA DE NOTORIEDAD COMO TÍTULO DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA A LOS EFECTOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD PARA LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO: 1. LA PROGRESIVA DESJUDICIALIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO Y LA NATURALEZA DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL. 2. LA TRAMITACIÓN DEL ACTA DE NOTORIEDAD PARA LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO Y LA CUESTIÓN DEL SISTEMA DE ACTA ÚNICA O DE LA DOBLE ACTA: 2.A. *La tramitación del acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato.* 2.B. *La cuestión del sistema de acta única o de la doble acta.* 3. EL ACTA NOTARIAL DE NOTORIEDAD COMO TÍTULO FORMAL, PERO TAMBIÉN CAUSAL PARA LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO.—IV. EL ACTA DE NOTORIEDAD COMO EXPEDIENTE IDÓNEO PARA ACREDITAR EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN TESTAMENTARIA DE CUIDAR AL TESTADOR: 1. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS ORDENADAS A FAVOR DE QUIEN CUIDE AL TESTADOR O A OTRAS PERSONAS POR ÉL DESIGNADAS. 2. EL ACTA NOTARIAL DE NOTORIEDAD COMO PRUEBA PARA ACREDITAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS ASISTENCIAS Y DE LA PERSONA QUE LAS CUMPLIÓ.—V. INMATRICULACIÓN POR DOBLE TÍTULO PÚBLICO: LA POSIBILIDAD DE COMPLEMENTAR EL TÍTULO INMATRICULADOR CON ACTA DE NOTORIEDAD, DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 205 LH Y 209 RN: 1. LA INMATRICULACIÓN POR DOBLE TÍTULO PÚBLICO EN LA LEY 13/2015, DE 24 DE JUNIO, DE REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA Y DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CATASTRO INMOBILIARIO. 2. LA POSIBILIDAD DE COMPLEMENTAR EL TÍTULO TRASLATIVO INMATRICULABLE MEDIANTE ACTA DE NOTORIEDAD, COMO TÍTULO PÚBLICO DE ADQUISICIÓN IDÓNEO PARA SALVAR DEFECTOS Y PROCEDER A LA INMATRICULACIÓN PRETENDIDA.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.—ÍNDICE DE RDGRN.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO: APLICACIONES FRECUENTES Y RELEVANTES DEL ACTA NOTARIAL DE NOTORIEDAD

Las actas de notoriedad fueron reguladas por primera vez en el Reglamento Notarial de 8 de agosto de 1935, cuyo artículo 209 disponía que en tales actas

«se observarán los requisitos preceptuados para las de referencia», por lo que para comprobar la notoriedad tenían carácter preeminente «las declaraciones de los testigos juradas o prestadas por su honor», añadiéndose a este elemento otros como los anuncios, las notificaciones o requerimientos y la «Relación de los documentos presentados como comprobantes de la notoriedad del hecho y su calificación legal». Como afirmó don Manuel DE LA CÁMARA, el contenido propio y característico de este instrumento público no está integrado por una o varias afirmaciones del notario en orden a los hechos que para él son evidentes, «sino por un juicio del notario referente a un hecho no comprobado *de visu et auditu sui sensibus* [...]. En ellas el notario no afirma la realidad de un hecho que presencia, que percibe por sus propios sentidos, se limita solamente a aseverar que, a su juicio, la notoriedad de un hecho está suficientemente probada»¹.

Según sostiene la Dirección General de los Registros y del Notariado en la RDGRN de 16 de abril de 2013², —doctrina reiterada por las RDGRN de 13 de julio de 2016 y de 27 de octubre de 2016³—, este tipo de actas tienen como contenido el juicio que emite el notario sobre la notoriedad de un hecho, es decir sobre una serie de circunstancias por las cuales ese hecho no necesita prueba. El notario no da fe de la verdad de ese hecho ni de la exactitud de su notoriedad sino que se limita a expresar un juicio sobre esa notoriedad. Da fe, entre otros extremos, de las declaraciones de los testigos pero no de la verdad o evidencia del hecho aseverado por los mismos. El notario no percibe el hecho notorio de «*visu et auditu*» sino mediáticamente. No afirma la evidencia personal de un hecho, sino un juicio de valoración de pruebas. Son actas de percepción de declaraciones o de documentos, con el añadido del juicio de notoriedad. Al comentar el artículo 209 del Reglamento Notarial, SOLÍS VILLA y MORILLO han entendido por «notoriedad» la circunstancia que, recayendo sobre un hecho, le trasmuta en hecho notorio, dispensando así la prueba del hecho en sí; además, aclaran que la notoriedad que constituye objeto de estas actas no es, obviamente, la notoriedad absoluta o universal de un hecho, pues tal circunstancia no precisa un acta para hacerse valer; sino una notoriedad relativa o local que, mediante el acta, podría surtir efectos fuera de aquellos límites, que es para lo que sirven estas actas⁴. Como observa HERRERO OVIEDO, en las actas de notoriedad el notario no se limita a constatar la realización de un hecho, sino que deberá proceder a emitir un juicio sobre los hechos que percibe⁵. En otro lugar, la autora reconoció que a pesar de la dilatada historia de estas actas notariales, ha sido hace relativamente poco tiempo cuando se han puesto de relieve las dificultades que se desprenden de la general y mínima regulación que de ellas se hace⁶.

Desde la práctica notarial, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, no han obviado aludir a la responsabilidad y al especial cuidado que ha de manifestar el notario en la formación

de un juicio de notoriedad —sus opiniones se compadecen muy bien con las rigurosas exigencias que hoy requiere el Centro Directivo para las actas de notoriedad, como se verá a lo largo de este estudio—. Así, advierten con atino que no es posible observar un automatismo en la redacción de estas actas, sino que el notario valorará con extremo cuidado los hechos y las pruebas practicadas, que podrá exigir de variada naturaleza. Consideran que solo cuando el notario se haya formado un juicio indubitable de lo probado y así sea considerado en el ámbito social en que ejerce su función o en un círculo razonable de personas podrá declarar la notoriedad. En otro caso, denegará la notoriedad solicitada⁷. Además, al comentar el artículo 146 RN, en relación a la responsabilidad del notario, reconocen que puede ser una responsabilidad penal, civil o administrativa. Debe tratarse de una responsabilidad generada por dolo, culpa o ignorancia inexcusable⁸. Opinan los autores, con acierto, que la responsabilidad *ex artis* se presume en su cualificación profesional —por ejemplo, el asesoramiento para alcanzar un medio jurídico— pero no en las parcelas que exceden de su competencia —tales como aquellas consecuencias fiscales derivadas de ulterior inspección por hechos concurrentes con el documento notarial—⁹.

Por otra parte, con el trabajo que se presenta se quiere resaltar el relevante papel de la intervención del notario y del registrador de la propiedad en la vida jurídica, en general, y, en particular, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, no en vano, esa defensa de la cualificación técnica de estos profesionales del Derecho la puso de manifiesto el Preámbulo de la Ley de la jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio). Por ejemplo, cuando afirma que «[...] la Ley de la jurisdicción voluntaria [...], 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 aúnán 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 encargaban a los jueces. [...]. La solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores. El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado

o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente» (apartado V). Continúa afirmando el Preámbulo de la LJV que «*De la separación de determinados asuntos del ámbito competencial de los jueces y magistrados solo cabe esperar, pues, beneficios para todos los sujetos implicados en la jurisdicción voluntaria*: para el ciudadano, en la medida en que ello debe tener como consecuencia [...], una mayor efectividad de sus derechos sin pérdida de garantías; para secretarios judiciales, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, por la nueva dimensión que se les da como servidores públicos, consecuente con su real cualificación técnica y el papel relevante que desempeñan en el tráfico jurídico [...]. El objetivo trazado en el plan inicial era asignar cada materia a aquel operador jurídico a quien, por su cercanía material o por garantizar una respuesta más pronta al ciudadano, era aconsejable que se hiciera cargo de su conocimiento; o a aquel a quien, en virtud de la naturaleza del interés o del derecho en juego, le fuera constitucionalmente exigible encargarse de la tramitación de dicha materia» (apartado VI) —la cursiva es mía—¹⁰. Como se reconoció por la doctrina: «el notario ejerce un *officium publicum* desde una organización profesional o privada atribuyendo la ley, por delegación del Estado, privilegiados efectos a los documentos que autoriza o interviene»¹¹.

No se pretende con el presente trabajo agotar todos los supuestos en los que el acta notarial de notoriedad pueda jugar un papel relevante; sería tarea imposible porque, como se recuerda por la doctrina notarial, son muchos y muy variados los supuestos que la vida práctica puede ofrecer en los que resulte adecuado o conveniente acreditar la notoriedad de determinados hechos: «No existe *numerus clausus* en esta materia»¹². Por consiguiente, aunque sean numerosos los supuestos imaginables en los que puede jugar un importante y decisivo papel el acta de notoriedad, analizaré los que considero más relevantes. Me centraré, en especial, en el ámbito del Derecho de sucesiones y estudiaré el papel del acta de notoriedad para acreditar diversos extremos de interés para las sustituciones hereditarias (se trate de sustitución vulgar o fideicomisaria); me detendré, en el acta de notoriedad como título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro de la Propiedad para la declaración de herederos abintestato (*ex art. 14.1 LH*); también, me ocuparé, aunque solo sea a vuelta pluma, del acta de notoriedad como expediente idóneo para acreditar el cumplimiento de condiciones y, en particular, de la condición de cuidar al testador. Por otra parte, ya en ámbito del Derecho inmobiliario registral *stricto sensu*, analizaré la posibilidad de complementar el título traslativo inmatriculable mediante acta de notoriedad, título público de adquisición, aunque no lo diga expresamente el artículo 205 LH.

II. EL ACTA DE NOTORIEDAD COMO PRUEBA FEHACIENTE CUANDO LOS SUSTITUTOS NO APARECEN DESIGNADOS NOMINATIVAMENTE Y TÍTULO IDÓNEO PARA ACREDITAR OTROS EXTREMOS DE INTERÉS PARA LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS, EN ESPECIAL, LA INEXISTENCIA DE SUSTITUTOS

Desde la experiencia notarial, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, han puesto de manifiesto como las actas de notoriedad pueden ser empleadas para diversos fines y, entre ellos, admiten su utilización en los supuestos en que sea requerido por una norma y en general para declarar derechos y legitimar situaciones personales de variada índole «tales como la determinación de los sustitutos o el carácter de descendiente o consanguíneo en determinado grado a los efectos de los artículos 774 y siguientes y, 781 del Código civil», sin perjuicio de otros supuestos imaginables sobre los que no hay *numerus clausus*¹³. Por lo que atañe a la relevancia del acta de notoriedad en el ámbito de las sustituciones hereditarias, constituye una norma esencial, el apartado tercero del artículo 82 RH, a cuyo tenor: «En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrán determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, siempre que de las cláusulas de sustitución o de la Ley no resulte la necesidad de otro medio de prueba». A mayor abundamiento, el apartado cuarto del citado artículo dispone que «El acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineeficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella»¹⁴. También, el Libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (Ley 10/2008, de 10 de julio), en materia de sustituciones fideicomisarias, recurre al acta de notoriedad para acreditar el incumplimiento de la condición a efectos de cancelación de fideicomisos condicionales. En efecto, en materia de fideicomisos, precisamente, es relevante la disposición transitoria cuarta (apartado 3), que pretende facilitar la cancelación en el Registro de la Propiedad de los asentamientos referentes a sustituciones fideicomisarias condicionales, sin recurrir al expediente de liberación de cargas, siempre y cuando pueda acreditarse mediante un acta de notoriedad que se ha incumplido la condición o que han transcurrido más de treinta años desde la muerte del fiduciario y los herederos de este o sus causahabientes han poseído como tales los bienes del fideicomiso sin que conste en el Registro ninguna inscripción o anotación a favor de los fideicomisarios que pueda denotar la vigencia de su derecho. En relación a la aplicación del citado artículo 82.3.^º del Reglamento Hipotecario en la doctrina de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha de advertirse la distinción entre la necesidad de acreditar por acta de notoriedad quienes sean los sustitutos en los casos en los que no han

sido determinados nominativamente, de los supuestos en que se declara que no es necesario acreditar el hecho negativo de que existan otros sustitutos que los resultantes del título sucesorio, como se observará, a continuación.

Respecto a la primera cuestión, es decir, a la conveniencia de acudir al acta de notoriedad como prueba fehaciente en la determinación de sustitutos innominados, destaca por su contundencia en la exigencia del recurso al acta de notoriedad, la RDGRN de 21 de febrero de 1992¹⁵, que, con fundamento en la necesidad de conseguir mayor seguridad jurídica, exige como prueba fehaciente el acta de notoriedad, cuando no aparecen designados nominativamente los sustitutos. La única cuestión a debatir en el recurso era la de decidir si a efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de una partición era suficiente para la determinación de los que son llamados a una herencia por vía de sustitución cuando no aparecen designados nominativamente, la sola manifestación hecha ante notario por quienes alegan ser tales sustitutos y por otros comparecientes, o, si por el contrario se precisa —como sostiene el registrador en su nota— prueba fehaciente de tal extremo. Concluye en esta resolución el Centro Directivo, apelando a la seguridad jurídica, que la sola consideración de la inseguridad que provocaría la tesis mantenida por el notario recurrente en orden a la firmeza de la partición de ese modo realizada, así como la evidente inadmisión en la esfera registral —regida por el principio de titulación fehaciente del hecho o acto inscribible [*vid. el art. 3 LH*]— de un pretendido medio de prueba que se reduce a las manifestaciones de quienes invocan la condición debatida y de otros particulares, bastaría para la desestimación del recurso: «mas esta viene además confirmada por el texto claro y categórico del artículo 82 párrafo tercero del Reglamento Hipotecario cuando exige acta de notoriedad para la determinación del extremo ahora cuestionado [...]. Insiste en la misma doctrina la RDGRN de 30 de enero de 2004¹⁶, al declarar que en los supuestos de establecimiento de una sustitución fideicomisaria sin designar nominativamente a los sustitutos fideicomisarios —lo que ocurre en el caso debatido, en el que se llamó usufructuaria a una sobrina y se dispuso que a su fallecimiento los bienes pasarían también en usufructo a los descendientes legítimos de aquella y que fallecidos estos, los bienes pasarían en pleno dominio a sus descendientes legítimos—, señala el Centro Directivo que es indudable que para la inscripción de los bienes fideicomitidos a favor de los fideicomisarios, no basta el solo testamento del causante, sino que se precisa un título adicional que determine quiénes son efectivamente las personas en cuyo favor ha de operarse la restitución fideicomisaria, título que bien puede ser el título sucesorio de los fiduciarios llamados en segundo lugar, o bien el acta de notoriedad (*ex art. 82.3.º RH*), otorgada una vez producido el evento de que depende la sustitución fideicomisaria [la muerte de los fiduciarios usufructuarios]: «sin que sea suficiente al respecto un documento otorgado mucho antes de dicho evento por el primer fiduciario y sus dos únicos hijos en esa fecha».

Por otra parte, y ya en relación a la sustitución vulgar y al acta de notoriedad como prueba fehaciente para la determinación de los llamados a una herencia como sustitutos cuando no aparecen designados nominativamente, la RDGRN de 13 de diciembre de 2007¹⁷, declaró la obligación de determinar nominativamente los que son llamados a una herencia como sustitutos vulgares por premoriencia del instituido heredero, para lo que se requirió acta de notoriedad u otro instrumento público, por no bastar la simple manifestación ante notario hecha por quienes alegan ser los sustitutos. Resolución que resuelve el caso apelando a la doctrina de la RDGRN de 21 de mayo de 2003¹⁸, que entendió que «establecida en el testamento una sustitución vulgar a favor de los descendientes de los herederos premuertos, acreditada la premoriencia de una de las herederas, ha de acreditarse que carece de descendientes, pues estos son los llamados para el caso de la sustitución vulgar, por lo que si se pretende el acrecimiento a favor de los coherederos hermanos, ha de acreditarse que la sustitución vulgar no ha tenido efecto, sin que este problema pueda confundirse con el de la no necesidad de acreditar que no existan otros llamados a la sucesión que los designados, por ser problema diferente y ello puede acreditarse por acta de notoriedad o por otro medio fehaciente».

Por lo que atañe a la segunda cuestión que se plantea, es decir, a la innecesidad de que se acredite la inexistencia de otros descendientes posteriores a los designados en el testamento, destaca la RDGRN de 8 de mayo de 2001¹⁹, en el caso resuelto la adjudicación de los bienes en usufructo vitalicio se hace a favor de la sobrina del testador, bienes que pasarían a los hijos que dejase la usufructuaria, por partes iguales en pleno dominio. Fallecida la usufructuaria, se presenta en el Registro copia de la escritura de aceptación y extinción del fideicomiso; el registrador suspende la inscripción por no acompañarse acta de notoriedad de determinación de los sustitutos llamados, por entender que pueden existir otros sustitutos no designados en los correspondientes testamentos. Al resolver el recurso, la Dirección General estimó que no podía exigirse que se acredite la inexistencia de otros descendientes posteriores a los designados en el testamento. En tal sentido, aunque el caso resuelto fuese en relación no a una sustitución fideicomisaria, sino a una sustitución vulgar, la RDGRN de 21 de mayo de 2003²⁰, al reproducir la doctrina de la RDGRN de 8 de mayo de 2001 que se acaba de examinar, declara que, acreditado con el título sucesorio del sustituido que los que invocan la condición de sustitutos eran descendientes del mismo y como tales llamados a sustituirlo, no es necesario acreditar el hecho negativo de que no existen otros que los resultantes de ese título: «lo que abona el carácter no absolutamente necesario sino facultativo del acta de notoriedad» a que se refiere el artículo 82.3.^º RH. Apela esta resolución a la muy reiterada doctrina del Centro Directivo, de un siglo de existencia y recogida en la RDGRN de 2 de diciembre de 1897²¹, cuando considera que «ni la legislación especial

[...], ni el Código civil, ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominalmente como herederos en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esta cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos, si el instituido o los instituidos reunían este carácter, o que no dejó ningún heredero forzoso, ni el nombrado era una persona extraña; por cuya razón no han establecido tampoco procedimientos encaminados a obtener la justificación de semejantes circunstancias negativas» —Considerando segundo—.

Otra de las funciones que puede desempeñar el acta de notoriedad en las sustituciones hereditarias es el de servir como vehículo para acreditar la inexistencia de descendientes llamados como sustitutos vulgares para que proceda, por ejemplo, el acrecimiento de coherederos o, en su caso, la apertura de la sucesión intestada. En este sentido, destaca la RDGRN de 9 de marzo de 2017²². En el caso resuelto, se había producido la renuncia a la herencia por los herederos testamentarios y los hijos de estos y faltaba la acreditación de que la herencia estuviese distribuida en legados, para que, ante el llamamiento sustitutorio vacante sean llamados los herederos abintestato. En fin, en el presente expediente, se trata de acreditar la ineeficacia del llamamiento sustitutorio como consecuencia de las renuncias producidas. Para resolver el caso, el Centro Directivo se remite a la doctrina de las RDGRN de 1 de marzo de 2014, de 29 de enero y 6 de junio de 2016²³, que al tomar en consideración los párrafos tercero y cuarto del artículo 82 RH, concluyeron con la siguiente doctrina: de estos dos párrafos del precepto reglamentario, que son específicos de aplicación a las sustituciones hereditarias «de cualquier clase» se desprende lo siguiente: 1.) Que, a efectos registrales, que son los que contempla el Reglamento Hipotecario, no es suficiente la mera manifestación «para hacer constar la ineeficacia del llamamiento sustitutorio», por cuanto ambos párrafos se refieren a la «acreditación» del hecho; 2.) Que el Reglamento admite el acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial como medio adecuado para acreditar tal ineeficacia, que cuando se trate de un «hecho», es en este caso un hecho negativo, pues consiste en acreditar la inexistencia de los descendientes llamados como sustitutos vulgares para así dar paso, por ejemplo, al derecho de acrecer; 3.) Que el supuesto más frecuente, e incluso típico, de «ineeficacia del llamamiento sustitutorio» es precisamente la inexistencia de descendientes y que se trata de un hecho que es susceptible de acreditarse por medio de acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, por la vía del artículo 209 del mismo, pues, si para acreditar la declaración de herederos abintestato se prevé el acta de notoriedad del artículo 209 bis del mismo Reglamento, no existe obstáculo para que uno de los extremos que es necesario acreditar por esta última, pueda acreditarse por el acta de notoriedad ordinaria del artículo 209 cuando no haya necesidad de acudir al acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato; y, 4.) Que el acta de notoriedad no es el

medio exclusivo para acreditar la ineeficacia del llamamiento sustitutorio, puesto que el artículo 82 establece que «podrá determinarse» por ella (párrafo tercero) y que «también será título suficiente» (párrafo cuarto), por lo que también existen otros medios de acreditación, tal como ha señalado este Centro Directivo, y concretamente, aparte del testamento del heredero sustituido [en el que se haya recogido su declaración sobre la inexistencia de los que tendrían la condición de sustitutos] existe en todo caso la posibilidad de obtener la declaración de herederos abintestato del propio sustituto. En definitiva, en esta resolución se admiten diversos medios para acreditar la inexistencia de sustitutos distintos del acta de notoriedad, entendiendo actualmente este Centro Directivo que pudiera admitirse incluso la realizada por los albaceas atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso (cfr., también, la RDGRN de 30 de septiembre de 2013²⁴) —Doctrina reproducida por las RRDGRN de 9 de marzo, 5 de septiembre y 2 de noviembre de 2017—²⁵.

En relación a la posibilidad de que sea el albacea el que acredite la inexistencia de descendientes llamados como sustitutos vulgares, destaca, descartando tal opción por falta de atribución de facultades especiales, la RDGRN de 1 de marzo de 2014²⁶, que estimó que no cabía el derecho de acrecer sin la acreditación previa de la inexistencia de sustitutos vulgares del heredero premuerto, porque no cabe acreditar la inexistencia de descendientes llamados como sustitutos vulgares del heredero premuerto a través de los albaceas nombrados en el testamento, a pesar de que manifiesten ser conocedores de la situación personal del sustituido, por exceder ello de su encargo. Estima la Dirección General que «En principio, los albaceas a los que no se les haya conferido facultades «especiales» solo tienen las facultades comprendidas en el artículo 902 del Código civil [...], ninguna de las cuales se refiere a la decisión acerca de la ineeficacia de los llamamientos sustitutorios [...]»; por consiguiente, concluye el Centro Directivo que «Es precisamente ante la falta de concesión expresa de tales facultades, cuando permite que las declaraciones que procedan se realicen en el ámbito que les es propio, es decir, el del acta de notoriedad del artículo 209 del Reglamento Notarial [...] a la que se refiere el artículo 82.3.^º del Reglamento Hipotecario y en la que el notario competente puede aceptar las declaraciones testificales y demás medios de prueba que estime pertinentes sobre los «hechos positivos y negativos» de que se trate, como dice expresamente el artículo 209 bis del propio Reglamento [...].».

Por lo demás, el acta de notoriedad tendrá singular relevancia en las sustituciones fideicomisarias condicionales (*cum et sine liberis decesserit*). Como han reconocido ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNA I XIRGO, las sustituciones fideicomisarias pueden llegar a no atribuir derecho alguno al fideicomisario, debido a quedar inoperante el gravamen de sustitución en el fideicomiso. Con acierto, los autores declaran que las causas de ello pueden ser varias y el acaecer de alguna de estas puede dar lugar a que en el Registro de

la Propiedad no deba practicarse operación alguna, que origina la consolidación del derecho del fiduciario, por liberación de dicho gravamen. A continuación, se refieren, precisamente, al fideicomiso condicional del tipo *cum et sine liberis decesserit* y admiten como el modo más simple de extinción del fideicomiso el que se produce cuando, siendo condicional la sustitución fideicomisaria, se demuestre que la condición ha quedado incumplida; por ejemplo, cuando en el fideicomiso *si sine liberis decesserit* se demuestre que el fiduciario ha fallecido con ellos, pues en este caso el fiduciario ha quedado libre del fideicomiso, y todo se produce como si el gravamen fideicomisario no hubiera existido. Y lo mismo cuando en el fideicomiso *cum liberis* resulte que el fiduciario ha fallecido sin dejar hijos ni descendientes. Así, «*Para demostrar que el fiduciario ha fallecido con hijos en la sustitución fideicomisaria sine liberis, o que ha fallecido sin ellos en la cum liberis, podrá utilizarse al efecto el acta de notoriedad.* Con ella constará que se ha incumplido la condición correspondiente y quedará totalmente consolidado, si procede, el derecho del fiduciario» —la cursiva es mía—²⁷.

En fin, en tal sentido, destaco la RDGRN de 31 de mayo de 2011, en el caso resuelto, figuraba en el testamento como legataria la fiduciaria y se dispuso que a su fallecimiento los bienes fueran para sus hijos o descendientes y, en defecto de estos, para sus hermanos e hijos de hermanos difuntos. Como afirma el Centro Directivo: «[...] en supuestos como el presente, de establecimiento de una sustitución fideicomisaria sin designar nominativamente a los sustitutos fideicomisarios se precisa un título adicional que determine quiénes son efectivamente las personas en cuyo favor ha de operarse la restitución fideicomisaria, *título que puede ser el acta de notoriedad a que se refiere el artículo 82 RH*, que deberá otorgarse una vez producido el evento del que depende la sustitución [...]. Por ello, deberá aportarse *acta de notoriedad, u otro documento fehaciente, en relación a la existencia e identificación de los sustitutos fideicomisarios*, acompañada, en su caso, de los correspondientes documentos públicos que acrediten que la sustitución no llegó a tener efectividad por renuncia de todos los fideicomisarios a sus derechos en la sustitución o bien por otra causa, quedando purificada la institución y liberada la fiduciaria del fideicomiso». En el caso resuelto, acreditada por acta de notoriedad que la fiduciaria falleció sin descendientes (hijos puestos en condición), «estamos consecuentemente ante una sustitución fideicomisaria del tipo *sine liberis decesserit*, siendo fiduciaria la legataria y fideicomisarios los hermanos e hijos de hermanos difuntos», entendiéndose que este tipo de sustitución fideicomisaria es condicional, al quedar sujeta al evento de que el primer designado fallezca sin descendencia, suceso futuro e incierto que solo podrá saberse con toda certeza al fallecimiento del fiduciario²⁸.

III. EL ACTA DE NOTORIEDAD COMO TÍTULO DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA A LOS EFECTOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD PARA LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO

1. LA PROGRESIVA DESJUDICIALIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO Y LA NATURALEZA DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, entre los actos de jurisdicción voluntaria, creó un proceso incoado a instancia de parte, que concluía con el auto judicial de declaración de herederos abintestato. Este procedimiento seguía en vigor con la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, pero limitado en su aplicación a los casos en que la sucesión se atribuya a parientes colaterales o al Estado; porque la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, con la finalidad de «quitar papel» a los Juzgados y Tribunales, modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 —en especial, artículos 979 y 980—²⁹, y se produjo así una «desjudicialización» de las declaraciones de herederos de descendientes, ascendientes y cónyuge del finado, que se obtenían por acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial (arts. 979 LEC y 209 bis RN —con la modificación por RD 45/2007, de 19 de enero—), dejando en el ámbito jurisdiccional la declaración de «los demás herederos» (art. 980 LEC), así la del Estado y Comunidades Autónomas, además de los colaterales, hasta el cuarto grado. El artículo 209 bis RN, se introduce en el Reglamento Notarial por el artículo 2 del RD 1368/1992, de 13 de noviembre, que modifica determinados artículos del Reglamento Hipotecario y del Reglamento Notarial. Precepto que regula un tipo especial de acta notarial de notoriedad para la declaración de herederos abintestato siempre que se trate de descendientes, ascendientes o cónyuge del finado (como disponía el art. 979 LEC, al que se remite el precitado art. 209 bis RN); porque siendo colaterales o el Estado, el título de la sucesión hereditaria que correspondía era la declaración judicial de herederos abintestato. Asimismo, en el Libro cuarto del Código civil de Cataluña, la atribución expresa en las declaraciones de herederos abintestato de los derechos tanto al cónyuge viudo como al conviviente de hecho, puede hacerse, en ambos casos, por acta de notoriedad (art. 442-7)³⁰.

A raíz de la Ley de la jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio), el acta de notoriedad se generaliza como título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro de la Propiedad, para la declaración de herederos abintestato de descendientes, ascendientes, cónyuge, pareja de hecho y parientes colaterales hasta el cuarto grado, reservándose la declaración administrativa, como título hábil para la declaración como heredero abintestato del Estado y de las Comunidades Autónomas (cfr., el nuevo art. 14.1 LH³¹ —nueva redacción, disposición final duodécima de la LJV— y, en especial, el artículo 55.1 LN —nueva redacción, disposición final undécima LJV—). En orden al alcance

de la calificación por el registrador de la propiedad del acta de notoriedad, que constituye el título sucesorio para la declaración de herederos abintestato, destaco, la RDGRN de 11 de marzo de 2003³², cuando declaró que se trata de «un documento notarial singular que, por mandato legal, participa de la misma naturaleza de jurisdicción voluntaria que gozaba el pronunciamiento judicial sustituido y en consecuencia, los efectos de ese documento notarial, son los mismos que en su momento tuvieron los documentos judiciales en relación al título sucesorio abintestato. Por ello, debe participar, también, congruentemente, del mismo orden de revisión en el juicio de notoriedad declarado».

Por lo que atañe a la naturaleza de esta actuación notarial, es evidente que se trata de un «acta de notoriedad», término que utiliza el artículo 55.1 de la Ley del Notariado y desde el mismo notariado se insiste en que el tipo de documento notarial es un «acta» y no una escritura³³. En este sentido destaco la opinión de MARIÑO PARDO, cuando, a mi juicio atinadamente, opina que el acta de declaración de herederos «excede incluso de la simple acta de notoriedad de reconocimiento de derechos sobre hechos notorios, pues la ley sitúa la esencia del acta en un juicio jurídico del notario, para el que este tendrá en cuenta no solo hechos notorios, en el sentido clásico de los que no precisan prueba por ser de conocimiento general, sino los acreditados por la prueba documental y testifical que el notario juzgue precisa, y previa la valoración jurídica que el notario haga de la misma, y para ello puede tener en cuenta incluso presunciones, como dice expresamente la ley, y, especialmente, realizará una interpretación jurídica de la ley aplicable al supuesto de hecho, sea esta evidente o no»³⁴.

2. LA TRAMITACIÓN DEL ACTA DE NOTORIEDAD PARA LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO Y LA CUESTIÓN DEL SISTEMA DE ACTA ÚNICA O DE LA DOBLE ACTA

2.A. *La tramitación del acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato*

La Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria, en su disposición final undécima, modifica la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado y al tiempo que introduce un nuevo Título VII, con la rúbrica *Intervención de los notarios en expedientes y actas especiales*, destina el Capítulo III a los *expedientes en materia de sucesiones* y la Sección 1.^a a la *declaración de herederos abintestato*, con dos artículos: 55 y 56, que serán las disposiciones que, a mi juicio, sustituyen, casi en su totalidad, al artículo 209 bis del Reglamento Notarial, en lo que atañe a la tramitación del acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato, si bien el precepto del Reglamento Notarial debe considerarse complementario, en todo lo que no contradiga la nueva redacción de la Ley del Notariado. A continuación, analizaré pormenorizadamente el *iter* legal para la

declaración de herederos abintestato, conforme a lo dispuesto por los citados artículos 55 y 56 de la Ley del Notariado, complementados por el artículo 209 bis del Reglamento Notarial.

A) Legitimación para instar la tramitación del acta de notoriedad

En cuanto a los legitimados para tramitar el acta de notoriedad y con arreglo al principio de rogación³⁵, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato se iniciará a instancia de quienes se consideren con derecho a suceder abintestato a una persona fallecida y sean sus descendientes, ascendientes, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o sus parientes colaterales. Obsérvese como el legislador catalán se adelantó en la consideración de que el acta notarial de notoriedad es el título idóneo para declarar heredero legal no solo al cónyuge supérstite sino también al «conviviente en pareja estable sobreviviente» (art. 442-7 CCCat. [Libro Cuarto, relativo a las sucesiones, Ley 10/2008, de 10 de julio]).

B) Notario competente para autorizar el acta

El artículo 55.1 LN reconoce una amplia discrecionalidad al requirente para decidir el notario competente, dentro de una serie de posibilidades, al disponer que la declaración de herederos abintestato se tramitará en acta de notoriedad autorizada por notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, *a elección del solicitante*. También podrá elegir a un notario de un distrito colindante a los anteriores. Asimismo, facilita la tramitación del solicitante de la declaración, al establecer que en defecto de todos ellos, será competente el notario del lugar del domicilio del requirente.

C) Iniciación del acta, contenido del requerimiento y extremos que deben ser acreditados

El acta se iniciará a requerimiento de cualquier persona con interés legítimo, a juicio de notario (cfr., arts. 55.2 LN y 209 bis RN). Estimo que el notario, considera con legitimación suficiente a todos los parientes que pueden ser eventuales sucesores abintestato del difunto y no solo a aquellos a los que va dirigida la delación: descendientes, por ejemplo, que al ser llamados en primer lugar, excluirían a los demás; sino a todos los posibles llamados, en

virtud de la vocación sucesoria: descendientes, ascendientes, cónyuge o pareja de hecho y colaterales; pero también, será probable que el notario considere legitimados a los acreedores tanto del causante como de los herederos abintestato. Por otra parte, como declaró la RDGRN de 19 de diciembre de 1995³⁶, el requerimiento al notario para la apertura del proceso dirigido a obtener la notoriedad de un hecho podrá realizarse a través de apoderado o mandatario y pueden también hacerse por el mandatario las afirmaciones de hechos que se consideren convenientes al acta y aportarse la documentación precisa. Aclara el Centro Directivo que en cuanto a los hechos sobre los cuales recaerá la notoriedad pretendida cabe la posibilidad de que los mismos sean descritos ante el notario autorizante del acta por un apoderado con poder suficiente, de ahí que el poder, como documento formal cubra el encargo o mandato material de hacer declaraciones sobre actos personalísimos. El mandatario podrá referir en nombre del mandante cualesquiera hechos si este mandante le facultó para ello, pues la simple enumeración de los mismos no tiene en sí otra trascendencia que la delimitación del ámbito sobre el que recaerá la notoriedad y por lo mismo puede, en nombre del mandante presentar pruebas y documentos que se le hayan encargado y que interesen al acta. Nótese que el requerimiento para la iniciación del acta, deberá contener la designación y los datos identificativos de las personas que el requirente considere llamadas a la herencia e ir acompañado de los documentos acreditativos del parentesco con el fallecido de las personas designadas como herederos, así como de la identidad y domicilio del causante.

En todo caso deberá acreditarse el fallecimiento del causante y que este ocurrió sin título sucesorio mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad, o, en su caso, mediante documento auténtico del que resulte a juicio del notario, indubitablemente, que, a pesar de la existencia de testamento o contrato sucesorio, procede la sucesión abintestato, o bien mediante sentencia firme que declare la invalidez del título sucesorio o de la institución de heredero. Los documentos presentados o testimonio de los mismos quedarán incorporados al acta. En definitiva, se trata de evitar que se abra la sucesión legal si puede mantenerse el llamamiento testamentario porque, como es sabido, con carácter general, la vocación testamentaria elimina al abintestato y no al contrario, la delación intestada tiene en el Código civil, y en otros ordenamientos una significación negativa, se produce, como dice el artículo 913 «a falta de herederos testamentarios».

Adviértase que no siempre procede automáticamente la tramitación notarial del acta de notoriedad, piénsese en supuestos en los que se precisa una previa declaración judicial, como, por otra parte, aconseja el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (art. 24 CE). En este sentido, la RDGRN de 13 de septiembre de 2001³⁷, en un caso en el que el único testamento del causante fue otorgado antes del nacimiento de todos sus hijos, estimó que no puede considerarse que el testamento quede automáticamente ineficaz en cuanto

a su contenido patrimonial, sin necesidad de declaración judicial en tal sentido, de modo que el acta de notoriedad de declaración de herederos no pase a ser el único título que ha de considerarse: «resulta incuestionable que la ineeficacia de ese contenido patrimonial del testamento precisará, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso incoado por el preterido, proclame la no intencionalidad». El Centro Directivo, además de apelar al principio de tutela judicial efectiva (*ex art. 24 CE*), lo hace al valor de la ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr., art. 668 y 675 CC), así como al propio inciso final del artículo 814 del Código civil, que, en armonía con el artículo 658 del Código civil, dispone que sin perjuicio de las legítimas, lo ordenado por el testador debe quedar a salvo en todo caso.

Otro aspecto que debe ser examinado en este apartado concreto es el de la corrección y eficacia o no del certificado obtenido por el notario autorizante de la escritura del Registro de Actos de Última Voluntad por vía telemática y firma electrónica, la cuestión aparece resuelta favorablemente, en especial, por la RDGRN de 17 de julio de 2009³⁸, cuando después de reconocer la discusión que se origina por la relevancia que ha de darse a la copia obtenida por el notario, por vía electrónica, del Registro General de Actos de Última Voluntad, en el caso resuelto debate la corrección y eficacia del traslado a papel del Certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad obtenido por el notario autorizante del Encargado del Registro por vía telemática y bajo la firma electrónica de ambos, habida cuenta que en el mismo no se consigna, debido a las características de la aplicación, la firma y sello del emisor. Si bien es cierto que el artículo 18.1.b) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, establece una serie de requisitos formales para la consideración como copia de los documentos administrativos telemáticos, también lo es que en este caso no puede hablarse, en puridad, de copia del documento administrativo en cuanto su única circulación, de carácter telemático, se realiza entre autoridades, correspondiendo a la receptora, el notario solicitante y autorizante del documento, su conversión en documento cartular y su incorporación a la escritura pública. Concluye la Dirección General que para que este proceso esté debidamente realizado, además de la interconexión segura y exclusiva entre las autoridades y de la utilización de los certificados electrónicos reconocidos y previstos en la Ley, será necesario su traslado a soporte papel lo que se efectúa bajo la fe pública notarial que se extiende no solo a aquella interconexión sino también a la correcta utilización del procedimiento de traslado o impresión previsto en las especificaciones técnicas establecidas por la Instrucción de 22 de enero de 2008³⁹, por lo que su resultado impreso tendrá el carácter de testimonio de la certificación electrónica recibida, sin que la no constancia aparente en tal impresión del sello y firma del emisor pueda significar su ausencia ni afectar a su autenticidad⁴⁰.

D) El deber del requirente de aseverar la certeza de los hechos positivos y negativos en que se fundamenta el acta y de ofrecer información testifical

El requirente deberá aseverar la certeza de los hechos positivos y negativos, en que se haya de fundar el acta y deberá ofrecer información testifical relativa a que la persona de cuya sucesión se trate ha fallecido sin disposición de última voluntad y de que las personas designadas son sus únicos herederos. Cuando cualquiera de los interesados fuera menor o persona con capacidad modificada judicialmente y careciera de representante legal, el notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial.

Tanto el artículo 209 bis RN, regulador de la declaración de herederos abintestato, como el artículo 56.1.2.^º LN, establecen que el interesado deberá de aseverar la certeza de los hechos positivos y negativos en que se deba fundar el acta, aseveración que se hace bajo la pena de falsedad en documento público. Ello lleva a la RDGRN de 19 de diciembre de 1995 a la siguiente distinción, que conviene destacar: entre los hechos cuya notoriedad se pretende distinguir y la manifestación de certeza de los mismos la cual debe hacer por imperativo legal el interesado en el acta. En cuanto a los hechos sobre los cuales recaerá la notoriedad pretendida cabe la posibilidad de que los mismos sean descritos ante el notario autorizante del acta por un apoderado con poder suficiente, como ya queda dicho (en el apartado C). Pero la afirmación de la certeza de los hechos positivos o negativos cuya notoriedad se pretende, dado su carácter personalísimo, no puede efectuarla más que el interesado, el interesado personalmente, lo que es muy distinto de simultáneamente⁴¹.

E) La declaración, al menos de dos testigos

En el acta habrá de constar necesariamente, al menos, la declaración de dos testigos que aseveren que de ciencia propia o por notoriedad les constan los hechos positivos y negativos cuya declaración de notoriedad se pretende. Dichos testigos podrán ser, en su caso, parientes del fallecido, sea por consanguinidad o afinidad, cuando no tengan interés directo en la sucesión (cfr., arts. 56.2.1.^º LN y 209 bis.5.^a RN)⁴².

F) La práctica de pruebas

El notario, a fin de procurar la audiencia de cualquier interesado, practicará, además de las pruebas propuestas por el requirente, las que se estimen oportunas, y en especial aquellas dirigidas a acreditar su identidad, domicilio, nacionalidad

y vecindad civil y, en su caso, la ley extranjera aplicable (cfr., arts. 56.2.2.^º LN y 209 bis.5.^a *in fine*).

G) La averiguación de la identidad y domicilio de los interesados y la publicidad de la tramitación

Si se ignorase la identidad o domicilio de alguno de los interesados, el notario recabará, mediante oficio, el auxilio de los órganos, registros, autoridades públicas y consulares que, por razón de su competencia, tengan archivos o registros relativos a la identidad de las personas o sus domicilios, a fin de que le sea librada la información que solicite, si ello fuera posible. Si no lograse averiguar la identidad o el domicilio de alguno de los interesados, el notario deberá dar publicidad a la tramitación del acta mediante anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado» y podrá, si lo considera conveniente, utilizar otros medios adicionales de comunicación. También deberá exponer el anuncio del acta en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio del causante, al del lugar del fallecimiento, si fuera distinto, o al del lugar donde radiquen la mayor parte de sus bienes inmuebles (cfr., art. 56.2.3.^º y 4.^º LN).

H) La oposición a la pretensión y presentación de alegaciones, documentos u otros elementos de juicio

Cualquier interesado podrá oponerse a la pretensión, presentar alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio dentro del plazo de un mes a contar desde el día de la publicación o, en su caso, de la última exposición del anuncio (cfr., art. 56.2.5.^º LN).

I) Juicio de notoriedad, terminación del acta con declaración de herederos abintestato y protocolización del acta

Según el apartado 3.^º del artículo 56 LN, en correspondencia con el apartado 6.^º del artículo 209 bis RN, ultimadas las anteriores diligencias y transcurrido el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el requerimiento inicial o desde la terminación del plazo del mes otorgado para hacer alegaciones en caso de haberse publicado anuncio, el notario hará constar su juicio de conjunto sobre la acreditación por notoriedad de los hechos y presunciones en que se funda la declaración de herederos. Cualquiera que fuera el juicio del notario, terminará el acta y se procederá a su protocolización. En caso afirmativo, declarará qué

parientes del causante son los herederos abintestato, expresando sus circunstancias de identidad y los derechos que por ley les corresponden en la herencia. Se hará constar en el acta la reserva del derecho a ejercitar su pretensión ante los Tribunales de los que no hubieran acreditado a juicio del notario su derecho a la herencia y de los que no hubieran podido ser localizados. También quienes se consideren perjudicados en su derecho podrán acudir al proceso declarativo que corresponda. Realizada la declaración de heredero abintestato, se podrá, en su caso, recabar de la autoridad judicial la entrega de los bienes que se encuentren bajo su custodia, a no ser que alguno de los herederos pida la división judicial de la herencia.

Obsérvese como en la RDGRN de 12 de noviembre de 2015⁴³, aplicó estas normas y, frente a la pretensión de la registradora de que era necesario aportar íntegra el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, consideró como suficiente, la presentación al Registro de la Propiedad de la copia completa del acta de cierre de la declaración de herederos abintestato a que se refiere el párrafo final del artículo 209 bis del Reglamento Notarial y el apartado 3 del artículo 56 (por error cita el art. 55.3 RN), ya que el acta presentada incorporaba todos los datos necesarios para la calificación e inscripción.

J) La procedencia de la declaración administrativa de herederos abintestato

Finalmente, el apartado 4.^º del artículo 56 LN, prevé que transcurrido el plazo de dos meses desde que se citó a los interesados sin que nadie se hubiera presentado o si fuesen declarados sin derecho los que hubieren acudido reclamando la herencia y si a juicio del notario no hay persona con derecho a ser llamada, se remitirá copia del acta de lo actuado a la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente por si resultare procedente la declaración administrativa de heredero. En caso de que dicha declaración no correspondiera a la Administración General del Estado, la citada Delegación dará traslado de dicha notificación a la Administración autonómica competente para ello.

2.B. *La cuestión del sistema de acta única o de la doble acta*

Inicialmente, bajo la normativa de la Ley 30/1992, de 30 de abril, regía un sistema de acta única, que podía unirse al protocolo en el momento de la conclusión o bien en el momento inicial. Con la reforma del Reglamento Notarial por RD 45/2007, de 19 de enero, se acaba con las tramitaciones que se hacían sin ninguna constancia en el protocolo hasta el momento final. Así, el artículo 209, dispuso, con carácter general para todas las actas de notoriedad que «El requerimiento a que se refiere el requisito primero se formalizará mediante acta con la

fecha y número de protocolo del día del requerimiento. Concluida la tramitación del acta se incorporará al protocolo como instrumento independiente en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento de su terminación, dejando constancia de la misma en el acta que recoja el requerimiento». Desde entonces, hubo que autorizar un acta inicial y un acta final. En este sentido, destaca la significativa RDGRN de 18 de enero de 2005, que, después de recordar que la declaración de herederos abintestato se configura en nuestro ordenamiento como un expediente o procedimiento de los llamados de jurisdicción voluntaria, que se caracteriza por la inexistencia de contienda que puede sustanciarse ante funcionario judicial o notarial, admite el sistema de doble acta al considerar que «[...], la conclusión de ese expediente presupone una doble actividad jurídica, que va más allá, en contra de lo que de su *nomen iuris* pudiera deducirse, de una simple constatación de hechos: una, de carácter netamente probatoria dirigida a acreditar la apertura de la sucesión abintestato, así como el parentesco preferente de los llamados a la sucesión, y otra, de alcance meramente declarativo, cual es la de determinar el contenido de la ley aplicable» (FD 3)⁴⁴.

A raíz de la modificación de la Ley del Notariado por la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria, surgieron dudas sobre si exigía una única acta, puesto que el artículo 56.3.1.^º de la Ley del Notariado parece suponer una única protocolización al final al disponer: «Cualquiera que fuera el juicio del notario, terminará el acta y se procederá a su protocolización». Convengo con JIMÉNEZ GALLEGOS, cuando cree que la ley no entra en esta cuestión de técnica notarial, que es más propia de un desarrollo reglamentario por tener como destinatario al notario y que por ello la normativa notarial, que no es en absoluto contraria a la nueva ley, debe seguirse aplicando como hasta ahora⁴⁵, y con MARIÑO PARDO cuando estima que cabe mantener el actual sistema reglamentario de doble acta, por sus propias ventajas intrínsecas y por poder interpretarse la Ley en concordancia con el Reglamento Notarial, sin que exista una manifiesta contradicción de este con la norma legal, en cuanto el artículo 56.3.1.^º LN puede considerarse referido a la documentación del juicio notarial de notoriedad, que es el objeto específico de dicho párrafo, y no prohíbe que el requerimiento inicial se recoja en un número de protocolo previo, ni impone expresamente que el acta se documente en un único número de protocolo. Por consiguiente, entiende que seguirá siendo de aplicación el sistema de doble acta previsto actualmente en el Reglamento Notarial para las actas de notoriedad en general (art. 209 RN), a saber: la primera de las actas autorizadas recogería el requerimiento inicial y la prueba practicada e, iniciada la misma, se remitiría el correspondiente parte reglamentario al Colegio Notarial, conforme prevé el Reglamento Notarial. La segunda acta, o acta final, documentaría el juicio de notoriedad del notario. En la primera de las actas se dejaría nota expresa de la segunda⁴⁶.

Adviértase que el Centro Directivo parece seguir manteniendo el sistema de doble acta, al referirse en sendas resoluciones tanto al «acta previa» como al

«acta de cierre». Así, la RDGRN de 12 de noviembre de 2015⁴⁷, en un supuesto en el que se pretendía la inscripción de una escritura de elevación a público de un contrato privado de determinada finca otorgada por la parte vendedora y por los herederos y la viuda de quien formalizó como comprador dicho contrato, a la escritura se acompañaba la copia autorizada del acta de cierre de la declaración de herederos abintestato autorizada por el mismo notario. A juicio de la registradora, era necesario aportar íntegra, el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, al tratarse del título sucesorio necesario para la calificación, sin que baste el acta de cierre, sino también el acta inicial y de práctica de las pruebas necesarias; sin embargo, la Dirección General acordó estimar el recurso y revocar la calificación y concluyó que «En el presente caso se ha presentado al Registro copia completa del acta de cierre de la declaración de herederos abintestato a que se refiere el párrafo final del artículo 209 bis del Reglamento Notarial (cfr., también para el Derecho vigente actualmente, el art. 55.3 de la Ley del Notariado [*rectius*: art. 56.3 LN], modificada por la disposición final undécima de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria), conforme al cual concluida la tramitación del acta se incorporará al protocolo como instrumento independiente en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento de su terminación. El acta presentada incorpora todos los datos necesarios para la calificación e inscripción relativos a la apertura de la sucesión, los particulares de la prueba practicada en que se apoya la declaración de notoriedad, la competencia del notario, fecha de nacimiento y de fallecimiento del causante, la ley reguladora de la sucesión, estado civil y cónyuge, número e identificación de los hijos, último domicilio del causante y la inexistencia de hijos extramatrimoniales, con expresión de los parientes concretos que gozan de la preferencia legal de órdenes y grados de sucesión con la específica y nominativa declaración de herederos abintestato, siendo congruente el acta respecto del grupo de parientes declarados herederos por lo que no puede mantenerse la calificación impugnada en cuanto exige que se aporte, además, el acta previa en que se documentó el inicial requerimiento al notario autorizante» —cfr., con la misma doctrina, la RDGRN de 16 de noviembre de 2015⁴⁸—.

3. EL ACTA NOTARIAL DE NOTORIEDAD COMO TÍTULO FORMAL, PERO TAMBIÉN CAUSAL PARA LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO

Para la debida claridad en esta materia conviene *a priori* tener presente la distinción que hace la doctrina científica entre título material y título formal⁴⁹. Atienden de forma preeminente al título material ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, al considerar que lo que propiamente se inscribe o registra en nuestro Registro de la Propiedad es el *acto o negocio* jurídico que opera la mutación jurídico-real u otro registrable, y no el título formal o docu-

mental y concluyen que nuestro Registro de la Propiedad es «un Registro de títulos en su aspecto material. Luego la importancia del título material en nuestro sistema inmobiliario registral es el de constituir la *materia prima inscribible*»⁵⁰. En todo caso, destaco la contraposición que tan hábilmente hacen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, al entender que «título material» —lo mismo aquí que en la doctrina del *título y el modo*—, «es la causa o razón jurídica de la adquisición, modificación, transmisión o extinción de un derecho»; «título formal», «es el documento en que se constata o autentica aquella causa o razón». Y aclaran que el título *material* del artículo 2 LH significa un aspecto estático y de resultado, mientras los documentos —títulos en sentido *formal*— están calificados de «títulos inscribibles» en el artículo 3 LH en una consideración procesal —dinámica, operativa— del fenómeno jurídico *inscripción*. Concluyen los autores con la tan conocida fórmula: diríase que «en el Registro español se presentan documentos —títulos formales—, se inscriben actos —títulos materiales— y se publican derechos»⁵¹.

Por otra parte, aunque acepta la distinción entre ambos tipos de títulos, SANZ FERNÁNDEZ, atiende de manera preponderante al título en sentido formal. Así puntualiza que la más clara separación entre ambas acepciones se encuentra en los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria, «Son títulos en sentido sustantivo —actos y contratos inscribibles—, los enumerados en el artículo 2. Títulos en sentido formal —documentos inscribibles—, los enumerados en el artículo 3». Pero, me interesa, en particular, por la defensa que hago en este trabajo de la relevancia del acta notarial de notoriedad, en este caso, para la declaración de herederos abintestato y de la necesidad de que se presente de forma íntegra o completa, la afirmación del autor cuando reconoce la importancia del título en sentido formal, dentro del sistema español, que, estimo refuerza mi posición respecto a la necesidad de presentar en el Registro «copia íntegra» de la declaración de herederos abintestato —no en vano, la doctrina del Centro Directivo considera el acta notarial para la declaración de herederos abintestato como «título inexcusable de la sucesión hereditaria»—⁵²; sobre todo, cuando pone de relieve la transcendencia de la forma en el Derecho hipotecario. Recuérdese que, por el contrario, el principio espiritualista o de libertad de forma fue plenamente aceptado por la codificación decimonónica e informa, en particular, nuestro Código civil (cfr., art. 1278 CC). En este sentido, precisa el notario que tal importancia del título formal, en el supuesto más frecuente de inscripciones basadas en negocios jurídicos se pone de relieve teniendo en cuenta: «a) En los casos de sucesión *mortis causa*, el riguroso carácter formalista de la misma, que deriva para los testamentos del Código civil y para la sucesión intestada del artículo 14 de la Ley Hipotecaria. b) De un modo general el carácter formalista del Derecho hipotecario, que impone en todo caso la exigencia de forma escrita y normalmente auténtica. A diferencia de lo que ocurre en Derecho civil, donde rige como principio en los contratos la libertad de forma, en Derecho hipotecario

rige el principio contrario, y la forma escrita o documental, que aquél establece, por regla general, *ad probationem*, en este se impone como necesaria o *ad solemnitatem*. Este carácter necesario de la forma escrita y auténtica se establece claramente en el artículo 3 de la Ley⁵³.

Como se ha anticipado, el artículo 14.1 de la Ley Hipotecaria establece con carácter imperativo que «el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato», es «[El] título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro», por esta razón y por otras que expondré en este apartado del estudio, defiendo que el acta notarial de notoriedad no solo es título formal, sino también material o causal para la declaración de herederos abintestato de descendientes, ascendientes, cónyuge, pareja de hecho y parientes colaterales (*ex art. 55.1 LN y art. 209 bis RN*), a pesar de una línea de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que parece pretender degradar el valor y eficacia de este documento público notarial.

Prueba de ese desdén por el valor del acta notarial de notoriedad se encuentra en la RDGRN de 19 de junio de 2013⁵⁴, en la que fueron relevantes los siguientes hechos: una persona fallece sin testamento por lo que se procede a otorgar la pertinente declaración de herederos abintestato; en la misma se declara que el causante falleció intestado sin descendientes, sobreviviéndole su madre y su esposa. En consecuencia, se declara única heredera intestada a la madre del causante, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de la esposa. Posteriormente, la madre y única heredera renuncia a la herencia, y ante distinta notaría y con la única comparecencia de la esposa, se otorga una escritura de partición hereditaria en la que la misma se adjudica el caudal hereditario como única heredera del causante en virtud de la renuncia de la llamada en primer lugar y del contenido y circunstancias del acta de declaración de herederos previamente autorizada. La registradora competente calificó desfavorablemente la escritura y suspende la inscripción hasta la subsanación, en su caso, de los defectos advertidos, alegando, en esencia, como fundamentos de derecho que «será necesario aportar el correspondiente título que acredite la condición de heredera de la viuda, que será el título sucesorio inscribible a su favor (art. 209 bis RN), pues al renunciar la única heredera pura y simplemente, la viuda carece de título para adjudicarse la herencia, por lo que será necesario obtener la correspondiente acta de declaración de herederos abintestato». La registradora entiende en su nota de calificación negativa que «falta acreditar la condición de heredera única de la esposa mediante la correspondiente acta de notoriedad de declaración de herederos referida a ella misma, pues en la que se ha autorizado solo consta la declaración de heredera de la madre del testador, sin que sea suficiente que conste como legitimaria la esposa del mismo». Por el contrario, la notaría recurrente considera que no es necesaria una nueva acta de declaración de herederos, pues el llamamiento se produce por la Ley y el acta de notoriedad se limita a la fijación y comprobación de

hechos que ya resultan del acta de notoriedad que se acompaña junto con la escritura de manifestación de herencia otorgada por la esposa y con la escritura de repudiación de aquella.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en esta resolución estimó el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora y accordó revocar la nota de calificación. Para ello apela a la conocida distinción entre título material y título formal a los efectos del Registro, a la que ya me he referido un poco antes y en este mismo apartado. Para el Centro Directivo, de los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria se desprende la conocida distinción entre título material y título formal, a efectos del Registro. Título material es el acto, contrato o negocio jurídico que constituye la causa de adquisición del derecho real objeto de inscripción. Título formal es el documento que constituye el vehículo de acceso al Registro, siendo la expresión de la forma auténtica y la prueba de dicho acto o contrato. Trasladando estos conceptos al párrafo primero del artículo 14 LH, según esta resolución, las diferencias entre el testamento y acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato son relevantes para la resolución del supuesto planteado. El testamento —y lo mismo en el contrato sucesorio— responde tanto al concepto de título material como formal, pues es ante todo un negocio jurídico *mortis causa* que expresa la voluntad del testador que es la ley de la sucesión y la que decide con plenos efectos el destino de los bienes constituyendo el título o causa de adquisición de los mismos, una vez que el llamamiento se completa con la aceptación y adjudicación de herencia (cfr. arts. 609 y 670 CC). Para la Dirección General, distinto significado tiene la declaración de herederos en la sucesión intestada. No constituye el título material de la sucesión intestada, pues dicho título es la Ley. Solo puede considerarse título formal en cuanto sirve de vehículo documental para el acceso al Registro y prueba o justificación de la individualización en la persona del heredero atendiendo a los diferentes órdenes y grados de llamamiento; por consiguiente, concluye que, en el presente caso, hay base suficiente para que la registradora realice una calificación positiva atendiendo a la Ley y a las pruebas resultantes de los documentos presentados. La Ley llama, dentro de la sucesión intestada, al cónyuge viudo después del orden de llamamientos de los descendientes y ascendientes y antes que los colaterales. Resulta del acta de notoriedad acompañada en la que se declaró como heredera a la madre del causante, que este falleció abintestato en estado de casado sin descendientes y dejando únicamente como pariente más próximo a su madre heredera y como legitimaria respecto a la cuota usufructuaría, a la viuda. Por ello, una vez que la heredera llamada en primer lugar, o sea la madre del causante, otorga escritura de repudiación de la herencia, que también se acompaña, ninguna duda se ofrece para concluir que en virtud de esa repudiación, la vocación y la delación pasan a corresponder a la viuda, que ya figuraba como legitimaria en el acta de declaración de herederos, y que a partir de la citada renuncia de la madre,

la cónyuge viuda ejerce su delación aceptando la herencia y adjudicándose los bienes en la correspondiente escritura pública.

La doctrina notarial no ha permanecido al margen de este menoscabo por el valor del acta notarial de notoriedad en la declaración de herederos abintestato. Así, precisamente, a propósito de esta RDGRN de 19 de junio de 2013, se pronunció el notario IRURZUN GOICOA, al estudiar la «Función del acta de notoriedad en el abintestato» y comentar la susodicha resolución, a la que califica de «inquietante», por ver como la Dirección General se pronuncia oficialmente y dicta una resolución «sin tener en cuenta preceptos de un texto jurídico esencial [el Reglamento Notarial, *ex art. 209 bis*]». En ese trabajo, al pronunciarse sobre la citada resolución, conviene con la «impecable» nota de calificación de la registradora de la propiedad, al defender la necesidad de una segunda acta de declaración de herederos abintestato, cuando la primera declara heredera única a la madre del causante y esta repudia la herencia; sin que sea suficiente la mención al derecho del cónyuge viudo a su cuota legal usufructuaria, realizada en la primera, para considerarlo como heredero abintestato. El autor, tras un exhaustivo comentario crítico de la resolución, concluye que la renuncia de la madre del causante, única nombrada en el acta de notoriedad tramitada a tal fin, ha provocado la frustración de tal nombramiento, lo cual hace que siga abierto el tránsito sucesorio inconcluso y determina la necesidad de que se produzca la rogación de una nueva acta de notoriedad para hallar los herederos potenciales del causante, tras la práctica de las pruebas oportunas y con fijación de los derechos que les correspondan en la herencia en concurrencia con el de la viuda legitimaria o, en defecto de ascendientes y con prioridad sobre los parientes colaterales declarar a la viuda como heredera abintestato. Defiende el acta de notoriedad como título causal de la sucesión intestada y declara que en el caso de autos, supuesto que no existan descendientes [la ascendiente, madre del causante, renunció]: «el acta de notoriedad es el título causal de la viuda para suceder como heredera a su esposo»⁵⁵.

En la línea de la doctrina de esta RDGRN de 19 de junio de 2013, que consideró que «el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, no es el título que determina la vocación o llamamiento ni la delación, sino que es un título de carácter formal y probatorio respecto a las circunstancias que individualizan al sucesor y que acreditan la inexistencia de testamento», ya la STS de 11 de diciembre de 1964⁵⁶, señaló, en relación con la declaración judicial de herederos, que entonces era el único medio para la declaración de herederos en la sucesión intestada, que «no es más que algo individualizador de un llamamiento hereditario operado por virtualidad de una norma legal, carente de eficacia jurídico-material y meramente limitada a justificar formalmente una titularidad sucesoria preexistente *ope legis*», doctrina que reproduce la RDGRN de 12 de noviembre de 2011⁵⁷. También, en similar sentido, sin tomar en consideración el alcance y el valor del acta de notoriedad, para la declaración de

herederos abintestato, la RDGRN de 8 de julio de 2005⁵⁸, frente a la calificación del registrador que había suspendido la inscripción por no acompañarse copia del acta de notoriedad de declaración de herederos ni insertarse literalmente la misma en la propia escritura, la Dirección General estimó el recurso interpuesto por el notario, al considerar, con la misma doctrina que la RDGRN de 3 de abril de 1995⁵⁹, que «en el caso de declaración de herederos basta con que el notario relacione los particulares del documento, los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales —con dicha relación— quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica establecida por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria» —reproducen esta doctrina de la RDGRN de 2011, las RRDGRN de 20 de diciembre de 2017 y de 22 de enero de 2018—⁶⁰.

Sin embargo, a pesar de la citada doctrina registral, que no otorga al acta notarial de declaración de herederos abintestato el lugar que le pertenece de conformidad con la legislación notarial, existen algunas resoluciones aisladas que sí le atribuyen a dicho documento público la relevancia que le corresponde. Por todas, destaco la RDGRN de 2 de octubre de 2012 —que sigue la doctrina de la RDGRN de 4 de junio de 2012—⁶¹. Según el Centro Directivo, la única cuestión planteada en este recurso es la de determinar si en los supuestos en los que el título sucesorio esté integrado por un acta de declaración de herederos abintestato que haya sido autorizada por el mismo notario autorizante de la escritura de partición de herencia presentada, es suficiente, a los efectos de su inscripción registral, que esta última contenga un testimonio en relación con la mera expresión de quien resulta ser heredero, como pretende el notario autorizante o, por el contrario, como sostiene la registradora, es preciso acreditar todos los datos necesarios para la calificación e inscripción relativos a la apertura de la sucesión, los particulares de la prueba practicada en que se apoya la declaración de notoriedad, la competencia del notario, la Ley reguladora de la sucesión, etc. Para resolver la cuestión, la Dirección General recurre tanto a la legislación hipotecaria, como al Código civil y a la Ley de Enjuiciamiento civil; pero también a importantes fallos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Así, esta RDGRN de 2 de octubre de 2012, en primer lugar, reconoce que para resolver la cuestión hay que partir de lo preceptuado en el párrafo primero del artículo 14 LH cuando establece, con carácter imperativo, el acta de notoriedad entre los títulos hábiles para acceder al Registro de la Propiedad: «El título de la sucesión, a los efectos del Registro, es [...] el acta de notoriedad [...]. A continuación sienta la siguiente doctrina, que estimo especialmente relevante para fundamentar la defensa que en este epígrafe del trabajo hago del valor del acta notarial de notoriedad, a saber: «siendo como es uno de los títulos de la sucesión, a efectos del Registro, el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, la copia de esta, como las del testamento, el contrato sucesorio, o la declaración judicial de herederos, han de presentarse en el Registro

íntegras ya que, aparte de no resultar excepción en ningún sitio, la valoración de los documentos y su contenido, una vez autorizados, cuando se presentan ante otro órgano, corresponde no a quien los expide, sino al funcionario ante quien se pretenden hacer valer, que ha de poder conocerlos en su integridad antes de conceder o no la solicitud que, fundada en ellos, fue cursada por la parte» (FD 2). Como anticipé, la resolución acude para fundamentar su decisión a diversos preceptos, tanto del Código civil, como de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la legislación hipotecaria y argumenta que la prueba documental es indivisible y, como resulta del Código civil (arts. 1228 y 1229), no puede utilizarse parcialmente sin pasar por lo que resulta del entero documento; principio sancionado expresamente por el artículo 321 LEC cuando priva al «testimonio o certificación fehaciente de solo una parte de un documento» de su carácter de «prueba plena». Una idea que resulta también del artículo 33 del RH cuando dice que se entenderá por título, para los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella 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» y que, como aclara la Dirección General: «Un contenido que el registrador, antes de inscribir, habrá de seleccionar del documento, bajo su responsabilidad, previa valoración de su legalidad; cosa que mal podría hacer si se le sustrajese, en todo o en parte, el contenido del documento y por tanto del acto o negocio que se le pide que inscriba; contenido que, ni siquiera el mismo puede amputar parcialmente sino con las garantías prevenidas en el artículo 19 bis LH» (FD 2).

Por otra parte, esta resolución, al reconocer que los documentos públicos (además de la eficacia y valor que puedan tener por sí mismos) y por lo que se refiere al Registro, apela a la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando en la relevante STC (Pleno) 87/1997, de 24 de abril declaró que «en un sistema de registro de inscripción y no de transcripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos en virtud de los que se practican los asientos [...], agotan sus efectos ante el Registro al servir de base para la calificación e inscripción registral» (FJ 5)⁶². Por último esta RDGRN de 2 de octubre de 2012, recuerda la significativa STS (Cont.-Adm.) de 20 de mayo de 2008, que, al enjuiciar el artículo 237 RN y, por tanto, la posibilidad de pedir y obtener copias parciales, sentó el criterio de que dicho precepto no impide el «control de legalidad que corresponde efectuar al titular del Registro u órgano al que se presente, que incluye la suficiencia de la copia como título exigido en cada caso, justificativo del acto o negocio jurídico que incorpora, pudiendo, por lo tanto, el titular del órgano o Registro al que se presenta exigir la presentación de copia íntegra si lo estima necesario sin que al respecto resulte vinculado por el juicio del notario». En consecuencia, concluye el Centro Directivo que es plenamente correcta la actuación de la registradora al no estimar suficiente el

testimonio en relación del acta de declaración de herederos abintestato, debiéndose aportar, en aplicación de la doctrina señalada, copia íntegra de la misma⁶³.

Cumple puntualizar que según la Dirección General esa doctrina no resulta contradicha por las RRDGRN de 12 de noviembre de 2015 y de 16 de noviembre de 2015, que no mantuvieron la calificación impugnada, por considerar suficiente la presentación en el Registro de la Propiedad de «copia completa del acta de cierre de la declaración de herederos abintestato a que se refiere el párrafo final del artículo 209 bis del Reglamento Notarial (cfr., también para el Derecho vigente actualmente, el artículo 55.3 de la Ley del Notariado» [por error dice art. 55.3 LN; pero en realidad alude al art. 56.3 LN] ya que «el acta presentada incorpora todos los elementos para la calificación e inscripción [...]» (FD 5, de las dos RRDGRN)⁶⁴.

También comparto la tesis de la RDGRN de 14 de marzo de 2013⁶⁵, por resaltar la trascendencia del acta de notoriedad como título para la declaración de herederos abintestato, en un caso en que la testadora había nombrado heredera en el testamento a su hermana, reconociendo la legítima a sus padres y habiendo la hermana renunciado a la herencia, descarta que haya acrecimiento en la sucesión testada a favor de los padres legitimarios y entiende que es preciso para la inscripción de la escritura de adjudicación de herencia otorgada por estos, la correspondiente declaración de herederos abintestato a favor de los mismos. Así, al confirmar la calificación impugnada, el Centro Directivo consideró el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato como «título inexcusable»: «[...] siendo evidente que la única heredera designada sin sustituto por la causante en su testamento se ha apartado de su sucesión, ha de abrirse la sucesión abintestato por ineludible aplicación del artículo 912.3.º del Código civil, pues la heredera ha repudiado sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer. Por ello, en este concreto supuesto, la determinación de quiénes sean los llamados requerirá, conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria, el otorgamiento de *acta notarial para la declaración de herederos abintestato, instrumento que deviene así título inexcusable de la sucesión hereditaria*» (la cursiva es añadida) —cfr., los FD 3 y 4—.

IV. EL ACTA DE NOTORIEDAD COMO EXPEDIENTE IDÓNEO PARA ACREDITAR EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN TESTAMENTARIA DE CUIDAR AL TESTADOR

1. DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS ORDENADAS A FAVOR DE QUIEN CUIDE AL TESTADOR O A OTRAS PERSONAS POR ÉL DESIGNADAS

La configuración actual de la sociedad propiciará la particular y creciente forma de ordenación de la sucesión testamentaria, que se analiza en el presente

epígrafe, a saber: disposiciones testamentarias ordenadas a favor de quienes prestan asistencia al testador o personas por él designadas. Por una parte, se observa que la evolución profunda y los vaivenes experimentados por la familia como consecuencia de los cambios demográficos y sociales han originado una profunda transformación en los tipos familiares. No en vano se aprecia, respecto a la situación existente en época no tan pretérita, una reducción o estrechamiento del círculo familiar. A ello hay que añadir la constatación de un envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de la prolongación de la vida y la reducción de la natalidad, que, también puede redundar en la necesidad de una legislación adecuada en interés de los que se encuentren en estos supuestos y articulada con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad de la persona. Ambas cuestiones conforman una nueva realidad en la población que demanda cada vez más soluciones a la vulnerabilidad en que puedan encontrarse para alcanzar una mayor autonomía personal y calidad de vida. Ante semejante contexto, se atisba el éxito que pueden alcanzar todo tipo de mecanismos de aseguramiento de recursos unos de índole pública y otros de carácter privado, que son los que a la postre interesan a este trabajo. Entre las propuestas asistenciales de carácter público destaca la llamada Ley de Dependencia⁶⁶. Ahora bien, esta forma de atención pública en situaciones de necesidad, de dependencia, sea por motivos de edad o de enfermedad adolece de defectos, piénsese, por ejemplo, en los recortes que los sectores sanitarios y asistenciales experimentan en los últimos tiempos; por otra parte, existen necesidades personales de atención que no pueden verse adecuadamente satisfechas a través de los servicios públicos de asistencia, por ejemplo, el afecto...⁶⁷. Esas son algunas de las razones por las que, en la pugna, ganan, a mi juicio, los remedios provenientes del ámbito privado y uno muy significativo es el propiciado por el mismo testador que quiere anticiparse a tales circunstancias desfavorables y para ello ordena sus disposiciones testamentarias de forma que le permitan a él y a las personas que estime oportuno, como su cónyuge o pareja, subvenir aquellas situaciones, para lo que designa heredero, legatario o mejora a la persona o personas que le cuiden y asistan. En efecto, las disposiciones del testador se canalizan a través, por ejemplo, de una mejora amplia, en el caso de existir legitimarios o incluso por medio de la institución de heredero o la concesión de un legado, sin perjuicio de disposiciones *inter vivos*, en concreto, de donaciones con carga de cuidar y asistir. Tanta relevancia presenta la cuestión que la doctrina científica civilista no ha descuidado el estudio exhaustivo, en particular, de los derechos sucesorios de las personas cuidadoras⁶⁸.

Ahora bien, resulta insoslayable atisbar el peligro de captaciones de voluntad de los propios cuidadores respecto de las personas vulnerables, que con maniobras dolosas, generalmente prolongadas en el tiempo, se proponen inducir al testador a disponer de su patrimonio en un sentido determinado⁶⁹. A mi juicio, la participación del notario, en este tipo de disposiciones ordenadas a favor

de cuidadores, es muy relevante, no solo, al intervenir en el acta notarial de notoriedad para acreditar el cumplimiento de la condición de cuidar; sino también, para evitar que se utilicen maniobras dolosas o fraudulentas para inducir al testador a disponer de su patrimonio testando a su favor o modificando el testamento que tuviere hecho, a través de la emisión de un juicio notarial de capacidad (exenta de vicios) —recuérdese que el artículo 685 del Código civil, establece el deber del notario de asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (cfr., además, los arts. 17 bis.2.a) LN, 156.8.^º y 167 RN)—, es decir, el notario deberá verificar que la última voluntad del testador se expresa libremente, sin influencias indebidas, frecuentes en personas especialmente vulnerables⁷⁰. Por otra parte, sería causa de indignidad que el cuidador, con amenaza, fraude o violencia obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo (*ex art. 756.5.^º CC*); sin perjuicio de que procediese la nulidad de testamento por haber sido otorgado con violencia, dolo o fraude (*ex art. 673 CC*) y la apertura de la sucesión legal o abintestato (*ex art. 912.1.^º CC*).

Como regla general, los datos precisos para identificar a la persona favorecida con la disposición deberán constar en el testamento ya que, como dispone el Código civil, «Toda disposición a favor de persona incierta será nula [...]»; sin embargo se admite la validez de la disposición siempre que «por algún evento pueda resultar cierta» (art. 750 CC). Destaca, al respecto de esta cuestión, la significativa STS de 21 de diciembre de 1920, que precisamente enjuicia un caso de disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador y que sienta la doctrina de considerar como válida la institución de heredero cuando «claramente se expresan en aquella las circunstancias que habrán de concurrir en la persona del instituido, que le individualizan en la mente del testador y excluyen toda incertidumbre respecto al mismo en cuanto por ellas pueda venirse en conocimiento de cuál fuere el favorecido por la institución»⁷¹. Según doctrina reiterada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la calificación de este tipo de instituciones es difícil, unas veces como modo y otras como condición y ha mostrado gran flexibilidad a la hora de apreciar el cumplimiento, atendiendo a las posibilidades del instituido, al mantenimiento de la institución por el testador sin revocar el testamento o sin requerimiento alguno de cumplimiento⁷².

El problema de la calificación como modo o como condición de la obligación impuesta al heredero de cuidar al testador parece dirimirlo la STS de 30 de mayo de 2018⁷³. El caso enjuiciado por esta STS se plantea, como cuestión de fondo, la calificación jurídica de la obligación impuesta por la testadora a la instituida heredera: bien como condición suspensiva, o bien como carga modal. En este fallo, el Tribunal Supremo confirma la SAP de León de 31 de julio de 2015, que declaró ineficaz la institución de heredera a favor de la demandada, así como la procedencia de abrir la sucesión intestada de la causante. En efecto, en la sentencia de la Audiencia Provincial —que sigue la doctrina de la STS de 18 de julio de 2011 [de la que fue ponente Encarnación ROCA TRÍAS]—⁷⁴,

confirmada por la STS de 2018, se consideró que la obligación impuesta a la instituida heredera, de cuidarla y asistirla hasta su fallecimiento, debía ser calificada como una condición suspensiva de carácter potestativo cuyo cumplimiento debía realizarse en vida de la testadora, de forma que el incumplimiento de la condición impediría la adquisición del derecho testamentario.

Con relación al incumplimiento de la condición, y aunque resultó acreditado tanto el cuidado que prestó la instituida heredera durante la estancia hospitalaria de la testadora, meses de enero a marzo de 2012, como la marcha voluntaria de la testadora durante el referido mes de marzo para residir en su casa, de la valoración conjunta de la prueba practicada destacó como hechos relevantes que la instituida heredera conocía la disposición testamentaria y que la testadora y la heredera, el 24 de marzo de 2012, suscribieron un documento privado en el que la testadora liquidaba los gastos ocasionados por la atención dispensada por la heredera durante su periodo de convalecencia, dando por terminada su relación y sin dejar nada pendiente de reclamar. Sin que constase que tras la firma de dicho documento fuera requerida la heredera para prestar algún tipo de atención.

Por último, restó importancia al hecho de que la testadora, pese al incumplimiento de la condición, no revocase el testamento, pues precisamente el carácter condicional de la obligación impuesta le hacía confiar razonablemente en la ineficacia de la institución de heredera contemplada en su testamento (FD Primero). Concluye el Tribunal Supremo que «la calificación jurídica que corresponde a la obligación impuesta por la testadora debe realizarse, necesariamente, desde la interpretación del testamento tanto en su vertiente, primordial, de búsqueda o preponderancia de la voluntad realmente querida por el testador (art. 675 CC), como de su necesaria correspondencia con la declaración formal testamentaria realizada» (FD Tercero).

Existe una escasa previsión normativa en relación a las disposiciones de diferente índole vinculadas al aseguramiento de recursos para proveer necesidades futuras. El Código civil no prevé este tipo de condiciones o, en su caso, de modos testamentarios, lo que no significa que, en virtud de la autonomía del testador, no puedan introducirse en el testamento. Por lo que atañe a los ordenamientos de Derecho civil autonómico, la Ley de Derecho civil de Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio), consagra legislativamente este tipo de institución, dentro de la rúbrica «De las disposiciones testamentarias especiales», en los artículos 203 y 204, que, en síntesis, declaran la validez de la disposición a favor de quien cuide al testador, ascendientes, descendientes o cónyuge —previsión que alcanza a la pareja de hecho equiparada, si reúne los requisitos de la DA Tercera de la Ley gallega—; además, se prevé la posibilidad de que el testador designe albacea, en cuyo caso será este el que determine en escritura pública la persona o personas que cuidaron al testador, así como el cumplimiento o incumplimiento de la condición⁷⁵. Sin perjuicio de que en el Derecho civil gallego, dada la posibilidad de que la sucesión se defiera por pacto sucesorio

(*ex art. 181.2.º LDCG*), se admite que, a través de un pacto, se pueda mejorar al descendiente que cuide al testador⁷⁶. Obsérvese como en el Derecho civil de Cataluña, en el Libro IV, relativo a las sucesiones, se permite, a través de un pacto sucesorio, imponer cargas a los favorecidos y que, precisamente, «pueden consistir, entre otras, en el cuidado y atención de alguno de los otorgantes o de terceros [...]» (art. 431-6.2).

2. EL ACTA NOTARIAL DE NOTORIEDAD COMO PRUEBA PARA ACREDITAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS ASISTENCIAS Y DE LA PERSONA QUE LAS CUMPLIÓ

En su día, al estudiar las disposiciones testamentarias ordenadas a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas, entre las propuestas de *lege ferenda*, aludía a la importancia en este ámbito del acta notarial de notoriedad, como prueba que acredite el cumplimiento de la condición de cuidar⁷⁷. Actualmente, ya existen, de momento, sendas resoluciones que atribuyen al acta notarial de notoriedad la función de acreditar el cumplimiento de ese tipo de condiciones impuestas en el testamento⁷⁸. Destaco dos resoluciones de 2016, la primera, la RDGRN de 13 de julio de 2016⁷⁹, que, en síntesis, declaró la improcedencia de la inscripción de una escritura de manifestación, partición y adjudicación de herencia y, aunque sí existió acta de notoriedad, por la que el notario declaraba justificada por los dos herederos requirentes el cumplimiento de la condición testamentaria de haber cuidado de la testadora⁸⁰; sin embargo, el otorgamiento de la escritura se había realizado solo por dos de los cuatro herederos designados; por consiguiente, faltaba la intervención o comparecencia en el acta y la citación de las otras dos personas instituidas herederas y la notificación de su otorgamiento a las mismas para hacer las manifestaciones que les convengan. Se acompaña un acta de notoriedad en la que se incorporan certificaciones de los médicos y hacen manifestaciones sobre las circunstancias de la atención de la causante en su última enfermedad, y la notaría declara justificada la notoriedad pretendida por los requirentes en cuanto a que la condición impuesta por la testadora en su testamento ha sido cumplida exclusivamente por ellos, haciendo constar que la causante fue cuidada y atendida únicamente por los requirentes [su sobrina y su sobrino], sin que ninguna otra persona haya cumplido tal condición. El registrador señala como defecto que no es posible que dos herederos designados en el testamento (habiendo sido llamados cuatro) puedan decidir la eficacia o ineficacia de las condiciones impuestas a la institución de heredero —ya que son ellos los únicos que comparecen en el acta y declaran, bajo su responsabilidad y bajo pena de falsedad en documento público, que la condición ha sido cumplida exclusivamente por ellos, sin que ni en el acta, ni en la escritura de partición hayan comparecido las otras dos personas llamadas por la testadora—.

Concluye la Dirección General que el citado defecto debe ser confirmado, pues el artículo 209 RN determina en su apartado 2.2 que «En el caso de que fuera presumible, a juicio del notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados, se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos, a fin de que en el plazo de veinte días puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos, debiendo el notario interrumpir la instrucción del acta, cuando así proceda, por aplicación del número quinto de este artículo»⁸¹. Por consiguiente, según el Centro Directivo, se hace necesaria, al menos, una citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, a los efectos de que puedan realizar las manifestaciones u oposiciones que puedan amparar su derecho. Así, concluye que en el concreto caso de este expediente, no se ha hecho tal citación de dos de los herederos a la notoriedad, por lo que no se ha dado debido cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 209 RN (FD 4). Además, para fundamentar la necesidad de intervención de todos los llamados y no solo algunos, como ocurrió en el caso resuelto, en esta resolución se apela a la RDGRN de 30 de abril de 2014, cuando declara que «Según doctrina reiterada de este Centro Directivo, es posible que todos los interesados en la sucesión [y no algunos de ellos], si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencialmente, podrá también el albacea, máxime si en él además confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador. Y por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los tribunales de justicia decidir la posibilidad de cumplimiento de la voluntad del testador y su alcance interpretativo, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al tribunal de instancia» (FD 3)⁸².

La segunda de las resoluciones a las que me he referido, que recoge la doctrina de la anterior resolución, es la RDGRN de 27 de octubre de 2016⁸³. En el expediente debe decidirse si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que, en síntesis, concurren las circunstancias siguientes: las disposiciones testamentarias de la causante se ordenan a favor del que de sus tres hermanos la cuide, o, en su caso, a favor de la institución benéfica o de acogida en la que se encontrare residiendo a su fallecimiento o de otra persona cualquiera que la cuide en su domicilio⁸⁴. Resultó que han premuerto dos de los hermanos que son instituidos herederos y otorga la escritura el único que sobrevive adjudicándose los bienes; el compareciente manifiesta que atendió a su hermana hasta el final de sus días y se ocupó de su cuidado y atención personal; requiere al notario para que recoja las manifestaciones de los hijos de los hermanos fallecidos que testifican manifestando que declaran como testigos su condición de sobrinos de la testadora, acreditan que sus respectivos padres premurieron a la misma, manifiestan que conocían a la causante y al compareciente, así como que es el único hermano que se ha ocupado de la causante en su cuidado y atención personal hasta el final de sus días y reconocen como

cierto cuanto se expresa en la escritura. Sin embargo, la registradora señala como defecto que no queda acreditada la condición de heredero del compareciente con la sola manifestación del mismo y de los testigos, dados los términos en los que está redactado el testamento, en el que el heredero no está determinado nominativamente, sino que puede ser el señalado en otras cláusulas, una vez acreditado el supuesto en el que se encontraba la testadora en el momento de su fallecimiento y el cumplimiento de las condiciones establecidas.

Destaco de esa resolución, la apelación, de nuevo, al recurso al acta de notoriedad para acreditar el cumplimiento de la condición, para lo que se remite a la resolución, ya analizada, RDGRN de 13 de julio de 2016, cuya doctrina acepta y recuerda que «puede determinarse si se ha cumplido la condición mediante el acta de notoriedad recogida en el artículo 209 del Reglamento Notarial. Conforme este artículo, en el acta constarán necesariamente las pruebas practicadas y requerimientos hechos con sus contestaciones, los justificantes de citaciones y llamamientos, reclamaciones presentadas y reserva de los derechos correspondientes ante los tribunales, de manera que el notario, si del examen y calificación de las pruebas y del resultado de las diligencias estimare justificada la notoriedad pretendida, lo expresará así, concluyendo el acta». Pero en el supuesto de este expediente, el único compareciente y requirente para recoger las manifestaciones de los testigos y en su caso la notoriedad, afirma bajo su responsabilidad que es el único que ha cuidado y atendido personalmente a la testadora hasta el final de sus días, y aporta las manifestaciones, como testigos, de los hijos de sus dos hermanos instituidos junto con él como herederos, que han premuerto. Recuerda el Centro Directivo (cfr., el art. 209.2.2 RN) que se hace necesaria, al menos, una citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, a los efectos de que puedan realizar las manifestaciones u oposiciones que puedan amparar su derecho; sin embargo, en el concreto caso de este expediente: «no se ha hecho tal citación porque directamente han comparecido los hijos de los herederos testificando que el único superviviente es su tío y además declarando que se ha ocupado de la causante en su cuidado y atención personal hasta el final de sus días. Ciertamente que existen otros llamados posteriores, como podrían serlo las instituciones dedicadas a esas atenciones, pero de las manifestaciones de los testigos se deduce que no las hubo». Interesa, en particular, el defecto observado para declarar la improcedencia de la inscripción y para la confirmación de la nota de calificación, ya que «Ocurre que en este expediente, no consta en la escritura la declaración de notoriedad por parte del notario autorizante, que se ha limitado a recoger las manifestaciones de los testigos y la documentación aportada, pero no ha hecho expresión de estimar justificada la notoriedad pretendida o al menos declararlo notorio a la vista de las manifestaciones y pruebas aportadas. El acta está inconclusa, por lo que no se ha dado debido cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento Notarial» (FD 4).

Recapitulando, en este tipo de disposiciones testamentarias ordenadas a favor de quien cuide al testador o a las personas por él designadas, no solamente será imprescindible, como se infiere del artículo 209.2.2 del Reglamento Notarial, la citación efectiva y fehaciente de todos los herederos interesados —no solo de los que acrediten los cuidados—, para que aleguen lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos; sino que también, sobre todo si el heredero no está determinado nominativamente, habrá de constar la declaración de notoriedad por parte del notario autorizante, con expresión de estimar justificada la notoriedad pretendida, a la vista de las manifestaciones y pruebas aportadas.

V. INMATRICULACIÓN POR DOBLE TÍTULO PÚBLICO: LA POSIBILIDAD DE COMPLEMENTAR EL TÍTULO INMATRICULADOR CON ACTA DE NOTORIEDAD, DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 205 LH Y 209 RN

1. LA INMATRICULACIÓN POR DOBLE TÍTULO PÚBLICO EN LA LEY 13/2015, DE 24 DE JUNIO, DE REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA Y DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CATASTRO INMOBILIARIO

La palabra «inmatriculación» es utilizada en nuestra legislación hipotecaria para designar el acceso o la entrada de una finca en el Registro de la Propiedad. Así, SANZ FERNÁNDEZ define la inmatriculación como «la primera inscripción del dominio de una finca hecha en el Registro de la Propiedad, sin conexión alguna con finca ya inscrita»⁸⁵. Técnicamente, como dicen de manera gráfica y didáctica DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «es el acto por virtud del cual tiene una finca su ingreso en el Registro de la Propiedad. Mediante la inmatriculación se obtiene el punto de arranque del historial jurídico de la finca en el Registro»⁸⁶. En nuestro Derecho, normalmente, la inmatriculación se efectúa mediante la práctica de un asiento, que es el de primera inscripción del dominio a favor del inmatriculante. Los procedimientos o medios habituales de inmatriculación son el expediente de dominio (cfr., el art. 203 LH) y la inmatriculación por «doble título» (títulos públicos de adquisición), que es la forma inmatriculadora que interesa para este apartado para dar cabida en este procedimiento al acta notarial de notoriedad, que, aunque no la cite siquiera el artículo 205 LH que la regula, sí le da renovada función la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como se comprobará a continuación.

La Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, da nueva redacción en su artículo 1.11 al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, que en su apartado primero dispone que «Serán inscribibles, sin necesidad de la previa inscripción y siempre que no estuvieren inscritos los mismos derechos a favor de otra persona, los

títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público, siempre que exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del registrador y, en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto». Por otra parte, como se reconoce en el propio Preámbulo de esta Ley: «[...], se procede a regular de manera más minuciosa la inmatriculación mediante título público de adquisición del antiguo artículo 205» (apartado IV) —la cursiva es añadida—.

A mi juicio, tres son los requisitos más relevantes que se infieren del apartado primero del artículo 205 LH condicionantes de la inmatriculación: en primer lugar, la exigencia de doble título público; luego, la distancia prudencial de un año entre ambos títulos, el previo y el inmatriculador y, finalmente, la siempre rediviva deseable coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro. Por lo que atañe a la exigencia de doble título público, el nuevo artículo 205, en su párrafo primero, después de establecer como primer requisito para la inmatriculación en el Registro de la Propiedad, que «no estuvieren inscritos los mismos derechos a favor de otra persona» (es decir, que la finca no esté inmatriculada), dispone, como segundo requisito, que es el que ahora importa, qué es lo que será inscribible: «los títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público [...].».

Como puede observarse, se exige que ambos títulos, el previo y el inmatriculador han de ser públicos. En la anterior redacción legal (arts. 199 y 205 LH y 298 RH) se utilizaban las expresiones «título público» o «título público de adquisición» para referirse al título inmatriculante; en la redacción actual del artículo 205.1.^º de la Ley Hipotecaria se habla de «título traslativo», aunque como, desde la RDGRN de 19 de noviembre de 2015⁸⁷, afirmó la Dirección General, la diferencia esencial entre ambas redacciones legales no se encuentra en la necesidad de que el título público inmatriculador sea «traslativo» —se volverá sobre esta cuestión en este mismo apartado—. En este sentido, como observa MARIÑO PARDO, parece que tras la reforma, seguirá vigente la anterior doctrina sobre el carácter inmatriculador de figuras como la aportación a la sociedad de gananciales o las disoluciones de condominio; para el notario, esta exigencia del nuevo artículo 205 LH no constituye una verdadera novedad, como sí lo es la exigencia de que el transmisor acredite haber adquirido la propiedad de la finca un año antes mediante título público⁸⁸. En relación a las aportaciones a la sociedad de gananciales, como título, precisó la RDGRN de 5 de mayo de 2016: « [...] para que la aportación a la sociedad de gananciales constituya un título y modo de transmitir el dominio, no basta la mera manifestación de los cónyuges al respecto sino que es necesario reflejar la causa. [...]», requisito este último imprescindible para acceder a la registración de cualquier

acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de especialidad registral, como por ser la causa, presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda cumplir adecuadamente la función calificadora, aparte la distinta protección que el Registro presta al título inscrito, según el carácter oneroso o gratuito de este» (FD 2)⁹⁰. Por otra parte, en cuanto a la disolución de condominio, la RDGRN de 1 de julio de 2016⁹¹, se refiere precisamente a ese supuesto y admite su carácter inmatriculador, por la particular naturaleza del mismo, modificativa o determinativa del derecho del adquirente, excluyendo que se trate de un mero título declarativo⁹¹. En el expediente de la resolución, debe decidirse si es o no inscribible una escritura de herencia de varias fincas no inscritas, en la que se acompaña como título inmatriculador escritura de segregación y extinción de comunidad y otra escritura de agrupación. El registrador señala como defectos que la extinción de comunidad no tiene naturaleza de título público traslativo como exige el artículo 205 LH. Concluye el Centro Directivo que «[...] no puede ser que, componiéndose el “iter” inmatriculador de una adquisición hereditaria, una adjudicación pro indiviso del bien y, por último, una posterior segregación y disolución de comunidad en la que se adjudica el bien completo a uno solo de los herederos, exista una sola transmisión, y no más bien un complejo “iter” adquisitivo. Por otro lado, debe tenerse presente que entre la adjudicación pro indiviso y la disolución de comunidad transcurrieron dos años [...]», por lo que no cabe pensar en que hayan sido preparadas al único efecto de conseguir la inmatriculación». Por consiguiente, la Dirección General estimó que el defecto alegado por el registrador debe ser revocado (FD 2). Aclara la doctrina notarial que el calificativo de título traslativo solo se exige respecto del título público inmatriculador, no se exige respecto del título público previo, que únicamente debe documentar, como antes, una adquisición. En este sentido, RODRÍGUEZ GARCÍA-ROBÉS, distingue entre «título público inmatriculador traslativo» y «primer título público adquisitivo» y, en relación a este primer título, admite cualquier título en que la adquisición de la propiedad quede cubierta por la fe pública, acreditándose el hecho y el momento de haberse producido una adquisición anterior y apostilla: «no se trata solo de un título público que acredite la propiedad, sino haberla adquirido un año antes»⁹².

En cuanto a la postura de la Dirección General, en particular, sobre la exigencia para la nueva inmatriculación de doble título traslativo, es ya doctrina consolidada la sentada por la RDGRN de 19 de noviembre de 2015 que estima que, frente a la anterior redacción del artículo 205 LH, relativa a la posibilidad de obtener la inmatriculación en virtud de «títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos», ahora, la nueva redacción legal exige que se trate de «títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público». Como aclara la resolución, la diferencia esen-

cial entre ambas redacciones legales no se encuentra tanto en la necesidad de que el título público inmatriculador sea «traslativo», pues tal exigencia, aunque no viniera expresamente formulada en la anterior dicción legal sí que resultaba implícita en ella, como reiteradamente ha venido considerando la doctrina jurídica, la jurisprudencia y la propia doctrina consolidada de este Centro Directivo, sino que tal diferencia esencial radica en los dos requisitos, uno relativo a la forma documental y otro al momento temporal, exigidos para acreditar que el otorgante de ese título público traslativo hubiera adquirido su derecho con anterioridad. Por lo que respecta a la forma documental para acreditar la previa adquisición, ya no basta cualquier medio de acreditación fehaciente, categoría amplia dentro de la cual el Reglamento Hipotecario, en alguna de sus sucesivas reformas, ha considerado comprendidos incluso a simples documentos privados que reunieran los requisitos del artículo 1227 del Código civil. Y en cuanto al momento temporal en que debía haberse producido la previa adquisición por el ahora transmitente —después, se volverá sobre este extremo—, no se exigía ninguna antelación mínima con respecto a la fecha del otorgamiento del título público traslativo y que opera como inmatriculador. Ahora, en cambio, con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador (FD 7).

Por otra parte, la Dirección General se plantea la cuestión de si, cuando la Ley exige que los otorgantes del título público traslativo «acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público», ese complemento circunstancial «mediante título público» se refiere al verbo acreditar o al verbo adquirir. Es decir, surge la cuestión de si cabe la posibilidad de que mediante título público, no adquisitivo, sino meramente declarativo, se acredite el hecho y el momento de haberse producido una adquisición anterior y concluye que parece razonable considerar que tal posibilidad resulta efectivamente admitida por la nueva redacción legal, de modo que, por ejemplo, cuando tal adquisición anterior se acredite mediante una sentencia declarativa del dominio en la que la autoridad judicial considere y declare probado el hecho y momento en que se produjo una adquisición anterior, la fecha declarada probada de esa adquisición anterior puede ser tomada como momento inicial del cómputo del año a que se refiere el artículo 205 LH (FD 8)⁹³ —cfr., con la misma doctrina, las RDGRN de 4 de mayo, 1 de julio y 14 de noviembre de 2016—⁹⁴.

El segundo aspecto que importa destacar del nuevo artículo 205 LH y que constituye la auténtica novedad tras la reforma de 2015 es la exigencia de que el transmitente acredite haber adquirido la propiedad de la finca un año antes

mediante título público. A esta cuestión me referiré muy brevemente, porque se desarrolla en el siguiente apartado del estudio, al analizar la posibilidad del recurso al acta notarial que declare la notoriedad de la adquisición previa con un año de antelación al otorgamiento del título público traslativo que opera como título inmatriculador. En cuanto al requisito temporal, el artículo 205.1.^º LH exige para la inmatriculación, además, que los títulos públicos traslativos sean otorgados por personas que «acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento» también mediante título público. Como se reconoció desde la práctica notarial, «constituye una verdadera novedad la exigencia de que el transmitente acredite haber adquirido la propiedad de la finca un año antes mediante título público»⁹⁵. Pues bien, la RDGRN de 19 de noviembre de 2015⁹⁶, explica la particularidad de la exigencia temporal del nuevo artículo 205 LH, frente a la redacción anterior, a saber: en cuanto al momento temporal en que debía haberse producido la previa adquisición por el ahora transmitente, no se exigía ninguna antelación mínima con respecto a la fecha del otorgamiento del título público traslativo y que opera como inmatriculador. Ahora, en cambio, con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Aclara el Centro Directivo que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior. En el caso resuelto, no procedió la inmatriculación, en síntesis, porque la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia, si bien se habían realizado en dos documentos sucesivos, en este caso, respondían evidentemente a un solo acto complejo de partición y transmisión, ya que ambos supuestos títulos consecutivos: «no son manifestación de dos sucesivas transmisiones independientes, como exige el fundamento del mecanismo de la inmatriculación por doble título traslativo» (FD 6). Por lo que atañe a los títulos hereditarios, la fecha a tomar en cuenta será la del fallecimiento del causante (retroacción *ex lege* [art. 989 CC]), teniendo en cuenta, como dice MARÍNO, el efecto retroactivo de la aceptación, justificada esta mediante un documento público, el certificado de defunción⁹⁷. En este sentido, se pronunció, además, la RDGRN de 14 de noviembre de 2016⁹⁸, cuando manifestó que en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad se otorga título traslativo de ellos a un tercero, «el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se puede entender adquirida por el

heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia» (FD 3)⁹⁹.

La tercera novedad, en torno al artículo 205 LH que quiero destacar es la referente a la deseable concordancia entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, o la realidad jurídica extrarregistral. En efecto, a tenor del artículo 205 LH, tras la modificación llevada a cabo por la Ley de 24 de junio de 2015, de reforma de la legislación hipotecaria y del Catastro, se exige para la inmatriculación por doble título, además, que «exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del registrador y, en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto»; de suerte que se positiviza de forma más rigurosa una pretensión ancestral, a saber: «la deseable coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro» (por todas, cfr., la RDGRN de 4 de agosto de 2014¹⁰⁰). También, como se contempla en la regulación del título VI de la Ley Hipotecaria —artículos 198 a 210, encabezados con la rúbrica «De la coordinación entre el Registro y la realidad jurídica»— y sostiene la Dirección General de los Registros y del Notariado: «puede y debe el registrador, en el ejercicio de su función calificadora, rechazar la inmatriculación si tiene dudas fundadas sobre la posibilidad de que la descripción de la finca que se pide inmatricular pueda coincidir, aunque fuera en parte, con cualquier otra finca ya inmatriculada, o con el dominio público incluso no inmatriculado» —en este sentido, cfr., además, las RRDGRN de 4 de mayo de 2016 y de 27 de febrero de 2018—¹⁰¹.

En relación a la exigencia de identidad en las descripciones, es preciso distinguir, como hace el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, entre la identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos, cuya apreciación se deja «a juicio del registrador» y la identidad en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica, que ha de observarse, como dice expresamente el citado artículo: «en todo caso», por lo que, en este último supuesto no se deja margen alguno a la discrecionalidad del registrador. En relación a la identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos, se pronunció, últimamente en varias ocasiones la Dirección General, destaco, el caso resuelto por la RDGRN de 1 de marzo de 2018¹⁰², que confirmó la calificación de la registradora, que consideró que no existía «identidad entre la descripción de la finca contenida en el título y en el antetítulo». A propósito de esta confirmación de la calificación, el Centro Directivo aclara que cuando el registrador ha de calificar si existe identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos¹⁰³, la Ley, al utilizar la expresión «a su juicio» es claro que le está otorgando cierto margen de apreciación, o lo que es lo mismo, cierta flexibilidad en la apreciación de la identidad. Por ello es evidente que no puede existir —y así, exigirse— identidad plena y absoluta

entre ambas descripciones, puesto que en ese caso no necesitaría juicio alguno por parte del registrador en su calificación, siendo por ello preciso una «identificación razonable entre ambos modelos descriptivos», tanto en lo relativo a superficie, como en su ubicación, identificación y demás elementos definitorios de la finca —cfr., con la misma doctrina, las RRDGRN de 21 de abril de 2016 y 16 de enero, 27 de febrero y 1 de marzo de 2018¹⁰⁴—. Por tanto, la fundamentación de una calificación negativa de tal identidad no puede limitarse a la simple constatación de que exista alguna diferencia de superficie o de algún otro dato descriptivo de la finca entre ambos títulos, sino que habrá de expresar, y de modo motivado como toda calificación, que a juicio del registrador no existe la identidad exigida por la ley, o que, al menos, tiene dudas fundadas sobre ella (FD 2)¹⁰⁵. Me interesa destacar, como, de nuevo, el Centro Directivo vuelve a apelar para salvar el defecto existente para la inmatriculación al recurso al acta notarial de notoriedad, al concluir que en el presente caso puede lograrse la inmatriculación pretendida bien por el procedimiento previsto en el artículo 203 LH [expediente de dominio] o bien (como ya se indicó en resolución de esta Dirección General de 1 de febrero de 2017¹⁰⁶) complementando el título inmatriculador con acta de notoriedad: «En dicha acta, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 LH y a la regulación del artículo 209 RN, será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha» (FD 2) —sigue en esta RDGRN la doctrina de anteriores resoluciones: RRDGRN de 16 de enero y 27 de febrero de 2018, también, precisamente, al confirmar las calificaciones de los registradores, ante faltas de identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos—¹⁰⁷.

No obstante, como acabo de anticipar, ese margen de apreciación o de discrecionalidad del registrador de que «a su juicio» exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos, no opera cuando se trata de apreciar la identidad entre la descripción de la finca contenida en el título inmatriculador y la de la certificación catastral descriptiva y gráfica, que resulta preceptiva para la inmatriculación. No en vano esta exigencia deriva de la misma redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, al requerir que exista identidad «en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto» (la cursiva es mía) —cfr., además, el artículo 9 b) 6.º LH—¹⁰⁸. Como ha declarado reiteradamente la Dirección General, incluso antes de la reforma del artículo 205 de la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015, por ejemplo, en la RDGRN de 5 de septiembre de 2013: «en caso de inmatriculación de fincas *el registrador debe extremar el celo calificador y no solo es exigible que la descripción del inmueble en cuestión en la certificación catastral descriptiva y gráfica sea idéntica a la se haga en el título inmatriculador*, sino que también

debe haber entre este y el título previo similitudes suficientes para que no haya dudas sobre la identidad de la finca cuyo acceso al registro se pretende» (FD 2) —la cursiva es añadida—¹⁰⁹. Recuerda la RDGRN de 3 de octubre de 2016, que en todo supuesto de inmatriculación conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria: «deberá aportarse representación gráfica catastral de la finca en términos idénticos a la descripción contenida en el título inmatriculador [...]» y concluye la Dirección General que esta exigencia «responde, en gran parte, a una misma finalidad y razón de ser: que la finca que se inmatricule por vía del artículo 205 nazca ya a su vida registral plenamente coordinada desde el punto de vista geográfico, con el inmueble catastral» (FD 2)¹¹⁰.

En suma, a mi juicio, la filosofía de la reforma de 2015 (Ley 13/2015) se observa con claridad en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Destaco la significativa RDGRN de 19 de noviembre de 2015¹¹¹, en la que se plantea la cuestión de si son suficientes a los efectos de proceder a una inmatriculación de finca, dos títulos otorgados ante el mismo notario el mismo día, uno a continuación de otro, en cuya virtud, por el primero, los herederos y la viuda liquidan la sociedad de gananciales como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges, adjudicando a la herencia de este una determinada cuota indivisa de una finca que había sido ganancial, y por el segundo, se procede a adjudicar a sus herederos la referida cuota indivisa. Estas circunstancias, son las que llevan al registrador a la suspensión de la inmatriculación. La liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia, si bien se han realizado en dos documentos sucesivos, en este caso responden evidentemente a un solo acto complejo de partición y transmisión, y más aún cuando se realizan en el mismo día y en números seguidos de protocolo. Así, el Centro Directivo, después de afirmar que, hasta ahora, en el control de la inmatriculación por título público se ha exigido a los registradores, que al efectuar su calificación, extremasen las precauciones para evitar el acceso al Registro de títulos elaborados *«ad hoc»* con el único fin de obtener la inmatriculación, lo que se explicaba y justificaba por las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica, pues se trata de eludir el fraude de ley en el sentido de «evitar que, mediante la creación instrumental de títulos, se burlen todas las prevenciones que para la inmatriculación mediante título público ha instituido el legislador» (FD 4); por consiguiente, concluye que estas circunstancias, son las que llevan al registrador a la suspensión de la inmatriculación. La liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia, si bien se han realizado en dos documentos sucesivos, en este caso responden evidentemente a un solo acto complejo de partición y transmisión, y más aún cuando se realizan en el mismo día y en números seguidos de protocolo¹¹². En ese supuesto, no se puede más que confirmar la calificación, y no solo porque han sido otorgadas ambas escrituras el mismo día, sino también, como acertadamente señala el registrador en su nota de calificación, porque ambos supuestos

títulos consecutivos, esto es, la liquidación del patrimonio ganancial del causante y la posterior adjudicación hereditaria a sus herederos, no son manifestación de dos sucesivas transmisiones independientes, como exige el fundamento del mecanismo de la inmatriculación por doble título traslativo, sino más bien algo más cercano a una operación jurídica única e inevitable en toda herencia en la que como presupuesto para efectuar adjudicaciones hereditarias de bienes hasta entonces gananciales es requisito la previa liquidación de la sociedad de gananciales con adjudicación de bienes o cuotas indivisas concretas al causante de la herencia (FD 6).

Complementa la doctrina citada en esa RDGRN de 2015, sobre la finalidad y razón de ser de la reforma, la RDGRN de 4 de mayo de 2016¹¹³, que, aunque rechazó que en el caso resuelto existiese «una operación instrumental o fraudulenta que solo pretenda ilegítimamente obtener la inmatriculación», es decir, que la inmatriculación de la finca respondiese a una «operación fraudulenta *“ad hoc”*» (FD 4), insistió en la doctrina de la Dirección General al recordar que es doctrina reiterada del Centro Directivo la que «rechaza la fabricación de títulos *“ad hoc”*» con la exclusiva o principal finalidad de obtener la inmatriculación por la vía simplificada del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; pero concluye que tal doctrina no es aplicable al presente caso, en el que en ningún modo cabría hablar de fabricación de títulos, sino de rectificación de un título previo de herencia y otorgamiento de un acta de notoriedad complementaria. Y en cuanto a dicha acta de notoriedad autorizada el mismo día de la rectificación para acreditar que el causante de la herencia era tenido por dueño de la finca, con su nueva descripción rectificada, no cabe enjuiciarla conforme a dicha doctrina anterior a la Ley 13/2015, pues por una parte, no resulta de aplicación la normativa anterior a dicha Ley, sino la emanada de ella, y por otra, si hipotéticamente hubiera sido de aplicación la normativa anterior, incluyendo el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, no hubiera habido duda de la admisibilidad de dicha acta de notoriedad (FD 3).

2. LA POSIBILIDAD DE COMPLEMENTAR EL TÍTULO TRASLATIVO INMATRICULABLE MEDIANTE ACTA DE NOTORIEDAD, COMO TÍTULO PÚBLICO DE ADQUISICIÓN IDÓNEO PARA SALVAR DEFECTOS Y PROCEDER A LA INMATRICULACIÓN PRETENDIDA

La tan citada Ley 13/2015, al modificar el artículo 205 LH, a simple vista, parece no haber duda de que ha eliminado el acta de notoriedad complementaria de título público para la inmatriculación, de suerte que se suprime la referencia explícita a la posibilidad de suplir la falta de título previo de adquisición mediante acta de notoriedad; sin embargo, como se comprobará a lo largo de este epígrafe, la subsistencia del acta notarial de notoriedad es perfectamente compatible con la nueva redacción del precitado artículo, ya que este precepto

deja abierta la posibilidad de que el acta de notoriedad equivalga a un título público de adquisición con igual categoría que el otro título público previo de adquisición. Así, en el presente apartado me dedicaré a analizar cómo la Dirección General de los Registros y del Notariado, después de la reforma del artículo 205 LH, sigue recurriendo al acta notarial de notoriedad, para completar el título traslativo inmatriculable, para declarar la notoriedad de la adquisición previa con un año de antelación al otorgamiento del título público traslativo que opera como título inmatriculador.

En todo caso, convengo con la doctrina notarial, encabezada por MARIÑO PARDO, que considera que esta opción legal [de ni siquiera referirse al acta de notoriedad] se sitúa dentro de una tendencia «que no sirve de nada negar, por coyuntural que pueda ser, a devaluar el valor del documento público notarial, de la que nuestra DGRN ha sido adalid destacado en los últimos tiempos», aunque el notario reconoce que le resultó dudoso que se suprimiese toda referencia al acta de notoriedad por la Ley, «aunque cupiese dentro de la misma», y observa, con fundamento en diversas resoluciones, a las que a continuación me referiré, como la DGRN acaba admitiendo la posibilidad de completar el título inmatriculable mediante acta de notoriedad que declare la notoriedad de la adquisición por el transmitente con un año de antelación al título objeto de inmatriculación¹¹⁴. Asimismo, LLOPIS, considera coherente la interpretación del artículo 205 LH tendente a facilitar la inmatriculación partiendo de la existencia de un título y un acta de notoriedad, si bien considera, acertadamente, que el objeto de esta acta de notoriedad no es el mismo que el anterior, para el notario, se puede permitir, a través incluso del artículo 205 LH que el título público resulte complementado con un acta que tenga por objeto comprobar y declarar la notoriedad de que el transmitente había adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes del otorgamiento; ahora bien, el autor puntualiza que este acta no se tramita conforme a la normativa anterior: «sino conforme a las previsiones generales que el Reglamento Notarial tiene en materia de actas de notoriedad en el artículo 209»¹¹⁵. También desde la práctica notarial, RODRÍGUEZ GARCÍA-ROBÉS, al estudiar la inmatriculación por título público traslativo (doble título), al tratar del «primer título público adquisitivo», reconoce la importancia del acta de notoriedad, ya que no se trata solo de un título público que acredite la propiedad «sino haberla adquirido un año antes; es razonable admitir una sentencia declarativa de dominio, así como la previa adquisición, mediante un acta de notoriedad» y, sobre todo, destaca la siguiente puntuización del autor que tiene una gran trascendencia tras la reforma de la Ley 13/2015: «no basta un acta notarial de notoriedad de que una persona es tenida por dueña, sino un acta tramitada conforme a la regulación del artículo 209 RN en la que se pida y el notario emita juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando tales extremos le resulten evidentes por la aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso»¹¹⁶.

Como se verá a continuación, en tal idea insiste la doctrina de la Dirección General. Se podría decir que, tras la nueva regulación, en esta acta notarial de notoriedad que servirá para acreditar la adquisición con un año de antelación, el notario habrá de comprometerse en la emisión del juicio de notoriedad. Como apostilla LLOPIS, en la conclusión de su estudio en relación al nuevo artículo 205 LH: «la regulación actual es distinta de la anterior (normativa notarial vs. normativa hipotecaria), el objeto tampoco es exactamente el mismo (notoriedad sobre ser tenido por dueño vs. el plazo del año) y el procedimiento es diferente (art. 298 RH vs. art. 209 RN). Además, el notario es el que debe llegar al convencimiento de la notoriedad pretendida, y los medios y pruebas a practicar dependerán de su valoración» —la cursiva es añadida—. El notario, al referirse a tales medios de prueba, reconoce que podrán variar, adecuándose a la posibilidad de prueba de cada caso y proporciona sustanciosos ejemplos: recibo del IBI de los últimos dos años o más, certificado de empadronamiento, consumos de luz o agua con factura a nombre del titular, declaración en IRPF o en impuesto del patrimonio... Como dice el autor, muchas de estas las admite la Agencia Tributaria para probar si una vivienda es o no vivienda habitual, así que no ve inconveniente en su admisión para que el notario se cerciore y llegue a la notoriedad pretendida por el requirente¹¹⁷.

Podría decirse que el acta notarial de notoriedad en la inmatriculación de fincas resurge, a pesar del tenor del artículo 205 LH, por obra de la doctrina del Centro Directivo. En efecto, veamos, a continuación, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que retoma el acta de notoriedad, para eso, procede partir de que la Ley Hipotecaria, en su artículo 205.1.^º, exige para la inmatriculación por doble título público, tras su modificación por el artículo 1.11 de la Ley 13/2015, que los otorgantes del título público traslativo «acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público». Pues bien, la Dirección General de los Registros y del Notariado, a partir de la pionera y precursora de otras muchas resoluciones, la RDGRN de 19 de noviembre de 2015, se plantea la cuestión de si sería admisible acreditar esa previa adquisición mediante acta de notoriedad, que es un título público, tramitada de conformidad con el artículo 209 del Reglamento Notarial. Aclara la Dirección General que «tal hipotética admisión no podrá ya ampararse en la concreta redacción del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, pues cuando la disposición derogatoria única de la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone que «quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley», ha de interpretarse que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello,

han de entenderse íntegramente derogados a partir del día 1 de noviembre de 2015», y concluye con la siguiente doctrina: «Por ello, ya no será admisible la simple declaración de la notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una determinada finca, como venía admitiendo el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, sino que, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y a la regulación del artículo 209 del Reglamento Notarial, será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario, tales extremos le «resultasen evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso»» (FD 8)¹¹⁸ —de momento, siguen esta doctrina, las RRDGRN de 4 de mayo, 23 de junio, 3 de octubre, 11 de octubre, 14 de diciembre de 2016, 13 de julio de 2017 y 27 de febrero de 2018—¹¹⁹.

También, en relación al resurgimiento de acta notarial de notoriedad, tras la reforma del artículo 205 LH por la Ley 13/2015, y no ya en relación al acta de notoriedad como mecanismo para acreditar que la adquisición previa se ha producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador, sino como fórmula idónea para salvar determinados defectos impeditivos de la inmatriculación, sin necesidad de acudir al otro procedimiento o medio inmatriculador que es el expediente de dominio (*ex art.* 203 LH), la Dirección General de los Registros y del Notariado, en recientes resoluciones, tras la imposibilidad de inmatricular, admitió la pertinencia de lograr la inmatriculación pretendida, además de por medio del expediente de dominio, a través de un acta de notoriedad complementaria de alguno de los títulos presentados. En tales supuestos, se hace una remisión a la doctrina recogida en la RDGRN de 1 de febrero de 2017¹²⁰. La Dirección General, una vez más, «recupera» el acta notarial de notoriedad, para salvar la imposibilidad de inmatricular la finca y concluye que «*En el presente caso, podrá lograrse la inmatriculación pretendida bien por el procedimiento previsto en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria o bien complementando el primero de los títulos aportados con acta de notoriedad.* En dicha acta, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y a la regulación del artículo 209 del Reglamento Notarial, será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha» (FD 2) —la cursiva es mía—. Esa doctrina fue seguida por las RRDGRN de 16 de enero de 2018¹²¹, de 27 de febrero de 2018¹²² y 1 de marzo de 2018¹²³. No obstante, en estos supuestos, la improcedencia de la inmatriculación provino de la falta de identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos y la certificación catastral (*ex art.* 205 LH). Ahora bien, procede advertir que para que el acta de notoriedad

tenga aptitud inmatriculadora, tras la reforma operada por la Ley 13/2015, no bastara la tramitación de la referida acta conforme a la normativa ya derogada. Por consiguiente, la doctrina de las antedichas resoluciones de 2018, ha de ser integrada por la doctrina, ya analizada en este mismo apartado, iniciada por la RDGRN de 19 de noviembre de 2015 y seguida, como se ha visto, por numerosas resoluciones, que, aun tras la forma del artículo 205 LH, recupera el acta de notoriedad, para acreditar que la adquisición previa se ha producido al menos un año antes del otorgamiento del título público inmatriculador; pero que dejó muy claro que, ya no sería admisible la «simple declaración de la notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una determinada finca» (como venía admitiendo el art. 298 RH), sino que será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario «emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha» (conforme a las exigencias del art. 205 LH y, a la regulación del art. 209 RN)¹²⁴.

CONCLUSIONES

I. Las actas de notoriedad fueron reguladas por primera vez en el Reglamento Notarial de 8 de agosto de 1935. Por medio del acta de notoriedad el notario no da fe de la verdad de ese hecho ni de la exactitud de su notoriedad sino que se limita a expresar un juicio sobre esa notoriedad. Da fe, entre otros extremos, de las declaraciones de los testigos pero no de la verdad o evidencia del hecho aseverado por los mismos. El notario no percibe el hecho notorio de *«visu et auditu»* sino mediáticamente. No afirma la evidencia personal de un hecho, sino un juicio de valoración de pruebas. Son actas de percepción de declaraciones o de documentos, con el añadido del juicio de notoriedad. No obstante, a pesar de la dilatada historia de estas actas notariales, es mínima su regulación. El notario ha de responsabilizarse y proceder con especial cuidado en la formación de un juicio de notoriedad; así, no es posible observar un automatismo en la redacción de estas actas, sino que el notario valorará con extremo cuidado los hechos y las pruebas practicadas, que podrá exigir de variada naturaleza. No se pretendió con el presente estudio agotar todos los supuestos en los que el acta notarial de notoriedad pueda jugar un papel relevante, sería tarea imposible porque son muchos y muy variados los supuestos que la vida práctica puede ofrecer en los que resulte adecuado o conveniente acreditar la notoriedad de determinados hechos y, además, porque no existe *numerus clausus* en esta materia.

II. Lo que se quiere resaltar con este trabajo es no solo el valor del acta notarial de notoriedad, sino también el relevante papel de la intervención del notario y del registrador de la propiedad en la vida jurídica, en general, y, en particular, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Esa defensa de la cuali-

ficación técnica de estos profesionales del Derecho la pone de manifiesto el Preámbulo de la Ley de la jurisdicción voluntaria, por ejemplo, cuando afirma que la Ley 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 y cita expresamente entre ellos a los notarios y registradores de la propiedad, que estima son profesionales que «aúnan la condición de juristas y titulares de la fe pública» y que «reúnen sobrada capacidad para actuar con plena efectividad y sin merma de garantías». También, reconoce el prestigio adquirido a lo largo de los años por estos cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos, que es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, «como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica». En esa línea, justifica la nueva dimensión que se da a notarios y registradores de la propiedad y mercantiles como servidores públicos «consecuente con su real cualificación técnica y el papel relevante que desempeñan en el tráfico jurídico». Precisamente, como se reconoció desde la práctica notarial, la responsabilidad *ex artis* de estos operadores jurídicos se presume en su cualificación profesional.

III. En el ámbito de las sustituciones hereditarias, uno de los papeles asignados al acta de notoriedad es el de servir como prueba fehaciente en la determinación de sustitutos innominados (*ex art. 82.3.º RH*). Otra de las funciones que puede desempeñar el acta de notoriedad en las sustituciones es el de servir como vehículo para acreditar la inexistencia de descendientes llamados como sustitutos vulgares para que proceda, por ejemplo, el acrecimiento de coherederos o, en su caso, la apertura de la sucesión intestada. En efecto, el supuesto más frecuente, e incluso típico, de «ineficacia del llamamiento sustitutorio» es precisamente la inexistencia de descendientes, que se trata de un hecho susceptible de acreditarse por medio de acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial (cfr., art. 209 RN). A mayor abundamiento, el acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición (*ex art. 82.4.º RH*). En fin, el acta de notoriedad tendrá singular relevancia en las sustituciones fideicomisarias condicionales (*cum et sine liberis decesserit*). Así, se puede recurrir al acta de notoriedad, ya que para demostrar que el fiduciario ha fallecido con hijos en la sustitución fideicomisaria *sine liberis*, o que ha fallecido sin ellos, en la *cum liberis*, podrá utilizarse dicha acta, en la que constará que se ha incumplido la condición correspondiente y quedará totalmente consolidado, si procede, el derecho del fiduciario.

IV. Por lo que atañe al acta de notoriedad en la declaración de herederos abintestato, a raíz de la Ley de la jurisdicción voluntaria de 2015, el acta de notoriedad se generaliza como título de la sucesión hereditaria a los efectos del

Registro de la Propiedad, para la declaración de herederos abintestato de descendientes, ascendientes, cónyuge, pareja de hecho y parientes colaterales hasta el cuarto grado. Respecto a la naturaleza de esta actuación notarial, es evidente que se trata de un «acta de notoriedad», término que utiliza el artículo 55.1 de la Ley del Notariado, es un «acta» y no una escritura. Destaca de la nueva regulación, la amplia discrecionalidad del requirente para decidir el notario competente, dentro de un amplio abanico de posibilidades; además, el requerimiento al notario para la apertura del proceso dirigido a obtener la notoriedad de un hecho podrá realizarse a través de apoderado o mandatario y pueden también hacerse por el mandatario las afirmaciones de hechos que se consideren convenientes al acta y aportarse la documentación precisa. Asimismo, se plantea la cuestión del sistema de acta única o de la doble acta, puesto que el artículo 56.3.1.^º LN parece suponer una única protocolización al final al disponer: «Cualquiera que fuera el juicio del notario, terminará el acta y se procederá a su protocolización». Sin embargo, se defiende que la Ley no entra en esta cuestión de técnica notarial, que es más propia de un desarrollo reglamentario por tener como destinatario al notario y que por ello la normativa notarial, que no es en absoluto contraria a la nueva Ley, debe seguirse aplicando como hasta ahora; por consiguiente, cabe mantener el actual sistema reglamentario de doble acta, por sus propias ventajas intrínsecas y por poder interpretarse la Ley en concordancia con el Reglamento Notarial, así que seguirá siendo de aplicación el sistema de doble acta previsto actualmente en el Reglamento Notarial para las actas de notoriedad en general (art. 209 RN), a saber: la primera de las actas autorizadas recogería el requerimiento inicial y la prueba practicada e, iniciada la misma, se remitiría el correspondiente parte reglamentario al Colegio Notarial, conforme prevé el Reglamento Notarial. La segunda acta, o acta final, documentaría el juicio de notoriedad del notario. En la primera de las actas se dejaría nota expresa de la segunda. Finalmente, se defiende que el acta notarial de notoriedad es título formal, pero también causal para la declaración de herederos abintestato: el artículo 14.1 de la Ley Hipotecaria establece con carácter imperativo que «el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato» es «[El] título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro», por esta razón y por otras que se exponen en el presente estudio, defiendo que el acta notarial de notoriedad no solo es título formal, sino también material o causal para la declaración de herederos abintestato de descendientes, ascendientes, cónyuge, pareja de hecho y parientes colaterales (*ex art. 55.1 LN y ex art. 55.1 LH y art. 209 bis RN*), a pesar de una línea de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que parece pretender degradar el valor y eficacia de este documento público notarial. Frente a ese desdén por el acta de notoriedad, comarto la doctrina del Centro Directivo que sí le atribuyen a dicho documento público la relevancia que le corresponde. Por todas, destaco la RDGRN de 2 de octubre de 2012 —que sigue la doctrina de la RDGRN de 4 de junio de 2012—, que, en

síntesis, defiende que siendo como es uno de los títulos de la sucesión, a efectos del Registro, el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, la copia de esta ha de presentarse en el Registro de forma íntegra. En suma, el acta notarial de notoriedad para la declaración de herederos abintestato resulta ser instrumento que deviene así título inexcusable de la sucesión hereditaria —cfr., RDGRN de 14 de marzo de 2013—.

V. La configuración actual de la sociedad propiciará una particular y creciente forma de ordenación de la sucesión testamentaria, a saber: disposiciones testamentarias ordenadas a favor de quienes prestan asistencia al testador o a las personas por él designadas. Por una parte, se observa que la evolución y los vaivenes experimentados por la familia como consecuencia de los cambios demográficos y sociales han originado una profunda transformación en los tipos familiares. A ello hay que añadir la constatación de un envejecimiento progresivo de la población. Ambas cuestiones conforman una nueva realidad en la población que demanda cada vez más soluciones a la vulnerabilidad en que puedan encontrarse para alcanzar una mayor autonomía personal y calidad de vida. Existe una escasa previsión normativa en relación a las disposiciones de diferente índole vinculadas al aseguramiento de recursos para proveer necesidades futuras. El Código civil no contempla este tipo de previsiones, configuradas como condiciones o, en su caso, como modos testamentarios, lo que no significa que, en virtud de la autonomía del testador, no puedan introducirse en el testamento. Por lo que atañe a los ordenamientos de Derecho civil autonómico, destaco la Ley de Derecho civil de Galicia, que consagra legislativamente este tipo de institución (arts. 203 y 204). Pues bien, el acta notarial de notoriedad, también en este ámbito, tendrá un juego singular, no en vano ya existen, de momento, sendas resoluciones que atribuyen al acta notarial de notoriedad la función de acreditar el cumplimiento de esta clase de condiciones impuestas en el testamento, eso sí, no será suficiente que el notario declare justificado el cumplimiento de la condición testamentaria de haber cuidado del testador, sino que también se requiere la intervención o comparecencia en el acta de todos los herederos, no solo de los requirentes, para que realicen las alegaciones que consideren oportunas en defensa de sus derechos (*ex art. 209.2.2.^º RN*) —cfr., la RDGRN de 13 de julio de 2016—. Además, singular relevancia tendrá el acta de notoriedad para acreditar así la condición de heredero como el cumplimiento de la condición (de cuidar), en particular, cuando el heredero no está determinado nominativamente —cfr., la RDGRN de 27 de octubre de 2016—. Por otra parte, habrá de sugerirse a los notarios que al acreditar el cumplimiento de la condición de cuidar, procedan con flexibilidad, para acomodarse a la doctrina al respecto del Tribunal Supremo, que muestra una gran flexibilidad a la hora de apreciar tal cumplimiento, atendiendo a las posibilidades del instituido (por todas, cfr., la STS de 21 de enero de 2003). A mi juicio, la participación del notario, en este tipo de disposiciones ordenadas a favor de cuidadores, es muy

relevante, no solo al intervenir en el acta notarial de notoriedad para acreditar el cumplimiento de la condición de cuidar, sino también, para evitar que se utilicen maniobras dolosas o fraudulentas para inducir al testador a disponer de su patrimonio testando a favor del cuidador o modificando el testamento que tuviere hecho, a través de la emisión de un juicio notarial de capacidad (exenta de vicios). Recuérdese que el artículo 685.1.^º del Código civil establece el deber del notario de asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar —cfr., además, los artículos 17 bis.2.a) LN, 156.8.^º y 167 RN—, es decir, el notario deberá verificar que la última voluntad del testador se expresa libremente, sin influencias indebidas, frecuentes en personas especialmente vulnerables. Por lo demás, sería causa de indignidad que el cuidador, con amenaza, fraude o violencia obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo (*ex art.* 756.5.^º CC); sin perjuicio de que procediese la nulidad de testamento por haber sido otorgado con violencia, dolo o fraude (*ex art.* 673 CC).

VI. Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, da nueva redacción al artículo 205 de la Ley Hipotecaria y como reconoce el propio Preámbulo de esta Ley: «[...], se procede a *regular de manera más minuciosa* la inmatriculación mediante título público de adquisición del antiguo artículo 205». Con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Por lo que atañe a los títulos hereditarios, la fecha a tomar en cuenta será la del fallecimiento del causante (retroacción *ex lege* [art. 989 CC]). De nuevo, resurge el papel del acta notarial de notoriedad. En efecto, la subsistencia del acta de notoriedad es perfectamente compatible con la nueva redacción del párrafo primero del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, ya que este precepto deja abierta la posibilidad de que el acta de notoriedad sirva para acreditar el hecho de la adquisición mediante el título público que exige el precitado artículo. Así, en el presente estudio analizo como la Dirección General de los Registros y del Notariado, después de la reforma del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, sigue recurriendo al acta notarial de notoriedad, para complementar el título traslativo inmatriculable, para declarar la notoriedad de la adquisición previa con un año de antelación al otorgamiento del título público traslativo que opera como título inmatriculador. Pues bien, la Dirección General de los Registros y del Notariado, a partir de la pionera y precursora de otras muchas resoluciones, la RDGRN de 19 de noviembre de 2015, considera posible acreditar la previa adquisición mediante acta de notoriedad, que es un título público, tramitada de conformidad con el artículo 209 del Reglamento Notarial. Con todo, ya no será admisible la *simple* declaración de la notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una determinada finca, como venía admitiendo el artículo 298 del

Reglamento Hipotecario, sino que, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria y a la regulación del artículo 209 del Reglamento Notarial, será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario, tales extremos le resultasen evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso. Por otra parte y en relación a la exigencia de identidad en las descripciones, cumple distinguir, como hace el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, entre la identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos, cuya apreciación se deja «a juicio del registrador», y la identidad en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica, que ha de observarse, como dice expresamente el citado artículo: «en todo caso», por lo que, en este último supuesto no se deja margen alguno a la discrecionalidad del registrador.

VII. No quiero dar fin a este trabajo de investigación sin resaltar la función que, también en este ámbito de mi estudio centrado en el acta notarial de notoriedad, tiene la intervención del registrador de la propiedad, singularmente, mediante la revisión de las actas de notoriedad, susceptibles de calificación por el registrador, no en vano, a lo largo del presente artículo, nos encontramos con ejemplos destacados en los que la Dirección General de los Registros y del Notariado confirmó la nota de calificación del registrador, desestimando el recurso interpuesto, por ejemplo, en la RDGRN de 13 de julio de 2016, que resuelve un supuesto en relación a un testamento otorgado a favor de quien cuide a la testadora, que declaró la improcedencia de la inscripción de la escritura de manifestación, partición y adjudicación de herencia, en síntesis, porque en el supuesto de este expediente, los dos comparecientes y requirentes del acta de notoriedad afirman bajo su responsabilidad que son los únicos que han cuidado a la testadora. En el acta de notoriedad la notaría manifiesta que «...estimo justificada la notoriedad pretendida por los requirentes...». Por su parte, el registrador, en su nota de calificación, afirma que son ellos dos los únicos que comparecen en el acta y declaran bajo su responsabilidad y bajo pena de falsedad en documento público, que la condición ha sido cumplida exclusivamente por ellos, sin que ni en el acta, ni en la escritura de partición hayan comparecido las otras dos personas llamadas por la testadora. El Centro Directivo consideró que el defecto debe ser confirmado —con fundamento en el artículo 209 del Reglamento Notarial, apartado 2.2—. Por consiguiente, se concluye que se hace necesaria, al menos, una citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, a los efectos de que puedan realizar las manifestaciones u oposiciones que puedan amparar su derecho. En el concreto caso de este expediente, no se ha hecho tal citación de dos de los herederos a la notoriedad, por lo que no se ha dado debido cumplimiento a lo dispuesto

en el artículo 209 del Reglamento Notarial —también, en parecido sentido, desestimando el recurso interpuesto y confirmando la nota del registrador, en un caso de disposición testamentaria a favor de quien cuide al testador, cfr., la RDGRN de 27 de octubre de 2016—. En fin, como recordó la STS de 28 de noviembre de 2013 «en un sistema registral de desenvolvimiento técnico, como es el español [...] impera el principio de legalidad, excluyente de la posibilidad de registrar títulos que no sean perfectos y válidos, material y formalmente, el cual se protege mediante el *trámite depurador en qué consiste la calificación*, esto es, el examen de los títulos presentados que ha de realizar el registrador para decidir si procede la inscripción o, por el contrario, la denegación o la suspensión de la misma —artículo 18 LH—» [la cursiva es añadida].

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL:

- STS de 21 de diciembre de 1920 (JC 1920, t. 151, núm. 147)
- STS de 11 de diciembre de 1964 (RJ 1964, 5822)
- STS de 27 de abril de 1987 (RJ 1987, 2729)
- STS de 9 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3696)
- STS de 11 de junio de 1990 (RJ 1990, 4751)
- STS de 28 de junio de 2002 (RJ 2002, 5507)
- STS de 21 de enero de 2003 (RJ 2003, 604)
- STS (Cont.-Adm.) de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3491)
- STS de 3 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 269)
- STS de 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 5217)
- STS de 28 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7638)
- STS de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2314)

ÍNDICE DE RDGRN:

- RDGRN de 2 de diciembre de 1897 (*Colección oficial DGRN*, t. VI, Madrid, 1908).
- RDGRN de 11 de diciembre de 1964 (RJ 1964, 5822)
- RDGRN de 21 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1533)
- RDGRN de 3 de abril de 1995 (RJ 1995, 3238)
- RDGRN de 19 de diciembre de 1995 (RJ 1996, 3372)
- RDGRN de 8 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4788)
- RDGRN de 13 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 2410)
- RDGRN de 28 de junio de 2002 (RJ 2002, 5507)
- RDGRN de 11 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3949)
- RDGRN de 21 de mayo de 2003 (RJ 2003, 4482)

- RDGRN de 30 de enero de 2004 (*RJ* 2004, 1797)
- RDGRN de 18 de enero de 2005 (*Anuario de la DGRN*, año 2005, vol. II)
- RDGRN de 8 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 7013)
- RDGRN de 13 de diciembre de 2007 (*RJ* 2008, 2783)
- RDGRN de 17 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 5553)
- RDGRN de 31 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 5827)
- RDGRN de 12 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012, 2841)
- RDGRN de 1 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 7947)
- RDGRN de 4 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 7950)
- RDGRN de 12 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 10052)
- RDGRN de 2 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 10963)
- RDGRN de 27 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 2139)
- RDGRN de 14 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 3070)
- RDGRN de 16 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 4821)
- RDGRN de 19 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 5447)
- RDGRN de 5 de septiembre de 2013 (*RJ* 2013, 8275)
- RDGRN de 30 de septiembre de 2013 (*RJ* 2013, 7706)
- RDGRN de 1 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1803)
- RDGRN de 30 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 3227)
- RDGRN de 29 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3814)
- RDGRN de 4 de agosto de 2014 (*RJ* 2014, 4903)
- RDGRN de 12 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 6472)
- RDGRN de 16 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 6473)
- RDGRN de 19 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 6057)
- RDGRN de 29 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 870)
- RDGRN de 21 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 2991)
- RDGRN de 4 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 3008)
- RDGRN de 5 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 3012)
- RDGRN de 9 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 3016)
- RDGRN de 6 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 3042)
- RDGRN de 23 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 4242)
- RDGRN de 1 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 4030)
- RDGRN de 13 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 5250)
- RDGRN de 3 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 4998)
- RDGRN de 11 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 5016)
- RDGRN de 27 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 6043)
- RDGRN de 14 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 6426)
- RDGRN de 14 de diciembre de 2016 (*RJ* 2016, 6629)
- RDGRN de 1 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 538)
- RDGRN de 9 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 997)
- RDGRN de 13 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3793)
- RDGRN de 5 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4349)

- RDGRN de 2 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4967)
- RDGRN de 20 de diciembre de 2017 (*RJ* 2017, 5849)
- RDGRN de 16 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 147)
- RDGRN de 22 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 223)
- RDGRN de 29 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 494)
- RDGRN de 27 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 1006)
- RDGRN de 1 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1007)
- RDGRN de 18 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 119635)

BIBLIOGRAFÍA

- BOLLAIM ROZALEM, L. (1945). La concordancia entre Registro y realidad en la nueva Ley sobre Reforma de la Ley Hipotecaria. *RCDI*, núm. 205, 400-416.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA (1975). Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad en el Derecho español. En: *Ponencias presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del notariado latino*, t. I. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales (429-506).
- CHICO Y ORTIZ, J. M.^a (2000). *Estudios sobre Derecho hipotecario* (t. I, 4.^a ed. actualizada). Madrid Barcelona: Marcial Pons.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. (2016). *Sistema de Derecho civil. Volumen III* (t. I) – *Derechos reales en general. Posesión. Propiedad. El Registro de la Propiedad* (novena edición). Madrid: Tecnos.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016). Comentario al artículo 2 de la Ley Hipotecaria. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (56-99).
- (2016). Comentario al artículo 14 de la Ley Hipotecaria. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (299-318).
- ESPINOSA DE SOTO, J. L. (2008). Comentario a los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho civil de Galicia. En: Á. L. Rebollo Varela (coord.). *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi (870-876).
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A. (2013). Comentario al artículo 1 de la Ley del Notariado. En: *Legislación Notarial*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters (15-17).
- (2013). Comentario al artículo 146 del Reglamento Notarial. En: *Legislación Notarial*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters (116-118).
- (2013). Comentario al artículo 209 del Reglamento Notarial. En: *Legislación Notarial*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters (178-180).
- GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2014). Relaciones de cuidado y Derecho de sucesiones: algunos apuntes. En: A. Domínguez Luelmo y M.^a P. García Rubio (dirs.) y M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*. Madrid: La Ley (479-504).

- GOMÁ SALCEDO, J. E. (2011). *Derecho Notarial* —Segunda edición ampliada y puesta al día con la colaboración de Fernando e Ignacio GOMÁ LANZÓN—. Barcelona: Bosch.
- HERRERO OVIEDO, M. (2006). *Del documento público al título inscribible*. Madrid: Iustel.
- (2007). La reforma del Reglamento Notarial: creación de una nueva modalidad de acta de notoriedad. *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* —número especial: *In memoriam Prof. Dr. José Manuel Lete del Río (1938-2007)*—, núm. 16-1, 221-241.
- IRURZUN GOICOA, D. (2014). Función del acta de notoriedad en el abintestato. Comentario a la inquietante resolución de 19 de junio de 2013. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. I, núm. 2, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.
- JIMÉNEZ GALLEGOS, C. (2017). *Función notarial y jurisdicción voluntaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A. (1977). *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Bosch.
- LUQUE JIMÉNEZ, M.^a C. (2014). El título sucesorio en el Registro. En: A. Domínguez Luelmo y M.^a P. García Rubio (dirs.) y M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum Todora F. Torres García*. Madrid: La Ley (771-790).
- LLOPIS, J. C. (2016). Acta de notoriedad de un año para inmatricular por el 205 LH [en línea], 9 de febrero de 2016, disponible en www.notariallopis.es/blog.
- MARIÑO PARDO, F. M. (2015). Acta de declaración de herederos abintestato a favor de ascendientes y descendientes, cónyuge, pareja o parientes colaterales (Capítulo 4). En: C. P. Barrio del Olmo (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial. Estudio práctico de los nuevos expedientes en la Ley de la jurisdicción voluntaria, Ley hipotecaria y Ley de navegación marítima*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (479-598).
- (2015). La inmatriculación mediante doble título tras la Ley 13/2015, de 24 de junio. El nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria [en línea], 15 de julio de 2015, disponible en www.iurisprudente.com.
- (2017). La resolución de la DGRN de 9 de marzo de 2017: distribución de toda la herencia en legados, sustitución vulgar y renuncia, conflicto de intereses en una repudiación de herencia [en línea], 5 de abril de 2017, disponible en www.iurisprudente.com.
- MARTÍN RUIZ, A. (2016). Comentario al artículo 205 de la Ley Hipotecaria. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (2.^a ed.). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (1615-1625).
- MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*. Madrid: Col·legi de Notaris de Catalunya, Wolters Kluwer.
- NIETO ALONSO, A. (2014). *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*. Madrid: La Ley Wolters Kluwer.
- (2014). La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas. En: A. Domínguez Luelmo y M.^a P. García Rubio (dirs.) y M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*. Madrid: La Ley (1043-1066).

- REQUEIXO SOUTO, M. (2016). El nuevo artículo 14, ap. 1.º, de la Ley Hipotecaria tras las reformas de 2015. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. 3, núm. 2, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.
- ROCA SASTRE, R. M.^a (1948). *Derecho hipotecario* (t. II) *Registro de la Propiedad*. Barcelona: Bosch.
- ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral* (8.^a ed.), t. I. Barcelona: Bosch.
- ROCA SASTRE, R. M.^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ I XIRGO, J. (2009). *Derecho hipotecario* (t. VII). Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ GARCÍA-ROBÉS, J. L. (2016). Expedientes hipotecarios relacionados con la Ley 13/2015, de 24 de junio [en línea], 19/07/2016, disponible en: www.notariosyregistradores.com.
- SANZ FERNANDEZ, Á. (1955). *Instituciones de Derecho hipotecario* (t. II). Madrid: Reus.
- SOLÍS VILLA, C. y MORILLO, J. (2007). Comentario al artículo 209 del Reglamento notarial. En: *Nueva Legislación Notarial comentada*, (t. I) *Legislación notarial*. Madrid: Colegio Notarial de Madrid (600-606).
- TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2014). *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- TORRES GARCÍA, T. F. (2017). Una relectura de las condiciones testamentarias. En: J. M. Embid Irujo, J. M. Miquel González y A. M. Morales Moreno (dirs.) y C. Arija Soutullo y M. J. Santos Morón (coords.), *Estudios jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*. Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (691-720).

NOTAS

¹ CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA (1950). Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad en el Derecho español. En: *Ponencias presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del notariado latino*, t. I (1975). Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 435.

² *RJ* 2013, 4821.

³ *RJ* 2016, 5250; *RJ* 2016, 6043.

⁴ SOLÍS VILLA, C. y MORILLO, J. (2007). Comentario al artículo 209 del Reglamento notarial. En: *Nueva Legislación Notarial comentada*, t. I. *Legislación notarial*. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 601 y 602.

⁵ HERRERO OVIEDO, M. (2006). *Del documento público al título inscribible*. Madrid: Iustel, en particular, sobre las actas de notoriedad, 68 a 74.

⁶ Apreciaciones que realiza HERRERO OVIEDO, M. (2007), al comentar la reforma del Reglamento Notarial (Real Decreto de 19 de enero de 2007), en: La reforma del Reglamento Notarial: creación de una nueva modalidad de acta de notoriedad. *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* —número especial: *In memoriam Prof. Dr. José Manuel Lete del Río (1938-2007)*—, núm. 16-1, 231.

⁷ En fin, la responsabilidad del notario, además de incidir en el ámbito de lo prevenido en el artículo 146 RN, puede incluirse en el supuesto del artículo 390.1 CP. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A., (2013). Comenta-

rio al artículo 209 del Reglamento Notarial. En: *Legislación Notarial*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 179.

⁸ Precisamente, con aplicación del artículo 146 del Reglamento Notarial y los artículos 1902 y sigs. del Código civil, la SAP Madrid de 19 de diciembre de 2017 (*JUR* 2018, 73316) declaró la responsabilidad de la notaría por negligencia, al omitir a un heredero en un acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato: «[...] la notaría [...] no agotó la diligencia exigible haciendo usos (sic) de los mecanismos autorizados por la normativa aplicable [...]» —se remite la Audiencia Provincial, para resolver el recurso, en particular, a los artículos 56 de la Ley del Notariado y 209 bis del Reglamento Notarial —se volverá sobre esta cuestión en el apartado correspondiente a la tramitación del acta de notoriedad en la declaración de herederos abintestato—.

⁹ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A. (2013). Comentario al artículo 146 del Reglamento Notarial. En: *Legislación Notarial*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 116-118.

¹⁰ Apela, precisamente, a esos apartados V y VI del Preámbulo de la Ley de la jurisdicción voluntaria, la RDGRN de 29 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 494) —cfr., el FD 2—.

¹¹ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A. (2013). Comentario al artículo 1 de la Ley del Notariado. En: *Legislación Notarial*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 15.

¹² GOMÁ SALCEDO, J. E. (2011). *Derecho Notarial* —Segunda edición ampliada y puesta al día con la colaboración de Fernando e Ignacio GOMÁ LANZÓN—. Barcelona: Bosch, 414. También, en este sentido, al reconocer que las actas de notoriedad pueden ser empleadas para diversos fines, supuestos sobre los que «no hay *numerus clausus*», se pronunciaron FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A. (2013). Comentario al artículo 209 del Reglamento Notarial, *op. cit.*, 179.

¹³ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A. (2013). Comentario al artículo 209 del Reglamento Notarial, *op. cit.*, 179.

¹⁴ Sobre las aplicaciones prácticas del acta notarial de notoriedad en las sustituciones hereditarias, en particular, en las sustituciones fideicomisarias, cfr., NIETO ALONSO, A. (2014). *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, al estudiar el reflejo en el Registro de la Propiedad de la sustitución fideicomisaria, en especial, 282-312.

¹⁵ *RJ* 1992, 1533.

¹⁶ *RJ* 2004, 1797.

¹⁷ *RJ* 2008, 2783.

¹⁸ *RJ* 2003, 4482.

¹⁹ *RJ* 2001, 4788.

²⁰ *RJ* 2003, 4482.

²¹ Colección oficial DGRN, t. VI, Madrid, 1908, 477 a 483. *Gaceta de 12 de diciembre de 1897*.

²² *RJ* 2017, 997. Comenta esta RDGRN de 9 de marzo de 2017, MARIÑO PARDO, F. (2017). La Resolución DGRN de 9 de marzo de 2017: distribución de toda la herencia en legados, sustitución vulgar y renuncia, conflicto de intereses en una repudiación de herencia [en línea], 5 de abril de 2017, disponible en www.iurisprudente.com.

²³ *RJ* 2014, 1803, *RJ* 2016, 870 y, 2016, 3042.

²⁴ *RJ* 2013, 7706.

²⁵ *RJ* 2017, 997, *RJ* 2017, 4349 y *RJ* 2017, 4967.

²⁶ *RJ* 2014, 1803.

²⁷ ROCA SASTRE, R. M.^a; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÀ I XIRGO, J. (2009). *Derecho hipotecario* (t. VII). Barcelona: Bosch, 29-31.

²⁸ *RJ* 2011, 5827. Cfr., además, en este sentido, las STS de 27 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 2729), 11 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 4751) y 28 de junio de 2002 (*RJ* 2002, 5507).

²⁹ Artículos 979 y 980 LEC derogados por la Disposición derogatoria única de la Ley de la jurisdicción voluntaria.

³⁰ El artículo 442-7 CCCat., con la rúbrica «Atribución expresa en la declaración de herederos», dispone que «Los derechos del cónyuge viudo o del conviviente en pareja estable superviviente en la sucesión intestada deben atribuirse expresamente en las declaraciones de heredero “ab intestato”, que pueden hacerse, en ambos casos, por acta notarial de notoriedad».

³¹ El párrafo primero del artículo 14 LH, fue modificado, primero, por la Ley de la jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio), disposición final duodécima y, después, sin incorporar modificaciones sustanciales, por la disposición final primera de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (Ley 29/2015, de 30 de junio), simplemente para introducir el matiz de la referencia que corresponde al certificado sucesorio europeo para remitirse al capítulo VI del Reglamento (UE) núm. 650/2012, quedando la siguiente redacción: «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) núm. 650/2012». Para un amplio comentario de la reforma del artículo 14.1 de la Ley Hipotecaria, cfr., REQUEIXO SOUTO, M. (2016). El nuevo artículo 14, ap. 1.^º, de la Ley Hipotecaria tras las reformas de 2015. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. 3, núm. 2, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

³² *RJ* 2003, 3949.

³³ Así, por ejemplo, JIMÉNEZ GALLEGOS, C. (2017). *Función notarial y jurisdicción voluntaria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 220-222.

³⁴ MARIÑO PARDO, F. M. (2015). Acta de declaración de herederos abintestato a favor de ascendientes y descendientes, cónyuge, pareja o parientes colaterales (Capítulo 4). En: C. P. Barrio del Olmo (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial. Estudio práctico de los nuevos expedientes en la Ley de la jurisdicción voluntaria, Ley hipotecaria y Ley de navegación marítima*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 507.

³⁵ Principio de rogación al que se refiere el artículo 3.1.^º RN, a cuyo tenor «El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados».

³⁶ *RJ* 1996, 3372.

³⁷ *RJ* 2002, 2410.

³⁸ *RJ* 2009, 5553.

³⁹ RCL 2008, 231. BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008.

⁴⁰ Incorporada a la matriz el traslado a papel de la certificación telemáticamente obtenida, ha de considerarse, por tanto, que la misma reúne todos los requisitos necesarios para desplegar toda la eficacia que la legislación atribuye al certificado en papel expedido por el Registro General de Actos de Última Voluntad y en tal sentido debe considerarse cumplida la previsión de los artículos 76 y 78 del Reglamento Hipotecario en tanto en cuanto la autenticidad de la certificación así obtenida permite al registrador de la propiedad valorar su contenido y la ausencia de contradicción con el título sucesorio.

⁴¹ Por ello en un caso como el resuelto por esta RDGRN de 19 de diciembre de 1995 (*RJ* 1996, 3372)— en que el acta se ha iniciado y se han expuesto los hechos por medio de mandatario— recuerda la Dirección General que la afirmación de certeza puede hacerse: A) En el propio poder conferido al mandatario, con lo cual dicha afirmación se ha hecho anticipadamente ante notario y el mandatario lo que hace es trasladarla al autorizante del acta, con lo que en este punto actúa con el carácter de *«nuntius»* o mensajero y no de mandatario o apoderado estrictamente considerado. B) Por medio de escritura de ratificación de lo ya manifestado en su nombre, lo que hubiera eliminado la necesidad de desplazamiento y los gastos correspondientes. C) Por medio de diligencia en la propia acta en un momento posterior.

⁴² En este sentido, la SAP Madrid de 19 de diciembre de 2017 (*JUR* 2018, 73316), estimó la responsabilidad de la notaría por negligencia al omitir a un heredero en un acta de

notoriedad de declaración de herederos abintestato y, al aplicar los artículos 56.2 de la Ley del Notariado y 209 bis.5 del Reglamento Notarial, estimó que «[...] el juicio de notoriedad sobre declaración de herederos abintestato [...], fue manifiesta y objetivamente erróneo, fruto de una valoración ilógica e irracional de la prueba testifical practicada».

⁴³ *RJ* 2015, 6472.

⁴⁴ *Anuario de la DGRN*, año 2005, vol. II, Madrid, 2006, 2787-2798.

⁴⁵ JIMÉNEZ GALLEGOS, C. (2017). *Función notarial y jurisdicción voluntaria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 256-258.

⁴⁶ MARIÑO PARDO, F. M. (2015). Acta de declaración de herederos abintestato a favor de ascendientes y descendientes, cónyuge, pareja o parientes colaterales (Capítulo 4), *op. cit.*, 507 y 508.

⁴⁷ *RJ* 2015, 6472.

⁴⁸ *RJ* 2015, 6473.

⁴⁹ Por todos y ampliamente, sobre la doble acepción en que se emplea la palabra título: sustantivo o material y formal o instrumental, cfr. CHICO Y ORTIZ, J. M.^a (2000). *Estudios sobre Derecho hipotecario* (t. I, 4.^a ed. actualizada). Madrid Barcelona: Marcial Pons, 161 y sigs.

⁵⁰ ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral* (8.^a ed.), t. I. Barcelona: Bosch, 299.

⁵¹ LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A. (1977). *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Bosch, 335.

⁵² Cfr., por todas, la RDGRN de 14 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 3070).

⁵³ SANZ FERNÁNDEZ, Á. (1955). *Instituciones de Derecho hipotecario* (t. II). Madrid: Reus, 296-300.

⁵⁴ *RJ* 2013, 5447.

⁵⁵ IRURZUN GOICOA, D. (2014). Función del acta de notoriedad en el abintestato. Comentario a la inquietante resolución de 19 de junio de 2013. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. I, núm. 2, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, 149-170. Tampoco comparte la tesis de esta resolución, MARIÑO PARDO, F. M. (2015). Acta de declaración de herederos abintestato a favor de ascendientes y descendientes, cónyuge, pareja o parientes colaterales (Capítulo 4). *op. cit.*, 485.

⁵⁶ *RJ* 1964, 5822.

⁵⁷ *RJ* 2012, 2841. También, con la misma doctrina, cfr., las RDGRN de 12 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 10052) y de 27 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 2139).

⁵⁸ *RJ* 2005, 7013.

⁵⁹ *RJ* 1995, 3238.

⁶⁰ *RJ* 2017, 5849 y *RJ* 2018, 223.

⁶¹ *RJ* 2012, 10963 y *RJ* 2012, 7950. Se manifiesta conforme con la doctrina emanada de estas RRDGRN, LUQUE JIMÉNEZ, en particular, al estudiar La indispensable aportación del título sucesorio auténtico —LUQUE JIMÉNEZ, M.^a C. (2014). El título sucesorio en el Registro. En A. Domínguez Luelmo y M.^a P. García Rubio (dirs.) y M. Herrero Oviedo (coord.). *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum Todora F. Torres García*. Madrid: La Ley, 786-790. A juicio de la autora, dicha doctrina es más acorde con el tenor de la Ley y con el respeto a los principios de legalidad y calificación.

⁶² *RTC* 1997, 87.

⁶³ *RJ* 2008, 3491.

⁶⁴ *RJ* 2015, 6472 y *RJ* 2015, 6473.

⁶⁵ *RJ* 2013, 3070.

⁶⁶ Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre).

⁶⁷ Obsérvese como el legislador gallego no descuida la importancia del afecto cuando al regular el contrato de vitalicio se incluye comprendido en la prestación alimenticia no solo el sustento, habitación o asistencia médica, sino también, «las ayudas y cuidados, incluso

los afectivos» (art. 148.1 *in fine* Ley de Derecho civil de Galicia [Ley 2/2006, de 14 de junio]) —la cursiva es mía—.

⁶⁸ En efecto, en relación a Los eventuales derechos sucesorios de los cuidadores, cfr., en especial, TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2014). *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, en especial, 178-193.

⁶⁹ En este sentido, sobre todo, al estudiar La captación de la voluntad del testador vulnerable, destaco el estudio monográfico de MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*. Madrid: *Collegi de Notaris de Catalunya*, Wolters Kluwer, especial, 55-80.

⁷⁰ Con respecto a las vías posibles para apreciar la ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor de cuidadores que han influido indebidamente en el testador, cfr., GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2014). Relaciones de cuidado y Derecho de sucesiones: algunos apuntes. En: A. Domínguez Luelmo y M.^a P. García Rubio (dirs.) y M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*. Madrid: La Ley, en especial, 496 y sigs.

⁷¹ JC 1920, t. 151, núm. 147. En el caso enjuiciado, se discutió la validez de la siguiente cláusula testamentaria, en un testamento ológrafo en el que el causante instituía como única y universal heredera «a la persona que durante mi última enfermedad me cuide y asista asiduamente y que además se preste gustosa a hacerse cargo de la perra que tengo llamada Hortensia, a la que deseo se atienda con cariño y se le empadrone [...], para que los que sean los goce y herede en pleno dominio y disponga de ellos a su antojo». La demandante en el pleito, resultó ser la sirvienta del testador y los demandados los que pretendían ser llamados, si fuese inválida disposición, como herederos legales, abintestato. El Tribunal Supremo, finalmente, declaró válida la institución de heredero, con fundamento en la doctrina expuesta, en texto; consideró, además, que no existían en el pleito elementos de prueba suficientes para estimar que los demandados fueran herederos legales del causante, por lo que estimó acertada la posición de la Sala de Instancia de abstenerse de hacer declaración de herederos a favor de los hermanos del testador. Adviéntase que en el caso de autos, la Sala sentenciadora estimó probado que la actora no cumplió las condiciones impuestas por el testador.

⁷² En tal sentido, cfr., por ejemplo, las STS de 9 de mayo de 1990 (*RJ* 1990, 3696), 21 de enero de 2003 (*RJ* 2003, 604), 3 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 269), 18 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5217).

⁷³ *RJ* 2018, 2314. En el testamento objeto de examen, de 2 de febrero de 2012, la testadora D.^a Socorro, viuda y sin descendientes, dispuso lo siguiente en las cláusulas testamentarias: «[...] Segunda.- Instituye como heredera universal en todos sus bienes, derechos y acciones a Doña Reyes, vecina de Villafranca del Bierzo, con la obligación de cuidar y asistir a la testadora hasta su fallecimiento, dispensándole toda clase de cuidados, sustituida vulgarmente, para los casos de premoriente, o de no poder o no querer aceptar la herencia, por aquel de sus descendientes que esté dispuesto a cumplir o seguir cumpliendo la obligación impuesta. Si a la heredera le sobreviniesen circunstancias personales o familiares que le imposibiliten seguir cumpliendo la condición o falleciese antes de la testadora será compensada, por el que ocupe su lugar, con un porcentaje del valor de los bienes dejados en proporción a los años en que cuidó y atendió a la testadora. Tercera.- Designa a sus vecinos Doña Carmen, y D. Armando, como personas encargadas de determinar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación impuesta a la institución de heredero. Plazo para el ejercicio del encargo un año a contar desde el fallecimiento de la testadora».

⁷⁴ *RJ* 2011, 5217.

⁷⁵ Nótese que la RDGRN de 30 de septiembre de 2013 (*RJ* 2013, 7706), reconoce que cabe incluir entre las funciones de los albaceas «la acreditación del cumplimiento o incumplimiento de condiciones» (FD 3). Como se afirma desde la doctrina notarial, en este caso [artículos 203 y 204] la Ley de Derecho civil de Galicia otorga un «valor privilegiado a la intervención del albacea», que se convierte en el expediente objetivo necesario para solventar

este tipo de situaciones sucesorias. En principio, la declaración del albacea es inapelable y conforme a las reglas generales la carga de la prueba la tendrá en todo caso quien pretenda realizar la impugnación. En este sentido se manifestó ESPINOSA DE SOTO, J. L. (2008). Comentario a los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho civil de Galicia. En Á. L. Rebolellido Varela (coord.). *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 870-876.

⁷⁶ Cfr., en especial, los artículos 214 y sigs., de la Ley de Derecho civil de Galicia, preceptos que admiten una mejora sometida a alguna obligación, que podría ser la de cuidar al causante, ya que el artículo 218.1.^a prevé que la mejora sea ineficaz si el mejorado incumpliere las obligaciones asumidas.

⁷⁷ NIETO ALONSO, A. (2014). La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas. En: A. Domínguez Luelmo y M.^a P. García Rubio (dirs.) y M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*. Madrid: La Ley (1043-1066).

⁷⁸ En general, sobre las condiciones testamentarias y, en particular, en relación a la «disposición testamentaria a favor de quien cuide al testador», cfr., TORRES GARCÍA, T. F. (2017). Una relectura de las condiciones testamentarias. En: J. M. Embid Irujo, J. M. Miquel González y A. M. Morales Moreno (dirs.) y C. Arija Soutullo y M. J. Santos Morón (coords.), *Estudios jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*. Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 711-720.

⁷⁹ *RJ* 2016, 5250.

⁸⁰ En el testamento se impone una cláusula con la condición siguiente: «Instituye herederos a las siguientes personas: a su hermana [...], a su sobrino [...], a su sobrina [...] y a don [...], con la condición de que hayan cuidado y atendido a la testadora, por sí y, en cuanto fuera necesario, por persona competente por ellos retribuida, hasta el momento de su fallecimiento. Estos cuidados y atenciones deberán hacerse en el propio domicilio de alguno de sus cuidadores, no debiendo ser trasladada a ningún centro residencial o médico ni a cualquier otro domicilio que no sea el de alguno de sus cuidadores, salvo que así lo exija expresamente un parte médico. Esta condición se entenderá cumplida salvo prueba en contrario. El incumplimiento durante la vida de la testadora anulará la institución de heredero hecha a favor del incumplidor. No se considerará incumplimiento de la condición el internamiento temporal de la testadora en un centro residencial, médico o asistencial cuando sea consecuencia de lo dispuesto en el parte médico... Si la condición fuera cumplida por todas las personas mencionadas, la institución de heredero lo será a partes iguales entre los cuatro. Si la condición fuera cumplida solo por algunos de los mencionados, ellos serán los únicos herederos y repartirán la herencia por partes iguales. Si solo uno solo de los mencionados hubiera cumplido la condición, él será el único heredero universal».

⁸¹ El número 5.^º del artículo 209 RN, al que se remite el número 2.^º, apartado segundo del mismo artículo dispone que «La instrucción del acta se interrumpirá si se acreditaré al notario haberse entablado demanda en juicio declarativo, con respecto al hecho cuya notoriedad se pretenda establecer. La interrupción se levantará, y el acta será terminada a petición del requirente, cuando la demanda haya sido expresamente desistida, cuando no se haya dado lugar a ella por sentencia firme o cuando se haya declarado caducada la instancia del actor».

⁸² *RJ* 2014, 3227.

⁸³ *RJ* 2016, 6043.

⁸⁴ La cláusula testamentaria fue del siguiente tenor: «Para el caso de que la testadora fallezca en su domicilio antes indicado y esté al cuidado de sus hermanos [tres hermanos], colectivamente, o de cualquiera de ellos, instituye herederos por partes iguales a sus tres citados hermanos, o al que resulte de ellos en cuidar y prestar atenciones a la testadora (...). Para el supuesto de que la testadora a su fallecimiento se encuentre residiendo en alguna Institución Benéfica o de Acogida de cualquier tipo, instituye heredera a dicha Institución o Entidad (...). Y para el caso de que la testadora a su óbito y habitando en su domicilio actual se encuentre

al cuidado de cualquier otra persona distinta de las antes dichas, instituye heredera universal a la citada persona (...). Nombra albaceas a sus citados hermanos».

⁸⁵ SANZ FERNÁNDEZ, Á. (1955). *Instituciones de Derecho hipotecario* (t. II). Madrid: Reus, 507.

⁸⁶ DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. (2016). *Sistema de Derecho civil*. Volumen III (t. I) *Derechos reales en general. Posesión. Propiedad. El Registro de la Propiedad* (novena edición). Madrid: Tecnos, 245 y sigs.

⁸⁷ *RJ* 2015, 6057.

⁸⁸ MARIÑO PARDO, F. (2015). La inmatriculación mediante doble título tras la Ley 13/2015, de 24 de junio. El nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria [en línea], 15 de julio de 2015, disponible en www.iurisprudente.com.

⁸⁹ *RJ* 2016, 3012.

⁹⁰ *RJ* 2016, 4030.

⁹¹ Sobre títulos traslativos y declarativos, al comentar el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016). Comentario al artículo 2 de la Ley Hipotecaria. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, en particular, 57-61.

⁹² RODRÍGUEZ GARCÍA-ROBÉS, J. L. (2016). Expedientes hipotecarios relacionados con la Ley 13/2015, de 24 de junio [en línea], 19/07/2016, disponible en: www.notariosyregistradores.com; cfr., además, en este sentido, LLOPIS, J. C. (2016). Acta de notoriedad de un año para inmatricular por el 205 LH [en línea], 9 de febrero de 2016, disponible en www.notariallopis.es/blog.

⁹³ *RJ* 2015, 6057.

⁹⁴ *RJ* 2016, 3008, *RJ* 2016, 4030, *RJ* 2016, 6426.

⁹⁵ En este sentido, MARIÑO PARDO, F. (2015). La inmatriculación mediante doble título tras la Ley 13/2015, de 24 de junio. El nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria [en línea], *op. cit.*

⁹⁶ *RJ* 2015, 6057.

⁹⁷ MARIÑO PARDO, F. (2015). La inmatriculación mediante doble título tras la Ley 13/2015, de 24 de junio. El nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria [en línea], *op. cit.*

⁹⁸ *RJ* 2016, 6426.

⁹⁹ En el supuesto resuelto, se declaró la improcedencia de la inmatriculación, ya que la finca se había adquirido mediante escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia de 16 de diciembre de 2015, por fallecimiento del causante producido el 27 de junio de 2015, y había sido vendida a tercero mediante escritura de compraventa de 18 de abril de 2016, por consiguiente, había transcurrido un lapso de tiempo inferior a un año entre la adquisición *mortis causa* al fallecimiento del causante y el título traslativo a un tercero.

¹⁰⁰ *RJ* 2014, 4903.

¹⁰¹ *RJ* 2016, 3008 y *RJ* 2018, 1006.

¹⁰² *RJ* 2018, 1007.

¹⁰³ Además, como puntualiza la RDGRN de 5 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 3012), «el registrador ha de calificar no solo el título público traslativo e inmatriculador, sino también el título público previo de adquisición». En el caso objeto del recurso, sí se produce identidad en la descripción de la finca contenida en los dos títulos públicos que se aportan —el traslativo inmatriculador y el adquisitivo previo—, pero no existió identidad con la ubicación, delimitación geográfica y superficies resultantes de la certificación catastral descriptiva y gráfica que se aportó al efecto (FD 3). Cfr., para un supuesto muy similar de identidad en los títulos públicos, pero no con la certificación catastral, la RDGRN de 9 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 3016).

¹⁰⁴ *RJ* 2016, 2991, *RJ* 2018, 147, *RJ* 2018, 1006 y *RJ* 2018, 1007.

¹⁰⁵ *RJ* 2018, 1007. Ahora bien, concluye la Dirección General que en el caso que nos ocupa, la calificación debe confirmarse ya que la falta de identidad se encuentra debidamente fundamentada en la calificación, expresando con detalle las circunstancias descriptivas que mo-

tivan tal falta de identidad, entre las que se encuentra una diferencia de superficie considerable, superior a un 10%, en concreto, un 27%; es proporción que justifica dicha falta de identidad.

¹⁰⁶ *RJ* 2017, 538.

¹⁰⁷ *RJ* 2018, 147; *RJ* 2018, 1006.

¹⁰⁸ El nuevo artículo 9 b) apartado 6.^º LH, dispone que «Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes». Ampliamente, en relación a la contundencia del artículo 205 LH al exigir identidad «en todo caso» en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral, cfr., MARTÍN RUIZ, A. (2016). Comentario al artículo 205 de la Ley Hipotecaria. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (2.^a ed.). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, en especial, 1621 y 1622.

¹⁰⁹ *RJ* 2013, 8275.

¹¹⁰ *RJ* 2016, 4998. En el caso resuelto no procedió la inmatriculación. La certificación catastral aportada en el título inmatriculador no resultaba coincidente con la descripción de la finca tal y como resultaba del propio documento notarial. Tampoco procedió la inmatriculación en el supuesto enjuiciado por la RDGRN de 9 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 3016). En el caso concreto, objeto del recurso: «ciertamente se produce identidad en la descripción de la finca contenida en los dos títulos públicos que se aportan —el traslativo inmatriculador y el adquisitivo previo—, pero no existe tal identidad completa con la certificación catastral descriptiva y gráfica que se aporta al efecto» (FD 2) —cfr., con la misma doctrina, la RDGRN de 5 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 3012)—.

¹¹¹ *RJ* 2015, 6057.

¹¹² La Dirección General ha venido negando la inmatriculación cuando se evidenciaba que el título se había creado instrumental y artificialmente. Así, por todas, la RDGRN de 1 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 538), considera que el registrador puede detener la inmatriculación cuando estime la instrumentalidad de los títulos. Ya la RDGRN de 29 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3814) declaró la improcedencia de la inmatriculación y apeló a la «instrumentalidad de la operación diseñada», doctrina recogida también por la RDGRN de 18 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 119635).

¹¹³ *RJ* 2016, 3008.

¹¹⁴ MARÍÑO PARDO, F. (2015). La inmatriculación mediante doble título tras la Ley 13/2015, de 24 de junio. El nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria. [en línea], *op. cit.* Por otra parte, obsérvese como se ha considerado al acta notarial como «carabina» del documento público traslativo, BOLLAIM ROZALEM, L., al recoger la expresión de un «viejo registrador». BOLLAIM ROZALEM, L. (1945). La concordancia entre Registro y realidad en la nueva Ley sobre Reforma de la Ley Hipotecaria. *RCDI*, núm. 205, 413. Cfr., en especial y en relación al estudio del acta de notoriedad, 411 a 415.

¹¹⁵ LLOPIS, J. C. (2016). Acta de notoriedad de un año para inmatricular por el 205 LH [en línea], *op. cit.*

¹¹⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA-ROBÉS, J. L. (2016). Expedientes hipotecarios relacionados con la Ley 13/2015, de 24 de junio [en línea], *op. cit.*

¹¹⁷ LLOPIS, J. C. (2016). Acta de notoriedad de un año para inmatricular por el 205 LH [en línea], *op. cit.*

¹¹⁸ *RJ* 2015, 6057. En el caso resuelto, se declaró la improcedencia de la inmatriculación porque el título público inmatriculador, constituido por una escritura de partición de herencia, precedido de la adquisición previa que se ha producido mediante una adjudicación a la herencia del causante en la liquidación de la sociedad de gananciales y se consideró el carácter «*ad hoc*» de la documentación, en síntesis, porque ambos supuestos títulos consecutivos no son manifestación de dos sucesivas transmisiones independientes.

¹¹⁹ *RJ* 2016, 3008; *RJ* 2016, 4242; *RJ* 2016, 4998; *RJ* 2016, 5016; *RJ* 2016, 6629; *RJ* 2017, 3793; *RJ* 2018, 1006.

¹²⁰ *RJ* 2017, 538. La cuestión que se plantea en el presente recurso es la de si procede acceder a la inmatriculación de una finca por la vía del artículo 205 LH en virtud de escritura pública de aportación a la sociedad de gananciales de un matrimonio autorizada el día 12 de junio de 2015, acompañada del título de adquisición de los aportantes, que es escritura de segregación de finca y pacto de mejora autorizada el mismo día, por el mismo notario, con número inmediato anterior de protocolo. Presentada esta documentación bajo la vigencia de la Ley 13/2015, de 24 de junio, la registradora opone como defecto en su nota de calificación que no ha transcurrido el plazo de un año entre las fechas del otorgamiento de los títulos tal y como exige el artículo 205 de la Ley Hipotecaria en su redacción tras la citada Ley. Por consiguiente, se propone por el Centro Directivo, para lograr la inmatriculación pretendida, acudir o bien a un expediente de dominio (*ex art.* 203 LH) o bien al complemento del título público con acta de notoriedad, como se aclara en el texto correspondiente a esta nota a pie.

¹²¹ *RJ* 2018, 147. En esta resolución se declaró la improcedencia de la inmatriculación por doble título conforme al artículo 205 LH, ya que el registrador en su nota de calificación considera que no queda verificada la debida identidad entre las dos descripciones de la finca, tal y como se incluye en el título principal, en relación a la que resulta del antetítulo. Recuerda el Centro Directivo que el tenor del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la legislación hipotecaria y del Catastro, viene a exigir, para la inmatriculación por doble título, entre otros requisitos y para lo que importa al caso resuelto que exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del registrador; aunque puntualiza que «Es evidente que no puede existir —y así, exigirse— identidad plena y absoluta entre ambas descripciones, puesto que en ese caso no necesitaría juicio alguno por parte del registrador en su calificación, siendo por ello preciso una identificación razonable entre ambos modelos descriptivos, tanto en lo relativo a superficie, como en su ubicación, identificación y demás elementos definitorios de la finca» y concluye que en el supuesto que nos ocupa, la calificación debe confirmarse ya que la falta de identidad no solo afecta a la descripción de la finca con una diferencia superior a un 10%, corroborada con la alteración catastral realizada, sino, además, a la propia titularidad dominical de parte de dicha finca, en concreto, del patio descrito como adosado a la misma, pues en el título previo se describe como una finca independiente, con superficie distinta y, además, en dicho título solo se transmite una mitad indivisa de dicha finca descrita como patio. En este caso, se sigue la doctrina de la RDGRN de 1 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 538), y se propone, para lograr la inmatriculación pretendida, acudir o bien a un expediente de dominio (*ex art.* 203 LH) o bien al complemento del título público con acta de notoriedad, como se aclara en el texto correspondiente a esta nota a pie —cfr., con la misma doctrina, la RDGRN de 1 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1007).

¹²² *RJ* 2018, 1006. El objeto de este expediente consistió en decidir si puede procederse a la inmatriculación de dos fincas bajo las siguientes circunstancias de hecho: —El título inmatriculador, escritura de donación, es rectificado en cuanto a la descripción de las fincas en virtud de escritura otorgada solo por el donatario.—Dicho título se complementa por acta de notoriedad acreditativa de que el transmitente es tenido por dueño, presentada esta documentación bajo la vigencia de la Ley 13/2015, de 24 de junio. La registradora opone en su calificación que existen dudas de correspondencia entre las fincas inventariadas y aquellas a las que se refieren las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas incorporadas, y que el acta de notoriedad complementaria del título público de adquisición está otorgado antes de la vigencia de la Ley 13/2015, de 24 de junio. Finalmente, se sigue la doctrina de la RDGRN de 1 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 538), y se propone, para lograr la inmatriculación pretendida, acudir o bien a un expediente de dominio (*ex art.* 203 LH) o bien al complemento del título público con acta de notoriedad, como se aclara en el texto correspondiente a esta nota a pie.

¹²³ *RJ* 2018, 1007. Debe decidirse en ese expediente si procede la inmatriculación de una finca en virtud de título público de adquisición conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria. La registradora opone como defecto que no existe identidad entre la descripción de la finca contenida en el título y en el antetítulo: la diferencia de superficie entre ambas

descripciones era considerable. Para resolver el caso, el Centro Directivo apela a la conocida doctrina del margen del registrador al calificar la identidad «a su juicio», la flexibilidad en la apreciación de la identidad y que es suficiente una identificación «razonable»; ahora bien, en el caso resuelto, la Dirección General confirmó la calificación del registrador, porque la falta de identidad se encontraba debidamente fundamentada en la calificación, expresando con detalle las circunstancias descriptivas que motivan la falta de identidad, entre las que se encuentra una diferencia de superficie considerable, superior a un 10%, en concreto, un 27%; desproporción que justifica dicha falta de identidad. Finalmente, se propone la posibilidad de que pueda lograrse la inmatriculación pretendida, bien por el procedimiento previsto en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria o bien complementando el título inmatriculador con el acta de notoriedad.

¹²⁴ *RJ* 2015, 6057.

(Trabajo recibido el 31-5-2018 y aceptado para su publicación el 17-9-2018)

La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad

*The double maternal filiation:
from the impossibility to the
presumption of maternity*

por

ISABEL ZURITA MARTÍN

Catedrática de Derecho civil

Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz

RESUMEN: Las deficiencias técnicas del artículo 7.3 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que faculta a la esposa de la madre gestante a consentir que se atribuya a su favor la filiación del hijo de su cónyuge, han provocado que su aplicación haya suscitado abundantes conflictos, que se han venido reflejando en el ámbito de nuestros tribunales. Con este estudio se pretende exponer la evolución legislativa y jurisprudencial de la norma, repasando las resoluciones habidas en la materia, a los fines de actualizar resumidamente el estado de la cuestión y proponer las reformas legales que creemos necesarias para solventar más adecuadamente los problemas suscitados, de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación.

ABSTRACT: *The technical deficiencies of article 7.3 of Law 14/2006, on techniques of assisted human reproduction, which entitles the wife of the pregnant mother to consent that the filiation of her spouse's son is attributed to her,*

have aroused many conflicts in the scope of our courts. The aim of this paper is to expose the legislative and case law evolution of this rule, reviewing the resolutions in the issue, in order to update briefly the state of the matter and propose the legal reforms that we believe necessary to solve the problems more adequately, in accordance with the principle of equality and non-discrimination.

PALABRAS CLAVE: Filiación. Reproducción asistida. Doble maternidad. Principio de igualdad. Parejas del mismo sexo. Parejas homosexuales.

KEY WORDS: *Filiation. Assisted human reproduction. Double maternity. Principle of equality. Same-sex couples. Homosexual couples.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—II. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 7.3 LRA: 1. EXCLUSIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO. 2. EL PARTICULAR CONSENTIMIENTO DE LA MUJER CASADA CON LA MADRE GESTANTE. 3. LA INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS CIVILES GENERALES SOBRE FILIACIÓN. 4. LA ACREDITACIÓN DE LA FECUNDACIÓN MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.—III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: 1. APLICACIÓN ESTRICTA DE LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 7.3 LRA. 2. POSESIÓN DE ESTADO. 3. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD. 4. INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO A FAVOR DE LA MADRE NO GESTANTE SIN JUSTIFICACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.—IV. REFLEXIONES Y PROPUESTAS: 1. LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR DE CREAR UNA FORMA DISTINTA DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN RESPECTO DE UN MATRIMONIO DE MUJERES. 2. LA FALTA DE IDONEIDAD DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. 3. UNA NECESARIA REFORMA LEGISLATIVA.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La filiación de los hijos nacidos por medio de la utilización de técnicas de reproducción asistida por una mujer casada o unida de hecho con otra mujer no comenzó a plantearse, por obvias razones, hasta la reforma del Código civil llevada a cabo por medio de la Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio. Esta ley incorporaba un párrafo segundo al artículo 44 del Código civil —«El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»—, que había de llevarnos a materializar la igualdad de efectos del matrimonio entre personas de igual o distinto sexo en todas las cuestiones jurídicas derivadas o relacionadas con la unión marital; entre estas cuestiones no podía desconocerse la del vínculo jurídico de filiación.

La determinación de la filiación de los hijos de parejas del mismo sexo no fue objeto, sin embargo, de tratamiento detenido por parte del legislador de aquel momento, ni en lo concerniente a la adopción ni, mucho menos, en lo relacionado con la utilización de las técnicas de reproducción asistida¹. En este ámbito, dado que la maternidad subrogada queda proscrita por el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LRA) —anteriormente también lo fue por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre—, la cuestión que quedaba sin resolver por el legislador de 2005 era la de la determinación de los hijos nacidos en el marco de una relación, matrimonial o no, entre una pareja de mujeres.

Ciertamente, la LRA 2006 permite a una mujer sola utilizar estas técnicas con contribución de donante anónimo, determinándose respecto del hijo así nacido únicamente la filiación materna; pero, aun después de la reforma del Código civil de 2005, el legislador no introdujo en la LRA la modificación necesaria para adaptar esta norma al nuevo concepto de matrimonio regulando la determinación de la filiación en el caso de una pareja de mujeres. De hecho, durante la tramitación parlamentaria de la LRA 2006 se rechazaron las enmiendas relativas a la incorporación de esta cuestión a la nueva normativa.

Hubo que esperar a la promulgación de otra norma, que nada tenía que ver con la reproducción asistida, para que el legislador introdujera dicha modificación. Concretamente, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, incorpora un tercer apartado al artículo 7 de la LRA 2006, que reconoce la posibilidad de que la mujer casada con otra mujer consienta en que se determine a su favor la filiación del hijo de su consorte.

Pero el legislador quedó muy lejos de solventar el problema, que ya se había planteado con anterioridad a la reforma de 2007 cuando un matrimonio de mujeres instó la inscripción en el Registro Civil del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida a favor de la consorte de la madre biológica. En octubre de 2006, la juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Algeciras autorizó, por primera vez en España, la inscripción, como hijo matrimonial, del nacido en el seno de una pareja de mujeres casadas, sin necesidad de expediente de adopción por parte de la madre no gestante. Meses antes, la RDGRN de 5 de junio de 2006 había rechazado la solicitud de inscripción de maternidad por la conviviente de la madre progenitora, con fundamento en el carácter único que la maternidad tenía en el ordenamiento español, que solo puede ser determinada por naturaleza o por adopción, no por la sola declaración de las interesadas².

Los estudios realizados sobre la filiación de los hijos respecto de una pareja homosexual femenina han sido abundantes desde la promulgación de la Ley 13/2005, intensificándose particularmente una vez incorporado el apartado tercero al artículo 7 LRA, tanto por la novedad que esta norma supuso en su momento como, sobre todo, por la deficiencia técnica de la misma. No otra

cosa que esta deficiencia ha propiciado que transcurrida más de una década desde su aparición, la dificultosa aplicación del artículo 7.3 LRA siga suscitando disenso jurisprudencial y decisiones judiciales novedosas y, cómo no, el interés de los académicos. Con este estudio pretendemos, pues, realizar una exposición ordenada del *iter legal* y jurisprudencial de la norma, comentando cada una de las resoluciones habidas en la materia, a los fines de actualizar resumidamente el estado de la cuestión y proponer las soluciones legales que entendemos más ajustadas a Derecho

II. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 7.3. LRA

Las dificultades de aplicación del artículo 7.3 LRA que, en teoría, debía venir a solucionar la cuestión de la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el ámbito de una relación homosexual femenina, no han sido escasas, sino todo lo contrario. La aprehensión de la dimensión de la problemática pasa por partir del tenor literal de la norma, en su versión original:

«Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

Si el lector se acerca, aunque sea levemente, al texto de este último apartado del artículo 7 LRA, descubre con facilidad que el trabajo del legislador no ha sido especialmente cuidadoso, tanto en la técnica como en la sistemática legal³. Las cuestiones que suscita la aplicación estricta del precepto son numerosas, en algunos casos nada menores y, en todo momento, de alarmante conflictividad práctica. De entrada, la norma solo se prevé para las parejas casadas, dejando al margen de la filiación por esta vía a las parejas de hecho; el consentimiento ante el encargado del Registro Civil debe prestarse antes del nacimiento del hijo, careciendo de valor el prestado a la utilización de las técnicas. Por otra parte, la ubicación sistemática de la norma la deja fuera de la remisión a la normativa sobre la filiación del Código civil, lo que nos lleva a plantear la viabilidad de aplicar las presunciones de paternidad y la posesión de estado.

En 2015 el legislador tuvo una nueva ocasión para remediar las deficiencias del artículo 7.3 LRA, por medio de la disposición final 5.1 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que introdujo una modificación de la norma, quedando redactada en los siguientes términos: «Cuando la mujer

estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge». La reforma, sin embargo, no solventaba los problemas que venía suscitando el precepto, siendo lo más destacado de la misma permitir que el consentimiento de la cónyuge de la madre gestante se pueda manifestar después de haberse producido el nacimiento del hijo y no necesariamente antes, tal como se especificaba en la redacción primigenia de la norma.

En todo caso, no podemos pasar por alto que, a partir de la reforma operada sobre el concepto de matrimonio en 2005, la determinación de la filiación respecto de las parejas homosexuales debe equipararse a la que se realiza en relación a las parejas heterosexuales. Así, si atendemos a la finalidad que inspiró la Ley 13/2005, que no es otra, como reiteradamente se desprende de su Exposición de Motivos, que la equiparación plena entre las parejas heterosexuales y las homosexuales —o, dicho en otros términos, la instauración de una nueva concepción de la institución matrimonial—, parece congruente admitir la posibilidad de determinar la filiación, matrimonial o no matrimonial, respecto de la pareja femenina de una mujer que ha utilizado las técnicas de reproducción asistida, siempre que se cumplieran los requisitos que, a los efectos de la determinación de la filiación, estableciera la correspondiente ley reguladora de dichas técnicas.

En esta línea, el legislador catalán ha sido bastante más atento a las consecuencias de la reforma del concepto de matrimonio, igualando el tratamiento de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida por parejas heterosexuales y homosexuales femeninas, casadas o no. Así, para el caso de mujer casada, el artículo 235-8.1 del Código civil de Cataluña dispone que «Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento»; y, a falta de matrimonio, el artículo 235-13.1 establece que «Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público».

1. EXCLUSIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO

Resulta meridiano que lo preceptuado por el artículo 7.3 LRA concede distinto tratamiento a las parejas de hecho homosexuales frente a las heterosexuales⁴, en tanto solo prevé que se pueda determinar la filiación del hijo concebido mediante la utilización de estas técnicas respecto de la pareja unida matrimonialmente con la madre biológica, no respecto de su pareja de hecho⁵; en el supuesto de parejas heterosexuales, la filiación puede determinarse en el

marco de ambos tipos de relación⁶. Puede decirse por ello que esta previsión de la norma que estamos analizando es la que con mayor evidencia contraría el principio de igualdad y no discriminación. Piénsese además que, en el caso de una pareja de mujeres, la filiación respecto del hijo concebido por la gestante podría determinarse en iguales circunstancias que las de una pareja heterosexual que acude a las técnicas de fecundación heteróloga, puesto que tampoco en este caso el material genético proviene de la pareja masculina, pudiendo ser de un tercero, donante anónimo. La identidad de razón entre ambos supuestos —pareja homosexual de mujeres y pareja heterosexual con material genético masculino donado— es palmaria. Y a ella sí responde positivamente la regulación otorgada por el Código civil catalán.

La opción del legislador estatal obliga a la pareja no casada de la madre gestante a iniciar un proceso de adopción del hijo biológico de esta. La doctrina se plantea aquí algunas cuestiones que afectarían al interés del menor, como qué sucede si la madre no gestante muere antes de la adopción, o la pareja se separa sin que se haya determinado la filiación respecto de una persona que convivía con él asumiendo un papel de madre⁷, circunstancia esta que ha provocado litigios judiciales, como a continuación se expondrá. Doctrinalmente se señala la oportunidad de aplicar analógicamente el artículo 8.2 LRA, sobre la base de la identidad de razón existente, como se ha indicado, entre el uso de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres y la fecundación heteróloga por una pareja heterosexual⁸. El tenor literal de la norma —«mujer casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer»—, sin embargo, es tan contundente como llamativo, lo que nos hace dudar con fuerza de la posibilidad de la solución analógica. Sí parece más cercano al espíritu de la norma que se permita la inscripción del hijo como matrimonial aun cuando el consentimiento se manifestara en ausencia de matrimonio pero naciendo el hijo después de celebrado este; y también cuando se prestara el consentimiento durante el matrimonio, y el hijo naciera con posterioridad a su separación o disolución⁹.

2. EL PARTICULAR CONSENTIMIENTO DE LA MUJER CASADA CON LA MADRE GESTANTE

Tampoco parece particularmente atento al principio de igualdad el artículo 7.3 LRA al abordar la cuestión de la emisión del consentimiento de la mujer casada con la usuaria de las técnicas, en dos aspectos: carece de efectos prestar el consentimiento a la utilización de las técnicas por su pareja para que posteriormente se determine la filiación a su favor, como sí se permite al varón, casado o no; y la emisión del consentimiento para que se establezca la filiación a favor de la mujer no gestante debe darse en un momento temporal concreto, antes del nacimiento del niño¹⁰ —aunque la filiación se atribuya una vez nacido

este¹¹—, y ante el encargado del Registro Civil. Este segundo inconveniente fue eliminado por la Ley 19/2015, si bien es cierto que en distintas ocasiones la DGRN admitió la inscripción si el consentimiento se prestaba después del nacimiento pero con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007¹². En realidad, esta exigencia debía entenderse como una consecuencia lógica de la falta de eficacia del consentimiento prestado a la utilización de la técnica de reproducción asistida; piénsese que el consentimiento previo otorgado por el varón al uso de la fecundación asistida sirve posteriormente como escrito indubitable a los efectos de determinarse la filiación a su favor¹³. No entendemos, pues, que se eliminara el requisito del consentimiento previo al nacimiento y siga sin tener eficacia alguna el prestado en la clínica; es más, ni siquiera se exige que este se justifique, como más adelante comentaremos. La modificación, en cualquier caso, salvó las situaciones que se habían producido por el desconocimiento de las mujeres acerca de la existencia del artículo 7.3 LRA y del nulo valor del consentimiento prestado en la clínica de reproducción, lo que se ponía de manifiesto en el momento de la inscripción del niño¹⁴. Igualmente, allana el camino a la posibilidad de prestarlo en documento notarial después del nacimiento, al desaparecer la mención al encargado del Registro¹⁵. La emisión del consentimiento se realizará principalmente, pues, en el momento y a través del procedimiento de inscripción¹⁶; aunque, en realidad, se deja sin resolver la duda acerca del plazo con el que cuenta la madre no gestante para efectuar la declaración¹⁷.

Por lo que respecta a la primera cuestión, no podrá considerarse que ha ocurrido el consentimiento legalmente requerido por la presentación por la esposa de la usuaria de las técnicas en el centro médico de un documento autorizando el empleo de tales prácticas, aunque en él se reflejase su voluntad de asumir la filiación, a diferencia del consentimiento del marido, y también del varón no casado, para el que el artículo 8.2 LRA concede el efecto de escrito indubitable a los efectos previstos en la legislación del Registro Civil¹⁸.

Existe, por tanto, mayor exigencia formal para los matrimonios de mujeres que para las parejas heterosexuales¹⁹, para las que basta el consentimiento del marido —para evitar la destrucción de la presunción de paternidad—, o del varón no casado prestado en la clínica para que posteriormente se determine la filiación a su favor. Y, cuando hablamos de fecundación heteróloga, el consentimiento cumple en ambos casos la función de reconocer una filiación que no responde a la verdad biológica, ya que se basa en la voluntad de los no progenitores —tanto del varón como de la mujer no gestante—, de querer la paternidad o maternidad no biológica²⁰.

Los términos en los que se expresa el artículo 7.3 LRA son tan taxativos —mujer casada y consentimiento ante el encargado del Registro Civil²¹—, que difícilmente puede realizarse una interpretación expansiva de la norma²²; esta interpretación resultaba, incluso, menos dificultosa cuando existía vacío legal al

respecto²³. Se ha señalado, sin embargo, por la doctrina que la principal finalidad de este precepto no ha sido la de diseñar un mecanismo extrajudicial de determinación de la maternidad, sino la de afirmar la posibilidad de una doble maternidad al margen de los casos de adopción; se entiende que sin esta norma no cabría duda de que no se admitiría en nuestro Derecho una doble maternidad en los casos de reproducción asistida²⁴.

Puede decirse, en cualquier caso, que la naturaleza de la manifestación de voluntad de la esposa de la madre gestante requerida por el artículo 7.3 LRA es confusa. De entrada, como se ha señalado doctrinalmente, el legislador parece haber configurado esta imputación de maternidad como una facultad de la madre no progenitora, que «podrá manifestar» que desea ser madre del hijo de su consorte²⁵; de modo que, a falta de tal manifestación, el hijo se inscribirá como no matrimonial²⁶. En el caso del varón casado, la filiación matrimonial determinada como consecuencia de la prestación del consentimiento a la fecundación de su esposa sería inimpugnable. Podría pensarse que se trata de una especie de reconocimiento, como ha reflexionado la doctrina, si bien con la diferencia de que el reconocimiento *stricto sensu* se basa en una verdad biológica aquí inexistente, siendo susceptible de ser impugnado cuando no corresponda a esa verdad²⁷; en todo caso, se trata de una manifestación de voluntad de carácter irrevocable. La desigualdad de trato también afecta aquí a la protección del propio hijo, al no contemplarse la aplicación de la presunción de paternidad matrimonial.

Obsérvese, por último, que en el caso de matrimonios heterosexuales la mujer no puede ser usuaria de las técnicas sin el consentimiento expreso del marido —otra cosa sería contraria, entendemos, al interés del menor, además de ilógica o irracional—, mientras que la mujer casada con otra mujer sí puede hacerlo, quedando a la voluntad de la no gestante la atribución de la filiación del nacido a su favor. En aquel caso, la LRA es taxativa, exigiendo a la mujer casada el consentimiento del marido para la utilización de las técnicas, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente (art. 6.3). El Código civil de Cataluña, en cambio, al no exigir expresamente tal consentimiento del consorte, posibilitaría a la mujer casada someterse a procesos de reproducción por sí sola, consecuencia esta no sabemos si querida por el legislador o, simplemente, ignorada por su escasa sensatez²⁸.

3. LA INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS CIVILES GENERALES SOBRE FILIACIÓN

En definitiva, el legislador parece que estableció un nuevo título de determinación de la filiación matrimonial materna²⁹ —que no se identifica estrictamente ni con la maternidad natural ni con la adoptiva³⁰—, cuya materialización queda

sometida a condicionantes muy tasados. La demanda estricta de concurrencia de los requisitos del artículo 7.3 LRA impediría la aplicación de la presunción de paternidad³¹ —en este caso, maternidad—, de la previsión contemplada en el artículo 118 del Código civil —aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos—, o de los demás mecanismos previstos para la determinación de filiación no matrimonial (declaración conforme del padre en el formulario oficial, reconocimiento o resolución recaída en expediente registral)³².

La observancia escrupulosa de tal precepto imposibilitaría, asimismo, el ejercicio de acciones de reclamación de la filiación por la madre gestante frente a su pareja que hubiese consentido la fecundación asistida y posteriormente se negara a prestar el consentimiento *ex* artículo 7.3 LRA³³; en sentido inverso, tampoco la madre no gestante podría reclamar la filiación si no prestó el consentimiento en los precisos términos que prevé la norma³⁴. Por lo demás, este consentimiento debe considerarse irrevocable, como ya se ha señalado, en idénticos términos que el reconocimiento, sin que quepa tampoco la impugnación de la filiación determinada como consecuencia de su manifestación, salvo que se encuentre viciado de nulidad o anulabilidad, dada la abstracción que se realiza de la verdad biológica³⁵.

Finalmente, como se ha adelantado, el artículo 7.3 LRA debe ser criticado también por su falta de sistemática, pues la sede correcta de la norma debería ser el artículo 8, referido a la determinación de la filiación. Celosamente hablando, esta falta de técnica llevaría a considerar inaplicable a la determinación de la filiación respecto de una pareja de mujeres las normas sobre filiación del Código civil, por aplicación literal del artículo 7.1 LRA, según el cual la filiación de los hijos nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo las especificaciones establecidas «en los tres siguientes artículos»³⁶.

4. LA ACREDITACIÓN DE LA FECUNDACIÓN MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Una última deficiencia del artículo 7.3 LRA proviene de la falta de exigencia de la acreditación de que la madre gestante ha utilizado las técnicas de reproducción asistida para procrear al hijo cuya inscripción se solicita, requisito que viene siendo requerido, sin embargo, por los encargados de los Registros Civiles³⁷. Esta circunstancia ha llevado a la DGRN a la necesidad de pronunciarse sobre este tema, en los términos que más adelante describiremos. La cuestión no es baladí, por cuanto permitir la inscripción del nacido a favor de la esposa de la madre biológica por el solo consentimiento de esta,

sin haberse justificado la utilización de las técnicas de reproducción asistida, abriría la puerta a una eventual reclamación de paternidad por parte de un posible padre biológico. Ciento es que el artículo 44.5 LRC tampoco exige dicha acreditación, pero no es menos verdad que este precepto no puede leerse desvinculado del marco sustantivo del que trae causa, el consabido apartado tercero del artículo 7 LRA. Esta norma prevé una nueva forma de determinarse la filiación respecto de un matrimonio de mujeres solo en el ámbito del uso de técnicas de reproducción asistida, por lo que debe entenderse que la filiación ha de quedar determinada por el consentimiento prestado según las normas del Registro Civil si efectivamente se ha materializado dicho uso; la reproducción literal por parte del artículo 44.5 LRC de las palabras del artículo 7.3. LRA así ha de interpretarse.

En realidad, la falta de previsión del legislador respecto del consentimiento a la utilización de las técnicas por parte de la esposa de la usuaria parece responder a la imposibilidad de aplicar la presunción de paternidad en estos casos; recuérdese que el consentimiento que presta el marido impide que pueda impugnar posteriormente la filiación matrimonial. Así, como ha apuntado la doctrina, dado que no existe una presunción de «segunda maternidad», basta con exigir el consentimiento a que se establezca la filiación posteriormente, sin que sea preciso el previo consentimiento informado a la utilización de las técnicas de reproducción asistida³⁸. El legislador debió haber previsto esta contingencia, aunque quizás no lo hizo porque daba por supuesto, de tan obvio, que la procreación había de provenir en estos casos del uso de procesos de fecundación asistida.

III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Como no podía ser de otra forma, las deficiencias de técnica y sistemática del artículo 7.3 LRA que se han señalado, han ocasionado desde su aparición diferentes conflictos entre nuestros tribunales, derivándose de ello la inevitable inseguridad jurídica que provoca la evolución interpretativa en la aplicación de la norma. Procede, pues, que nos refiramos a continuación a los litigios relacionados con la determinación de la doble filiación materna que han accedido a los tribunales y a las resoluciones que más significativamente se han pronunciado sobre ellos, a fin de seguir la trayectoria de la doctrina legal al respecto hasta llegar a la posición actual y, sobre ellas, a las propuestas de reforma legislativa más conveniente. A pesar de que casi todas estas resoluciones han sido ya comentadas doctrinalmente, creemos oportuno acercarnos a ellas desde sus particulares supuestos de hecho, pues precisamente las circunstancias de cada caso han pesado sobremanera en los tribunales para emitir sus fallos.

1. APLICACIÓN ESTRICTA DE LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 7.3 LRA

El Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez sobre la determinación de la doble filiación materna en su sentencia de 18 de enero de 2011, que, adhiriéndose a la letra de la ley, inicia la trayectoria de sus pronunciamientos sobre este tema con una aplicación estricta de los términos del artículo 7.3 LRA³⁹.

Se trataba del caso de Dña. Visitación y Dña. Esmeralda, pareja unida sentimentalmente durante varios años hasta que, en diciembre de 2006, se produce su separación definitiva, a pesar de que se había iniciado un expediente matrimonial, que nunca culminó. En septiembre de 2003 Dña. Esmeralda había dado a luz una niña, concebida mediante técnicas de reproducción asistida, de modo que, tras la separación, Dña. Visitación la demanda solicitando la determinación judicial de maternidad y la adopción de medidas materno-familiares y económicas con respecto a la niña. La demanda es desestimada en primera y segunda instancia por aplicación de los artículos 108 del Código civil y 7.1 y 7.3 LRA, declarándose la falta de legitimación de la actora para el ejercicio de las acciones de reclamación de la filiación por no cumplirse los requisitos exigidos por el artículo 7.3 LRA, en concreto, la necesidad de matrimonio entre las litigantes, «sin que resulte posible la aplicación analógica a parejas o uniones estables, puesto que la ley es clara al hablar de mujer casada, y sin que ello suponga discriminación alguna o desigualdad de trato». La demandante presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, pero lo hace erróneamente desde el punto de vista procesal, pues la recurrente había ejercitado una acción de filiación, mientras que el recurso lo articula como si el proceso se hubiera seguido en reclamación de la tutela judicial de un derecho fundamental distinto de los reconocidos en el artículo 24 CE (art. 477.2 LEC). El Tribunal Supremo, en definitiva, inadmite el recurso y no entra en el fondo del asunto.

La cuestión es que, cuando nació la niña, todavía no se había permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que alega la demandante; cuando se presenta el recurso de casación, en cambio, ya se había incorporado el artículo 7.3 a la LRA, que solo admite la filiación respecto de mujeres casadas, produciéndose la discriminación para las parejas no casadas en comparación con las parejas de hecho heterosexuales.

Meses después, la STS de 12 de mayo de 2011 resuelve un litigio que tiene como base un supuesto de hecho casi idéntico, si bien en esta ocasión no se ejerce acción de filiación⁴⁰. Se trataba también de una pareja de hecho —Dña. Zaida y Dña. Lucía— que convive entre 1996 y 2006, sin contraer matrimonio. En 2003 Dña. Lucía dio a luz un niño por fecundación artificial, sin que se probara que la decisión la tomaron ambas componentes de la pareja. En 2006 se rompió la relación, habiéndose producido malos tratos; la denuncia recíproca de las convivientes dio lugar a que el juez tomara distintas medidas cautelares,

atribuyendo la custodia del menor a la madre biológica y derecho de visitas a la ex conviviente. Dña. Zaida demandó a Dña. Lucía pidiendo que se elevaran a definitivas las medidas, especialmente lo relativo al régimen de visitas, estimándose la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, al considerar que el derecho de visitas debía resolverse teniendo en cuenta la protección del interés del menor y estaba cubierto legalmente por el artículo 158 CC; la sentencia fue confirmada en segunda instancia y también en casación.

El Tribunal Supremo falla con fundamento en el principio del interés superior del menor, considerando que, aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido —«ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos del artículo 7.3 LRA»—, sí debe considerarse que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas. Debe decidirse, por ello, cuál es el régimen más adecuado para la protección del menor en los casos en que no haya matrimonio entre las convivientes, para que pueda relacionarse con la persona que no es su madre biológica. Teniendo esto en cuenta, la base de la decisión no es un hipotético derecho de la compañera de la madre biológica, sino un derecho efectivo del menor de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva, por lo que debe entenderse aplicable el artículo 160.2 del Código civil, que establece que «no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados». El Alto Tribunal entiende que el concepto de allegado se ajusta a la relación que Dña. Zaida mantiene con el niño, y el juez está autorizado para tomar cualquiera de las medidas enumeradas en el artículo 158 del Código civil.

Se puntuiza, no obstante, que el término «derecho de visitas» debe ceñirse a las relaciones entre los progenitores y sus hijos, siendo más adecuada en este caso la expresión «relaciones personales», que es la terminología que utiliza el artículo 160.2 del Código civil. Aplicando, pues, la doctrina de la equivalencia de resultados, el Tribunal Supremo desestima el recurso, aunque no admite la argumentación de la sentencia recurrida en cuanto a la aplicación del derecho de visitas correspondiente al progenitor en un caso en que la reclamante no es la madre del menor; pero el rechazo de la argumentación utilizada por la sentencia recurrida no es suficiente para la estimación del recurso de casación, porque concurren causas justificadas para reconocer el derecho del menor a relacionarse con Dña. Zaida.

Como ha podido observarse, aunque, por distintas circunstancias, ambas sentencias del Tribunal Supremo no fallan sobre la acción de reclamación de la filiación de la madre no biológica de los menores, la postura en ese momento existente claramente se decanta por la aplicación estricta de la letra del artículo 7.3 LRA. En todo caso, dicha postura es manifiesta en las dos instancias anteriores a la STS de 18 de enero, y, *obiter dicta*, se expresa así en la STS de 12 de mayo.

Esta línea que parece desprenderse de las sentencias del Tribunal Supremo que acabamos de exponer, viene a seguirse por la Audiencia Provincial de Baleares en su sentencia de 5 de diciembre de 2012. Se trataba de una pareja —Dña. Emilia y Dña. Mónica—, que contrae matrimonio el 15 de diciembre de 2010, pocos días después de que Dña. Emilia diera a luz un hijo, que concibió por inseminación artificial de semen de donante. El mismo día 15 ambas firman el borrador de asiento registral de nacimiento del neonato, en el que se designa a Dña. Mónica como madre «A» y a Dña. Emilia como madre «B»; asimismo, Dña. Mónica comparece en la Secretaría del Registro Civil, en la que, al amparo del artículo 7.3 LRA, consiente en que habiendo nacido el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del mismo. En 2011 Dña. Emilia presenta acción de impugnación de filiación contra Dña. Mónica, solicitando que se dicte sentencia en la que se declare que esta no es progenitora del menor; paralelamente, la actora insta demanda de nulidad matrimonial, por vicio esencial en el consentimiento, engaño y dolo. La demanda es desestimada en primera instancia, siendo recurrida en apelación por la actora.

La AP de Baleares, con mención de las sentencias del TS anteriormente comentadas, estima el recurso de Dña. Emilia, ordenando la rectificación de la inscripción de nacimiento del menor en relación a Dña. Mónica. El Tribunal considera que el consentimiento determinante de la filiación resultaba ineficaz por ausencia de los requisitos indicados en el artículo 7.3 LRA, dado que: a) Dña. Mónica no prestó consentimiento formal y previo para que su conviviente se sometiera a técnicas de reproducción humana asistida; b) al momento del nacimiento del hijo las litigantes no se hallaban casadas; c) al manifestar Dña. Mónica ante el encargado del Registro Civil que consentía en que se determinase su filiación respecto del menor, este ya había nacido, al igual que cuando comparecieron para determinar el orden de sus apellidos⁴¹.

Aunque la Audiencia menciona las sentencias precedentes del Tribunal Supremo, lo hace sin perjuicio de reconocer la inexistencia de precedentes jurisprudenciales en la materia, dado que ambas resoluciones no abordaron el fondo de la cuestión, como anteriormente se ha señalado. La postura, en cualquier caso, es contraria al reconocimiento de la doble maternidad al margen de los requisitos del artículo 7.3. LRA; incluso alude curiosamente a la prestación de consentimiento previo a la utilización de la técnica de reproducción asistida, requisito no contemplado por la norma, como ya hemos comentado. Resultaba previsible, sin embargo, que esta doctrina se modificaría en breve⁴².

2. POSESIÓN DE ESTADO

La primera resolución del Tribunal Supremo que entra de lleno en la problemática de la determinación de la filiación en estos casos es la sentencia de

5 de diciembre de 2013. La resolución solventa el litigio suscitado entre Dña. CSC y Dña. CPH, que tienen una hija en común concebida por fecundación *in vitro*, nacida en marzo de 2005, siendo inscrita en el Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife como hija de Dña. CSC, madre soltera, y adoptada por Dña. CPH en abril de 2008. En agosto de 2007 contrajeron matrimonio. Unos meses antes —16 de marzo de 2007—, ambas partes firman el consentimiento informado para la fecundación *in vitro* de doña CSC. El día 14 de diciembre de 2007 nacen dos menores y son inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que esta los ostenta. Esta inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales practicadas en cuanto al estado civil de la madre biológica, que no es de soltera sino de casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores. Dicho expediente acaba por auto de 5 de marzo de 2008, que acuerda la rectificación únicamente respecto del estado civil de la madre, no accediendo al resto de las solicitudes interesadas. La progenitora interpuso contra dicho auto recurso de apelación, que fue resuelto por la DGRN en fecha 26 de noviembre de 2008, desestimatorio íntegramente del recurso. En junio de 2009, la pareja rompe su relación definitivamente, yéndose la demandada de la vivienda en la que convivían, formulando Dña. CPH demanda de divorcio⁴³.

Con estos antecedentes, la acción deducida por doña CPH en la demanda que formuló contra doña CSC es la relativa a la reclamación de filiación por posesión de estado respecto de las menores, que fue estimada en la primera instancia, con la correspondiente rectificación de la inscripción de nacimiento practicada en el Registro Civil, para que se haga constar en dicha inscripción la filiación respecto de la actora y que, consiguientemente, aparezcan como apellidos de las dos niñas los de CSC y CPH.

Recurrida la sentencia en apelación, fue desestimado el recurso. La Audiencia Provincial entendió que había prueba suficiente de la posesión de estado, «de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente». La sentencia de segunda instancia es recurrida en casación, siendo también desestimado dicho recurso.

El Tribunal Supremo funda su fallo en los siguientes argumentos:

- El artículo 44 del Código civil, tras la reforma operada por la Ley 13/2005, determina los mismos efectos del matrimonio con independencia del sexo de sus integrantes.
- La reforma de 2005 se realizó sin atender al régimen legal de la filiación, en el que las acciones de impugnación y reclamación estaban pensadas exclusivamente para parejas heterosexuales.
- Posteriormente, el artículo 7.3 LRA habilita a la mujer casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer para manifestar ante el

encargado del Registro Civil que consiente en que, cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido, procurando así la igualdad entre matrimonios de igual o distinto sexo. Para ello se exige que la manifestación se haga antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, «pues nada se dice ni se infiere del precepto, y es, además, la interpretación más acorde no solo con el hecho de que la inseminación no determina necesariamente el posterior embarazo y nacimiento del hijo de uno de los cónyuges, sino con el artículo 39 CE, que reconoce la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación, y esta no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo»⁴⁴.

- En el régimen de filiación en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida, el lugar del padre como verdad biológica a que se refiere el Código civil, lo sustituye la ley por la voluntad de quien desea ser progenitor. Ello posibilita la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la verdad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza.
- La remisión del artículo 7.1 LRA a las leyes civiles «salvo las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos», posibilita el ejercicio de la acción de reclamación *ex artículo 131* del Código civil, con base en la posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista nexo biológico, quedando superada en la práctica por la prestación del consentimiento a la utilización de la técnica. Dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiere sido escasa, de ahí el contenido del artículo 8.2 LRA. Es evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad⁴⁵.
- La posesión de estado ha quedado claramente probada por una serie de hechos claros, evidentes y reiterados, a partir de una acreditada relación de hecho y de derecho entre las partes, que se inició con la adopción de una hija nacida con carácter previo al matrimonio, en el seno del que nacieron las otras dos hijas, y que concluyó luego con el divorcio de la pareja.
- Es cierto que lo que se reclama es una filiación y que lo determinante es ver si se dan las condiciones necesarias para ello, pero esto no impide recordar que el artículo 3 de la LO 3/2007, de igualdad, parte del

principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en supuestos como la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil, y esta norma, ni ninguna otra, ha sido infringida en la sentencia. En estos momentos existe un interés real, y este no es otro que el de las niñas, y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones conseguidas entre todas, y la discrepancia entre las litigantes debe reconducirse a su ámbito natural y jurídico, que no es otro que el de la ruptura de las relaciones personales, mediante el divorcio, que ya instaron.

En definitiva, el Tribunal Supremo realiza una interpretación tan amplia del artículo 7.3 LRA —a la luz del principio de igualdad y del interés superior del menor—, que, en verdad, ignora lo por él preceptuado. Así, el artículo 7.3 LRA, que realmente recoge una norma excepcional para la determinación de la doble filiación materna, queda relegado a una mera indicación con fines puramente formales de cara al Registro⁴⁶. En realidad, lo que hace nuestro más Alto Tribunal es orillar la existencia de los requisitos del artículo 7.3 LRA, por cuanto no considera el consentimiento prestado en la clínica como sustituto del requerido por aquel, sino simplemente como una prueba más —que valora junto a todas las demás, aunque especialmente cualificada—, en la atribución de la filiación por el ejercicio de la acción de reclamación con posesión de estado⁴⁷; aportándose pruebas que pueden acreditar la posesión de estado, la decisión del Tribunal pivota sobre la prestación del consentimiento. A nuestro modo de ver, lo más trascendente, quizás, de la resolución, es la superación de la consideración de la verdad biológica en los fundamentos de la regulación del Código civil sobre las acciones de filiación en general y, en particular, sobre la posesión de estado; el consentimiento a la utilización de las técnicas —no exigido por el artículo 7.3 LRA—, pues, hace las veces de vínculo biológico, creando una auténtica ficción jurídica⁴⁸. Y todo ello, en verdad, para atender a la justicia del caso.

Esta resolución vino a ser refrendada poco tiempo después por la STS de 15 de enero de 2014, que pone fin al litigio que ya se había tratado por el propio Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente comentada de 12 de mayo de 2011, relativo al derecho del menor a relacionarse con la persona que no es su madre biológica⁴⁹.

En esta ocasión, el Tribunal Supremo sí se debía pronunciar sobre la determinación de la filiación en el caso de doble maternidad, intentando otorgar solución ajustada a derecho al problema de aplicación del artículo 7.3 LRA, en el caso de la pareja de hecho formada por Dña. Lucía, madre gestante, y Dña. Zaida, ex pareja de la madre biológica. La STS de 12 de mayo de 2011 había atribuido a la recurrente un régimen de relaciones personales como «allegada» del menor. Pero Dña. Zaida solicita en un nuevo proceso la determinación de

la filiación a su favor respecto del hijo biológico de Dña. Lucía. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Talavera de la Reina estima la demanda interpuesta al amparo de la acción del artículo 131 del Código civil, al considerar acreditada la posesión de estado, atendiendo: al nombre compuesto del menor en el que se incorpora como nombre el apellido de la reclamante; al tratamiento del menor como hijo, tanto por la reclamante como por su ámbito familiar; a la continuidad en este tratamiento con el ejercicio de acciones para mantener las relaciones materno-familiares con el menor; a las testificales que hablaron de un «proyecto en común» y a los hechos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección primera de 22 de abril de 2008, base del recurso de casación antes mencionado. Desde un plano jurídico, considera viable la pretensión ejercitada apoyándose en el artículo 7.3 LRA, que permite la determinación de la filiación a favor de dos mujeres, diferenciando los planos de la filiación natural de la jurídica, como ocurre con la adopción, y otorgando efectos a las relaciones de convivencia de homosexuales, al permitirse el matrimonio entre ellos desde la Ley 13/2005.

La Audiencia Provincial de Toledo, estimando el recurso de apelación, desestimó la demanda. En la sentencia se razona que la filiación solo puede tener lugar por naturaleza o adopción (108 CC), que la acción ejercitada no era la del 7.3 LRA, y que esta ley no se puede aplicar con carácter retroactivo al no preverse en la propia ley, que está pensada para parejas casadas estables, y en el caso se trata de una pareja no casada y rota desde el 2006, además de estarse a una ley cuyos efectos son meramente registrales. A lo que añade que no considera acreditada la posesión de estado por el poco tiempo de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor (3 años), aunque la demandante actuara como madre.

La demandante, Dña. Zaida, presenta recurso de casación basado en un único motivo, invocando la infracción del artículo 131 del Código civil en relación con el artículo 7.3 LRA. El recurso es estimado. En esta sentencia el Tribunal Supremo insiste en la perfecta compatibilidad entre la figura de la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida. Dicha razón de compatibilidad viene informada por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento; de protección de la familia; de los hijos y de las madres con independencia de su estado civil; de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad; así como de la debida ponderación, cada vez más primordial, del interés superior del menor. El Alto Tribunal sostiene que la conclusión que debe extraerse de este contexto valorativo no es otra que «la plena razón de compatibilidad de ambas normativas en el curso de la acción de filiación no matrimonial, de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido

de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada».

Esta razón de compatibilidad resulta también relevante a la hora de abordar el «interés legítimo» que debe presidir la amplia legitimación que se deriva de la posesión de estado. Y, así, una vez «probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada»⁵⁰.

El Tribunal Supremo pone especial énfasis en la aplicación del interés superior del menor, de tal manera que, en el curso de la acción de reclamación no matrimonial, que trae causa del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para adverar el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica.

La sentencia, no obstante, cuenta con el voto particular de tres magistrados, que se manifiestan en contra de lo esgrimido en la resolución, atendiendo básicamente a unos argumentos que merece la pena reproducir aquí:

- El título de determinación de la filiación *ex artículo 7.3 LRA* se apoya en el mero consentimiento de la mujer, prestado antes del nacimiento del hijo y estando casada con la madre biológica, requisitos ambos que no se cumplen en el caso enjuiciado. El hecho de que en el momento del nacimiento (2003) no fuera posible el matrimonio entre personas del mismo sexo, no justifica un ejercicio posterior de esta facultad. No tiene sentido reconocer *a posteriori*, ni deformando la aplicación transitoria de la norma, aquella forma de maternidad, porque no perduran en el tiempo los requisitos que hubieran justificado en su día esta determinación de la filiación si hubiese estado en vigor el artículo 7.3 LRA.
- Tampoco cabe acudir a la posesión de estado para reclamarla, porque la posesión de estado no acredita por sí la filiación, sino que constituye un medio de prueba de carácter presuntivo o indirecto, en cuanto ofrece una sólida base de hecho para apreciar la existencia de la relación biológica que constituye el objeto de las acciones judiciales de reclamación de la filiación. Por tanto, no procede invocar la posesión de estado para justificar por sí, al amparo del artículo 131 del Código civil, una filiación que se determina necesariamente por el consentimiento de la mujer, cumplidos unos determinados requisitos, si por las razones que sean ese consentimiento no se prestó en su día y ahora no es posible hacerlo.

- La estimación del recurso no responde, materialmente, al interés superior del menor, aunque así se diga, sino al interés de la demandante-recurrente. No se alcanza a comprender que por el solo hecho de que la demandante-recurrente conviviera con el niño durante sus tres primeros años de vida se la declare madre, dando un paso de enorme trascendencia, mucho más allá que la correcta conclusión al conflicto propuesta por la sentencia de 12 de mayo de 2011. «Con la estimación del recurso la demandante pasa a ostentar la patria potestad sobre el niño, adquiere expectativas sucesorias que incluso pueden llegar a materializarse sobre bienes que actualmente pertenecen a la otra litigante, podrá decidir sobre la educación del niño en edades o etapas mucho más decisivas para su formación que la que media entre el nacimiento y los tres primeros años de edad, podrá reclamar su guarda y custodia y, en definitiva, tener capacidad de decisión sobre todas las cuestiones que afecten al menor hasta que este cumpla dieciocho años. A cambio, la madre biológica, la única legal a juicio de los magistrados que formulan este voto particular, verá inevitablemente coartada su libertad en todo lo que se refiera a su hijo y, si forma otra relación de pareja o decide contraer matrimonio, tendrá la permanente interferencia de la demandante, como madre del niño con plenitud de derechos, en la nueva unidad familiar. Se crea, así, una situación potencialmente conflictiva en la que no se alcanza a ver ningún beneficio para el menor».

El Tribunal Supremo obvia de nuevo las exigencias del artículo 7.3 LRA buscando la justicia del caso, sirviéndose a tales fines del interés superior del menor. La cuestión es que en esta ocasión el interés del menor no parece quedar tan claro como en anteriores supuestos; lo que resulta especialmente significativo cuando de lo que se trata es de apartarse de la letra de la ley.

3. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

Para finalizar con este repaso cronológico a las resoluciones judiciales habidas en el tratamiento de la doble maternidad, nos parece oportuno traer a colación la SAP de Madrid de 12 de marzo de 2015, que da un paso más en la consecución de la igualdad entre parejas de igual y distinto sexo en el terreno de la filiación. De entrada, los hechos que se enjuician acaecieron ya bajo el ámbito de aplicación del artículo 7.3 LRA⁵¹. Se trata de una pareja de mujeres —Dña. Ana María y Dña. Encarna— que contrae matrimonio en 2008, naciendo en el seno del mismo un hijo biológico de Dña. Encarna; entre 2012 y 2013 se produce la separación fáctica de la pareja y se presenta una demanda de separación, naciendo en 2013 un hijo biológico de Dña. Ana María,

inscrito con el nombre de esta, anotada como casada en el Registro Civil. Para la realización del tratamiento de reproducción asistida, ambas habían firmado como matrimonio el contrato de donación y consentimiento informado de la otra cónyuge. El fallo del Juzgado de Primera Instancia que pone fin al procedimiento de divorcio acuerda atribuir la custodia de cada hijo a la respectiva madre biológica, estableciendo un régimen de visitas a cada madre no custodia respecto del otro hijo, con fijación de pensión de alimentos y atribución del uso del domicilio familiar a Dña. Ana María y su hijo. Dña. Ana María formula recurso de apelación, alegando que no procedía atribuir la maternidad a ambas puesto que solo ella es la madre biológica de su hijo, y dada la separación tácita del matrimonio.

La sentencia de la Audiencia Provincial pone de manifiesto que la declaración de ambas litigantes, que pretenden ser madres biológicas de forma sucesiva, supone una manifestación del derecho a procrear, tratándose de un acuerdo voluntario y libre de ambas madres y cónyuges respectivas. Lo que procede a partir de estos datos es permitir el desarrollo y protección de aquellos vínculos del menor con la progenitora no biológica, adoptando la decisión de integrar al niño en la familia constituida en su día por las litigantes, sin que pueda admitirse la ruptura de todo vínculo del menor con Dña. Encarna dada la existencia de un núcleo familiar —si bien ya separado— formado por ambos menores y las dos progenitoras. El interés del hijo no puede quedar afectado por la posterior retractación de Dña. Ana María, contraviniendo así el tenor de sus propios actos, «implicando con ello al niño que tiene derecho a crecer y a crear los vínculos familiares previamente configurados en torno y para él. Obviamente este interés se protege antes y después de la gestación, no pudiendo ignorar la realidad del hecho consumado del nacimiento del niño y la existencia del menor en una familia que actuó como tal y que legalmente le concibió y no procediendo en consecuencia admitir que la progenitora no biológica pueda desaparecer de la vida del menor ni física ni jurídicamente».

Acogiéndose al tenor literal del artículo 7.3 LRA, la apelante entiende que, interpretado *a sensu contrario*, dada la separación tácita del matrimonio, no cabe ya que pueda determinarse a favor de la pareja de la mujer gestante la filiación respecto del nacido tras la separación matrimonial.

A este respecto, sostiene la sentencia de apelación que de la lectura conjunta de los artículos 7.3 LRA y 108 del Código civil debe colegirse que no fue intención del legislador contemplar un nuevo supuesto de filiación, esta de carácter homosexual, cosa que claramente rechaza el apartado primero del artículo 7 LRA, que dispone que las especificaciones salvadas del régimen general del artículo 108 y siguientes del Código civil, son las que se contemplan en los tres artículos siguientes, no la mención reseñada en su propio apartado tercero, que se configura como una mera norma de naturaleza y finalidad claramente registral, sin afectar ni concernir a la configuración de la filiación materna

exclusiva o de otro carácter. En consecuencia, a estos efectos resulta aplicable toda la normativa del Código civil en lo relativo a la determinación de la filiación y sus efectos y, por ende, la presunción del artículo 116 del Código civil, al no existir una norma específica en la LRA y dado el tenor literal del artículo 44 del Código civil: «El matrimonio tendrá los mismos efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

En definitiva, la Audiencia considera que la solución alcanzada por el Juzgado de Primera Instancia realiza una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto, tomando en consideración el interés superior del menor, por lo que confirma la sentencia recurrida desestimando el recurso de apelación. Esta resolución avanza un paso más que las anteriores considerando aplicable la presunción de paternidad del artículo 116 del Código civil, una norma de determinación de la filiación basada en la verdad biológica, a un supuesto en el que esto es imposible, y cuando el legislador así lo ha establecido por medio del artículo 7.3 LRA.

4. INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO A FAVOR DE LA MADRE NO GESTANTE SIN JUSTIFICACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Por último, al margen ya de los órganos judiciales, resulta necesario hacer mención también a la RDGRN de 8 de febrero de 2017, que da respuesta a la cuestión, anteriormente señalada, de la acreditación de la utilización de técnicas de reproducción asistida para proceder a la inscripción del hijo de una pareja de mujeres. La citada resolución revoca el Auto dictado por el encargado del Registro Civil de Denia que denegó la inscripción por no haberse justificado dicho uso. La promotora de las actuaciones había solicitado la inscripción de nacimiento del hijo biológico de su cónyuge y la determinación a su favor de la filiación del nacido, sin necesidad de aportar justificación de haber seguido un procedimiento de reproducción asistida —con fundamento en el artículo 44.5 LRC 2011—, y alegando que la pareja se había casado en 2007 y ya eran madres de otros dos hijos inscritos con la doble filiación. El encargado del Registro Civil de Denia deniega la inscripción de la filiación del nacido respecto de la consorte de la madre biológica, entendiendo que el artículo 44.5 LRC, que prácticamente reproduce el contenido del apartado tercero del artículo 7 LRA, no se puede interpretar desconectado del apartado cuarto, según el cual la filiación, a efectos de la inscripción de nacimiento, se determinará conforme a las leyes civiles (que siguen respondiendo al principio de unidad de la maternidad) y a la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida (que introduce una ficción legal no basada en la realidad biológica, pero solo cuando la gestación es consecuencia de técnicas de reproducción asistida), no siendo tampoco aplicables las presunciones del Código civil en tanto que responden a un esquema normativo distinto.

Elevada la cuestión a la Dirección General de los Registros y del Notariado, esta estima el recurso de las interesadas, coligiendo de la reforma operada por la Ley 19/2015 en los artículos 7.3 LRA —por la que ya no es necesario que la mujer no gestante preste el consentimiento antes del nacimiento del hijo de su cónyuge—, y 44.5 LRC —reproducido lo preceptuado por aquel—, «que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida. Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA pues la filiación establecida en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el artículo 8 de la citada ley». En definitiva, la DGRN, sin entrar en mayores argumentos jurídicos⁵², fundamenta su decisión en la interpretación que ha de hacerse de la voluntad del legislador que se deriva de la reforma de 2015.

Consecuentemente, al eliminar el requisito del consentimiento previo al nacimiento en el artículo 7.3 LRA e introducir el apartado quinto del artículo 44 LRC, debemos deducir que el legislador quiso que la filiación a favor de la esposa de la gestante pudiera determinarse por la sola voluntad de ser madre de aquella, manifestada según las normas del Registro Civil. Lo que se está diciendo es, lisa y llanamente, que el artículo 44.5 LRC crea una forma nueva de determinarse la filiación, olvidando que, tal como especifica el propio artículo 44 LRC, en su apartado cuarto, «La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida». Como se ha señalado doctrinalmente con inmaculada clarividencia⁵³, la inscripción solo es un efecto registral de la previa determinación de la filiación verificada de acuerdo con las normas sustantivas correspondientes, que, para el caso que nos ocupa, son las previstas en la LRA; y, en este marco, solo es posible determinar la filiación del hijo respecto de la consorte de la madre gestante si aquel se concibió mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida. No puede olvidarse que esta forma de determinarse la filiación, por construirse sobre una ficción legal, permite el anonimato del donante y la imposibilidad de que este ejercite en caso alguno la correspondiente acción de filiación basada en la verdad biológica.

Finalmente, se sostiene por la DGRN que la interpretación restrictiva del auto impugnado, introduciendo una limitación que la norma no menciona, atenta contra el interés superior del menor y lo coloca en una situación de desprotección en relación con sus hermanos mayores, que tienen nacionalidad española y doble vínculo materno, mientras que él únicamente tiene reconocida la nacionalidad irlandesa y figura en un libro de familia distinto del que solo es titular

la madre biológica, de manera que quien ejerce de hecho como su madre no lo es a efectos legales, lo que perjudica a la estabilidad de la familia; igualmente, se argumenta que, «aunque es cierto que nuestro ordenamiento jurídico parte del principio de veracidad biológica en materia de filiación, dicho principio no tiene carácter absoluto y ha ido evolucionando hacia un concepto más social y afectivo, debiendo prevalecer siempre el interés del menor». Pero también en este caso el principio *favor filii* podría ser utilizado para defender la postura contraria, pues no parece precisamente beneficioso para el menor permitir que un eventual padre biológico pueda ejercitar una acción de reclamación de paternidad, desestabilizándose así igualmente su vida familiar.

IV. REFLEXIONES Y PROPUESTAS

Del repaso que hemos realizado a la trayectoria legal y jurisprudencial en materia de determinación de la doble filiación materna, debe extraerse como principal conclusión —en ello parece concurrir unánimemente la doctrina— la necesidad de implementar una reforma legal que regule de forma clara la cuestión, atendiendo básicamente al principio de igualdad y no discriminación y evitando, por ende, la conflictividad hasta ahora producida entre nuestros tribunales.

Desde nuestro punto de vista, el debate jurídico suscitado puede encontrar sus raíces en la reforma legislativa de 2005. Ciertamente, como hemos puesto de manifiesto, el legislador no fue cuidadoso técnica y sistemáticamente al incorporar ese nuevo apartado tercero al artículo 7 de la LRA; pero es que, en el fondo del problema, se encuentra, a nuestro juicio, su propia incredulidad sobre lo que significaba la igualdad del matrimonio con independencia del sexo de los contrayentes. Pudiera pensarse que el legislador no era consciente de la dimensión de la nueva institución que, en aquel momento, estaba creando a través de la Ley 13/2005, que ponía las bases a un nuevo concepto de institución matrimonial y familiar, con todas sus consecuencias; como reflejo de ello, tales consecuencias no se apreciaron, como hemos señalado, en el articulado de dicha reforma legislativa, que dejaba intactos los artículos del Código civil reguladores de la filiación por naturaleza y los correspondientes de la LRA.

1. LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR DE CREAR UNA FORMA DISTINTA DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN RESPECTO DE UN MATRIMONIO DE MUJERES

La incorporación del artículo 7.3 a la LRA dos años después, por medio de la Ley 3/2007, solo supuso un remiendo al problema del vacío legal existente sobre la determinación de la doble maternidad en el ámbito de las técnicas de

reproducción asistida, como se ha podido claramente apreciar. El problema es que la intención del legislador no parecía ser otra que la de otorgar un tratamiento distinto a la determinación de los hijos de una pareja homosexual respecto de la heterosexual. De no haber sido esa su voluntad, no habría introducido una norma con criterios tan específicos; o bien, de forma más simple, habría que pensar que la ubicación de este nuevo precepto en el artículo 7 LRA en lugar de en el 8 LRA —en el que se prevé las reglas específicas de determinación de la filiación en el supuesto de técnicas de reproducción asistida— debía atribuirse a un desliz puramente técnico.

Esta disyuntiva es la que ha llevado a las distintas interpretaciones antes analizadas sobre la aplicación del artículo 7.3 LRA. Esto es, entender que el legislador quiso dicho tratamiento desigualitario, creando una forma distinta de determinar la doble maternidad teniendo en cuenta la propia naturaleza o relación biológica; o suponer que —dejando al margen el simple desacuerdo sistemático—, la mención reseñada en este apartado tercero del artículo 7 LRA —como señalara la SAP de Madrid de 12 de marzo de 2015— se configura como una mera norma de naturaleza y finalidad claramente registral, sin afectar ni concernir a la configuración de la filiación materna exclusiva o de otro carácter.

Tanto la literalidad de la norma como su trayectoria legislativa —incluyendo los debates parlamentarios de la Ley 14/2006, en los que se rechazaron las enmiendas que pretendían incluir la determinación de la doble filiación materna—, nos hacen inclinarnos por la primera opción, trasunto de esa inicial falta de perspectiva futura del legislador de 2005 sobre la nueva configuración del matrimonio. Así, una vez tomada la opción legislativa de admitir la determinación de la filiación paterna por la sola voluntad del cónyuge o pareja varón de la usuaria de las técnicas —al consentir su utilización por ella—, y sentado también legalmente que el matrimonio produce los mismos efectos con independencia del sexo de sus integrantes, debe otorgarse idéntico tratamiento legal a la determinación de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida por una mujer, casada o unida de hecho, con otra mujer.

El problema de la falta de asunción de esta realidad, ya sea por el legislador o, incluso, por buena parte de la sociedad, es que estos efectos no se han traducido en la reforma de la regulación del Código civil sobre la filiación por naturaleza, que en algunos casos resulta difícilmente aplicable por estar pensada para hacer coincidir en la medida de lo posible la verdad biológica con la jurídica. Con anterioridad a la consagración legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, la integración de la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida en el ámbito de la filiación por naturaleza no había planteado problema alguno, pues, a pesar de la existencia de donante anónimo, se podía seguir «presumiendo» la paternidad biológica del esposo o pareja de la mujer usuaria; al menos, biológicamente, era posible. Esto conducía, por ejemplo, a considerar que, en el caso de matrimonio, podía

aplicarse la normativa sobre presunción de paternidad; o, también, que no supusiera inconveniente considerar la posesión de estado o el reconocimiento. De ahí que el artículo 7.1 LRA puntualizara que «la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo las especificaciones establecidas en los tres artículos siguientes».

En cambio, cuando hablamos de una pareja de mujeres, la inviable procreación biológica entre ellas hace desaparecer por completo la posibilidad de hacer coincidir verdad biológica y jurídica, por lo que las normas del Código civil tendentes a la concurrencia de ambas resultan de imposible aplicación. Sin embargo, como ya hemos apuntado, la identidad de razón entre la doble filiación materna y la filiación materna y paterna cuando existe donante anónimo es incontrovertible.

Esto hace pensar —y así se ha reflexionado doctrinalmente⁵⁴— en la necesidad de atender a un nuevo modelo de filiación, en el que, junto a la filiación por naturaleza y adopción, se consagre y reconozca un tercer tipo de vínculo filiativo determinado por el consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida. Se trataría de una filiación híbrida: distinta de la filiación por naturaleza, pues aquella se fundamenta en el elemento volitivo —aunque exista vínculo biológico con la madre gestante o aportante del material genético, y con el padre en caso de fecundación homóloga—, y también diferenciada en distintos aspectos de la adopción, pero teniendo en común con ella la determinación de la filiación por la manifestada voluntad de ser padre o madre.

2. LA FALTA DE IDONEIDAD DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Hasta que una reforma legislativa introduzca específicamente la doble filiación materna en igualdad de condiciones con la filiación materna y paterna, lo que nos cuestionamos aquí es la oportunidad de que la igualdad de efectos del matrimonio en este ámbito se encauce a través de nuestros tribunales orillando la legalidad vigente. Los argumentos en favor y en contra de esta actuación judicial aparecen claramente reflejados, como hemos tenido ocasión de comprobar, en los fundamentos y voto particular de la STS de 15 de enero de 2014, respectivamente. Aquellos atienden a la consagración del principio de igualdad —con fundamento en el artículo 44 del Código civil—, y estos se acogen a la estricta aplicación del artículo 7.3 del Código civil. Lo primero es lo deseable y lo segundo parece lo técnicamente correcto. Y en ambos sirve como pilar fundamental el principio del interés superior del menor.

Puede apreciarse que, aunque los argumentos técnico-jurídicos del voto particular son irreprochables, en el fondo del mismo subyace esa falta de creencia en la igualdad de trato entre parejas homosexuales y heterosexuales en el ámbito de la filiación. Así, se acude al principio del interés superior del menor para

manifestar que no se tiene en cuenta este si se atribuye la filiación de un niño de tres años a una mujer con la que no le une vínculo biológico alguno y que se encuentra en situación de conflictividad personal con la madre biológica. La cuestión que nos hacemos es: ¿se utilizaría el mismo argumento si se tratara de la filiación paterna, ya sea con vínculo biológico o sin él? Probablemente no. Pero, cierto es que, para alcanzar su decisión la sentencia fuerza la inaplicación del artículo 7.3 LRA, que establece unos requisitos para determinar la filiación a favor de la madre no gestante que, verdaderamente, no se han cumplido. De modo que el voto particular prima el interés del menor utilizando ese resorte legal, pues en caso contrario no podría hacerlo, y la filiación se determinaría a favor de la madre no gestante; ya posteriormente, también seguramente un juez habría de dirimir el conflicto familiar que se produjera dadas las relaciones existentes entre ambas madres, decidiendo sobre la atribución de la custodia, igual que sucedería si se tratara del padre —biológico o no—, en lugar de la madre. El interés del menor también se arguye como fundamento del recurso que plantean las recurrentes en el caso de la RDGRN de 8 de febrero de 2017 que hemos analizado, con resultado poco certero.

La cuestión que, en última instancia, debemos plantearnos como resultado de este estudio de la trayectoria jurisprudencial en la materia, es la idoneidad de las decisiones judiciales que, con fundamento en el interés superior del menor, desatienden la aplicación en sus propios términos de las normas vigentes, en el entendimiento de que la normativa sobre filiación requiere una reforma legislativa que impida en estos casos la denegación de la justicia. Se ha defendido por la doctrina que esta situación puede ser subsanada mediante el mecanismo corrector conocido como cláusula general, entendida esta como una disposición de ley, en cuanto se trata de un precepto que recoge un principio general del Derecho, que pasa a ser configurado como norma imperativa, de aplicación directa y necesaria. Tal sucede, en opinión de este sector doctrinal, con el artículo 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, cuando establece que en la aplicación de esta Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, siendo este recurso de la cláusula general el utilizado por los ponentes de las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014 para justificar ambos pronunciamientos, aunque no aludieran expresamente a ello. En definitiva, los jueces interpretan de forma flexible el conjunto del ordenamiento con la finalidad de solventar un conflicto no previsto por la ley⁵⁵.

Esta teoría, entendemos, tropieza con un inconveniente para nada despreciable: la indeterminación característica del concepto de «interés superior del menor», que es la que permite que, a la postre, sea utilizado tanto como fundamento de las dos partes del conflicto, como del fallo y del voto particular de la STS de 15 de enero de 2014. Resulta curioso que el factor que hace posible la construcción del concepto de cláusula general sea al mismo tiempo su peor

enemigo. Recuérdese que la SAP de 12 de marzo de 2015 también recurre al interés superior del menor para reforzar su fallo, que hace aplicable la presunción de paternidad para determinar la filiación del nacido respecto de la mujer no gestante cuando el matrimonio se encontraba separado, aunque anteriormente ambas mujeres habían prestado consentimiento a la utilización de la técnica de reproducción asistida por la madre biológica. El tribunal considera que este acuerdo voluntario y libre supone una manifestación del «derecho a procrear» y lo que procede es proteger los vínculos del menor con la progenitora no biológica, integrando al niño en la familia constituida en su día, sin que pueda admitirse la ruptura de todo vínculo de aquella con el menor. Por tanto, el tribunal entiende de interés del menor preservar unos vínculos familiares que nunca llegó a tener con la excónyuge de su madre biológica —pero que fueron creados para él— determinando a su favor la filiación cuando no se cumplían los requisitos marcados por la ley⁵⁶.

El interés del menor parece asimismo precariamente sostenible para defender las consecuencias de la RDGRN de 8 de febrero de 2017, anteriormente señaladas, que llevarían a permitir el eventual ejercicio de una acción de reclamación de filiación por parte del progenitor del menor, basada en la verdad biológica; de hecho, la decisión no se fundamenta expresamente en tal principio —ni en ningún otro— limitándose a realizar una mera alusión a los artículos 10, 14 y 39 de la Constitución española. En el caso que nos ocupa, el interés superior del menor mal puede justificar que se orille la aplicación de la ley, especialmente cuando ello puede llevarnos a consecuencias poco deseables, y cuando la madre no gestante puede acudir al expediente de adopción como mecanismo que nuestro ordenamiento contempla para que dicho interés quede preservado, como concluye la STS de 6 de febrero de 2014 en relación a la maternidad subrogada⁵⁷.

Junto a la volátil utilización del principio del interés superior del menor en las decisiones judiciales comentadas, también resulta cuestionable la conclusión final y globalmente alcanzada sobre la efectividad y alcance del artículo 7.3 LRA, siendo así que prácticamente queda vacío o falso de razón de ser. En verdad, si los tribunales deciden ignorar las exigencias de este precepto para determinar la filiación a favor de la madre no gestante, aplicando simplemente las reglas generales de la determinación de la filiación por naturaleza —ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, posesión de estado o presunción de paternidad—, con base en el consentimiento expreso o implícito de la pareja de la madre biológica a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, ¿para qué sirve el artículo 7.3 LRA? La cuestión es que, sencillamente, los tribunales han creado una tercera clase de filiación, haciendo las veces de legislador. El problema es que la creación de esta forma de determinarse la filiación sin un anclaje legal concreto y claro puede llevarnos a resultados poco gratos en ciertos casos por ser contrarios al principio de seguridad jurídica, como la

aplicación de la presunción del artículo 116 del Código civil sobre una base legal inexistente o la admisión de la inscripción en el Registro Civil a favor de la pareja de la madre biológica sin necesidad de acreditar la utilización de técnicas de reproducción asistida.

3. UNA NECESARIA REFORMA LEGISLATIVA

Con fundamento en lo expuesto, no podemos compartir la posición de los pronunciamientos judiciales que hemos comentado, sin perjuicio de sumarnos a las críticas que ha merecido el legislador por su escasa atención al principio de igualdad y no discriminación. No quiere ello decir que el distinto tratamiento legal en relación a la determinación de la filiación entre parejas homosexuales y heterosexuales haya de considerarse contrario en todo caso a aquel principio constitucional, en tanto las diferencias biológicas existentes podrían justificar un trato dispar en ciertos casos⁵⁸. A nuestro modo de ver, es una cuestión de política legislativa establecer un modelo diferente de determinación de la filiación de los hijos nacidos en el seno de una pareja homosexual femenina, tomando como base la imposibilidad de hacer coincidir la filiación jurídica con la verdad biológica y, por ende, preservando la seguridad jurídica y el interés del menor. Lo que no resulta idóneo es el modelo que ha escogido el legislador para hacerlo, introduciendo en la LRA una norma a todas luces defectuosa. No nos parece inconstitucional el distinto tratamiento de la filiación por naturaleza —por su propio concepto— entre matrimonios heterosexuales y homosexuales; otra cosa es que la norma haya errado técnicamente en la forma de ordenarla. Pero sí nos parece contrario al principio de igualdad el diverso trato que reciben las parejas de hecho homosexuales respecto de las heterosexuales en este ámbito, pues una vez permitida la determinación de la filiación a favor de la cónyuge de la madre gestante por la mera prestación de consentimiento, igual tratamiento debería haber recibido la pareja no casada, ya que no puede justificarse aquí la imposibilidad de aplicar la presunción de paternidad. En los casos, por tanto, de falta de matrimonio, los jueces podrían plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad.

La solución a estos conflictos ha de pasar, indefectiblemente desde nuestra óptica, por la vía legislativa, no por la judicial. Solo el legislador puede decidir atender al criterio volitivo como único determinante de la filiación en el ámbito de los procesos de reproducción asistida, y también al margen de los mismos. Entendemos que el controvertido artículo 7.3 LRA necesita una urgente revisión, para evitar, no solo el desconcierto que provocan los pronunciamientos judiciales que hemos analizado, sino que su falta de respuesta cierta a los problemas que se van planteando cree nuevas dudas sobre la determinación de la filiación en el futuro.

Abogamos, por ello, por una reforma legislativa que se acerque a la prevista por el Código civil catalán —que, obviamente, no suscita los problemas aquí analizados—, aunque más precisa. En nuestra opinión, lo más adecuado sería reconocer un tercer modelo de filiación derivado del uso de las técnicas de reproducción asistida, y conceder idéntico tratamiento al consentimiento informado otorgado en la clínica autorizada a parejas heterosexuales y homosexuales, casadas o no casadas. Esto es, la prestación del consentimiento al uso de la técnica por parte del cónyuge —esposo o esposa— posibilitaría la inscripción del hijo como matrimonial; y el documento en el que se preste el consentimiento por la pareja no casada —masculina o femenina— se consideraría escrito indubitable a los efectos del artículo 44.8 LRC.

Se trataría de un modelo en el que solo podría atenderse a la regulación de la filiación por naturaleza cuando quepa la verdad biológica, no en caso contrario. Cuando no entre en juego la verdad biológica, la filiación únicamente puede fundarse en la voluntad de ser padre o madre, expresada de forma irrevocable con las debidas garantías, en los documentos autorizados —documento de consentimiento informado en la clínica autorizada o documento público— y en los plazos taxativamente establecidos. De no cumplirse con los requisitos legales, solo cabe la adopción, sin que en caso alguno puedan suplirse aque-llos judicialmente. Esto quiere decir que el consentimiento prestado al uso de la técnica debe facultar a la esposa o pareja de la madre gestante a inscribir con posterioridad al hijo con la doble filiación, y que la madre gestante puede también reclamar que así se haga, debiendo constar claramente estos efectos en los documentos correspondientes. En estos casos, el elemento volitivo reemplaza al vínculo biológico, de manera que la creación de este tercer modelo de filiación evita forzar la aplicación de la normativa de la filiación por naturaleza a supuestos a los que resulta irrazonable y contraproducente hacerlo, por mucha ficción legal que queramos crear. Sería recomendable a estos fines introducir un nuevo párrafo en el artículo 108 del Código civil, que acogiera, junto a la filiación por naturaleza y por adopción, una tercera vía de establecer el vínculo filiativo basada en el consentimiento cuando se hace uso de las técnicas de reproducción asistida, cuyo régimen específico vendría desarrollado por la consabida legislación especial.

De otra forma, la incorrecta regulación existente puede plantear en el futuro litigios que los tribunales podrían sentirse llamados a solucionar. El Tribunal Supremo e, incluso, la DGRN han creado un nuevo modo de determinación de la filiación basado en la voluntad de procrear para atender a la justicia del caso. Una vez que se convierte el elemento volitivo en el determinante de la filiación, este criterio puede desbordar el ámbito de la reproducción asistida y alcanzar también al biológico si se admite la aplicación judicial que se está llevando a cabo de la normativa de la filiación por naturaleza sin una base legal concreta; ello permitiría que la voluntad de ser padre o madre determine la filiación al

margen del uso de aquellas técnicas, como se reclama por algunos sectores doctrinales, tanto para el caso de doble maternidad como de doble paternidad⁵⁹. Llegados hasta aquí, el argumento no solo valdría para reconocerse la doble maternidad sino también la pluriparentalidad. Antes de que esto suceda por la vía de los hechos, corresponde al legislador, y no a los tribunales, tomar esa decisión y regularla en consecuencia si las circunstancias sociales así lo demandan y los principios de nuestro ordenamiento talmente lo permiten.

En otros países se ha alcanzado ya a reconocer a través de pronunciamientos judiciales e, incluso, legalmente la filiación pluriparental, que se caracteriza por la primacía de la voluntad y el afecto, conceptos de índole fáctica que encuentran cauce jurídico —en palabras de la doctrina— en las ideas de «voluntad procreacional y socioafectividad»⁶⁰. Concretamente, se han apartado del principio filial binario en los últimos años diversos tribunales extranjeros, entre ellos el Tribunal de Apelación de Ontario (Canadá); el Tribunal del Circuito del Condado de Miami-Dade y la Corte Suprema del Condado de Suffolk (Estados Unidos); la Cámara Octava de la Comarca de Porto Alegre, el Segundo Tribunal de Familia de Santa Catarina y el Superior Tribunal Federal (Brasil). También se ha reconocido la triple filiación en el ámbito registral en Argentina en dos ocasiones, en el supuesto de una pareja homosexual femenina y un niño nacido de fecundación asistida con material genético de un amigo de la pareja que mostró su voluntad inicial de ser progenitor. Por lo que respecta al refrendo legal, la *Family Law Act* del Estado de Columbia Británica (Canadá), permite un acuerdo escrito de pluriparentalidad respecto de un menor —concebido mediante el uso de un proceso de reproducción asistida— entre tres personas, que pueden ser la madre gestante, su pareja —casada o no— y un donante; o los padres de intención y la madre gestante⁶¹. El estudio de esta cuestión requiere un análisis pormenorizado de los casos mencionados que, obviamente, sobrepasa con creces los objetivos del trabajo que aquí presentamos.

CONCLUSIONES

I. El artículo 7.3 de la LRA 2006 reconoce la posibilidad de que la mujer casada con otra mujer consienta en que se determine a su favor la filiación del hijo de su consorte. Con esta norma, introducida en la LRA por medio de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, el legislador vino a subsanar su falta de previsión respecto a esta cuestión en la norma de 2006, una vez reconocida el año anterior la igualdad de efectos del matrimonio con independencia del sexo de sus integrantes; con ello incorporó a nuestro ordenamiento la posibilidad de determinación de la doble filiación matrimonial materna por naturaleza en el marco del uso de técnicas de reproducción humana asistida.

II. Este precepto, sin embargo, lejos de solucionar la cuestión, vino a suscitar desde su aparición diversos problemas de aplicación práctica, debidos tanto a su falta de atención al principio de igualdad y no discriminación como a sus deficiencias técnicas. De entrada, plantea dudas de constitucionalidad la discriminación de las parejas de hecho homosexuales frente a las heterosexuales, ya que el artículo 7.3 LRA solo permite por esta vía la determinación de la filiación matrimonial. Por otra parte, los requisitos que exige la norma son tan estrictos —consentimiento de mujer casada antes del nacimiento del hijo ante el encargado del Registro Civil—, que debe entenderse que el legislador quiso crear una nueva forma de determinarse la filiación materna al margen de las normas generales del Código civil.

III. Los problemas de aplicación que ha provocado el artículo 7.3 LRA se centran fundamentalmente en cuatro cuestiones: la exclusión de las parejas de hecho, el particular consentimiento que debe emitir la mujer casada con la usuaria de las técnicas, la inaplicabilidad de las normas generales sobre filiación y la acreditación del uso de las técnicas para llevar a cabo la inscripción del hijo.

IV. En cuanto a la emisión del consentimiento, el artículo 7.3 LRA también parece alejarse del principio de igualdad si consideramos dos aspectos: carece de efectos que la mujer casada preste dicho consentimiento a la utilización de las técnicas por su pareja para que posteriormente se determine la filiación a su favor, como sí se permite al varón, casado o no; y la emisión del consentimiento para que se establezca la filiación a favor de la mujer no gestante debe darse en un momento temporal concreto, antes del nacimiento del niño y ante el Encargado del Registro Civil, si bien este segundo inconveniente fue eliminado por la Ley 19/2015. Existe, pues, mayor exigencia formal para los matrimonios homosexuales femeninos que para las parejas heterosexuales, resultando que, cuando hablamos de fecundación heteróloga, el consentimiento cumple en ambos casos la función de reconocer una filiación que no responde a la verdad biológica, ya que se basa en la voluntad de los no progenitores —tanto del varón como de la mujer no gestante—, de querer la paternidad o maternidad no biológica.

V. De la estricta exigencia de los condicionantes del artículo 7.3 LRA se deriva la inaplicación de la presunción de paternidad —en este caso, maternidad—, de la previsión contemplada en el artículo 118 del Código civil —aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos—, o de los demás mecanismos previstos para la determinación de filiación no matrimonial (declaración conforme del padre en el formulario oficial, reconocimiento o resolución recaída en expediente registral). La observancia escrupulosa de tal precepto imposibilitaría, asimismo, el ejercicio de acciones de reclamación de la filiación por la madre gestante

frente a su pareja que hubiese consentido la fecundación asistida y posteriormente se negara a prestar el consentimiento *ex artículo 7.3 LRA*; en sentido inverso, tampoco la madre no gestante podría reclamar la filiación si no prestó el consentimiento en los precisos términos que prevé la norma.

VI. Por otro lado, el artículo 7.3 LRA no exige que se acredite el uso de las técnicas de reproducción asistida por la madre gestante para la inscripción del hijo a favor de su consorte, requisito que viene siendo requerido por los encargados de los Registros Civiles. Admitir la inscripción sin dicha justificación permitiría una eventual reclamación de paternidad por parte de un posible padre biológico. La previsión del artículo 7.3 LRA se refiere a una nueva forma de determinarse la filiación respecto de un matrimonio de mujeres solo en el ámbito del uso de técnicas de reproducción asistida, por lo que debe entenderse que la filiación ha de quedar determinada por el consentimiento prestado según las normas del Registro Civil si efectivamente se ha materializado dicho uso; la reproducción literal por parte del artículo 44.5 LRC de las palabras del artículo 7.3. LRA así ha de interpretarse. No lo ha entendido así, sin embargo, la última resolución al respecto de la DGRN.

VII. Los problemas aplicativos del artículo 7.3 LRA se han dejado sentir entre nuestros tribunales, pudiéndose observar una evolución clara en los pronunciamientos habidos en los últimos años, pasándose de una observancia estricta de sus requisitos a su total desconocimiento, admitiéndose el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por la madre no gestante, la alegación de posesión de estado e, incluso, la presunción de maternidad. El Tribunal Supremo ha orillado la aplicación del artículo 7.3 LRA en sus propios términos —dejándolo relegado a una mera indicación con fines puramente formales de cara al Registro— para atender a la justicia del caso, fundamentándose para ello en el interés superior del menor.

VIII. Defendemos la necesidad de que las disfunciones prácticas derivadas de la aplicación del artículo 7.3 LRA sean resueltas por el legislador, no por los tribunales, en línea similar a la seguida por el Código civil de Cataluña. Entendemos que la mejor opción pasaría por reconocer legalmente un tercer modelo de filiación derivado del uso de las técnicas de reproducción asistida, y conceder idéntico tratamiento al consentimiento informado otorgado en la clínica autorizada a parejas heterosexuales y homosexuales, casadas o no casadas, reemplazando así el elemento volitivo al vínculo biológico. Se trataría básicamente de introducir un nuevo párrafo en el artículo 108 del Código civil, que acogiera, junto a la filiación por naturaleza y por adopción, una tercera vía de establecer el vínculo filiativo basada en el consentimiento cuando se hace uso de las técnicas de reproducción asistida, cuyo régimen se desarrollaría por la legislación especial.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 18 de enero de 2011
- STS de 12 de mayo de 2011
- STS de 5 de diciembre de 2013
- STS de 15 de enero de 2014
- STS de 6 de febrero de 2014

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de las Islas Baleares de 5 de diciembre de 2012
- SAP de Madrid de 12 de marzo de 2015

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 5 de junio de 2006
- RDGRN de 17 de abril de 2008
- RDGRN de 22 de mayo de 2008
- RDGRN de 14 de octubre de 2008
- RDGRN de 24 de noviembre de 2008
- RDGRN de 8 de febrero de 2017

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SARABIA, M. (2015). Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida, *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, julio, 1-69, <http://revistas.um.es/analesderecho>
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2014). Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre (RJ 2013, 7566), *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio, 378-399.
- ANDREU MARTÍNEZ, M.B. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la RDGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret [En línea]*, núm. 2, abril, 1-35, disponible en <http://indret.b.wetopi.com/?autor=ma-belen-andreu-martinez>
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. (2017). *Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación*. Madrid: Dykinson.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2010). Reproducción asistida y determinación de la filiación, *REDUR*, 8, diciembre, 25-37.

- (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 93-136.
- BENAVENTE MOREDA, P. (2011). La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual, *ADC*, tomo LXIV, fasc. I, 75-124.
- BENEDITO MORANT, V. (2017). *La atribución de la filiación. Sistemas civil y canónico*. Barcelona: Atelier.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2007). Transexualidad, matrimonio entre personas de un mismo sexo y nombre, *Aranzadi Civil*, núm. 3, 1829-1830.
- BRUNEL, T.F./HUAIS, M.V./COSTAMAGNA, R.T./VILELA BONOMI, M.V., Pluriparentalidad, filiación e identidad en el CCYC. Comisión núm. 6, Familia: Identidad y Filiación, disponible en http://jndc bahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/BrunelHuais-y-otros_Pluriparentalidad.pdf
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014). La llamada doble maternidad por ‘naturaleza’: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora, *Diario La Ley*, núm. 8240, 1-11.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2017). La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida, *AC* núm. 4, abril, 1-15.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *Indret* [En línea], enero, 1-35, disponible en http://www.indret.com/pdf/1108_es.pdf
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2008). Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas, en F.J. Gómez Gállico (coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol 1 (2008). Navarra: Thomson-Civitas (471-489).
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2007). La doble maternidad legal derivada de las técnicas de reproducción humana asistida», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 75-129.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2015). La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología, *ADC*, tomo LXVIII, fasc. I, 5-61.
- FARNÓS AMORÓS, E./GARRIGA GORINA, M. (2005). ¿Madres? Pueden ser más de una, *Indret* [En línea], 4/2005, 1-8, disponible en http://www.indret.com/pdf/306_ca.pdf
- GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M. (2014). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson.
- INIESTA DELGADO, J.J. (2017). La filiación derivada de las formas de reproducción asistida, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-familiares* (I). Pamplona: Aranzadi, 961.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. (2014). Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo, *AC*, núm. 7-8, julio-agosto, 1-26.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus.
- (2014). La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, marzo, 51-63.
- LAMM, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, *Revista de bioética y Derecho*, núm. 24, enero de 2012, 76-91.

- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*, VI. Madrid: Marcial Pons.
- NANCLARES VALLE, J. (2008). Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2243-2270.
- OCHOA, C./LLEDÓ BENITO, I., (2007). Comentario al artículo 7. Addenda, en F. Lledó Yagüe/C. Ochoa Marieta (dir.), Monje Balmaseda (coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Madrid: Dykinson (428-430).
- PADIAL ALBÁS, A. (2009). La discriminación de la cónyuge y de la conviviente homosexual de la usuaria en la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, en M. T. Areces Piñol (coord.), *Estudios jurídicos sobre persona y familia*. Granada: Comares (285-296).
- (2018). *La relación materno y paterno filial en el Derecho de Familias catalán*, Pamplona: Aranzadi.
- PANIZA FULLANA, A., Realidad biológica versus realidad jurídica, *Aranzadi*, Navarra, 2017.
- QUICIOS MOLINA, M.S. (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*, Pamplona: Aranzadi.
- (2014). ¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida?, *CCJC*, núm. 95, mayo-agosto, 609-630.
- RUBIO TORRANO, E. (2006). Madre no hay más que una, *Aranzadi Civil*, núm. 12, 2085-2087.
- SILVA, S.A. (2017). Rompiendo moldes, ampliando derechos. ¿Las técnicas de reproducción humana asistida ‘monopolizan’ la pluriparentalidad?, *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos*, núm. 30, 11 de julio de 2017, 1-4.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2010). El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil, *AC Jurisprudencia*, núm. 7, 1-42.
- TORAL LARA, E. (2016). Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 289-336.
- VAQUERO PINTO, M.J. (2017). La filiación matrimonial, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia, vol. V. Las relaciones paterno-familiares (I)*. Pamplona: Aranzadi (135-234).
- VERDERA SERVER, R. (2006). Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson/Aranzadi (211-304).
- ZURITA MARTÍN, I. (2007). Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno-familiares, en J.V. Gavidia Sánchez (coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*. Madrid: Marcial Pons (262-335).
- (2006). Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres, *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 6427, 22 de febrero de 2006, 2006/1, 1475-1479.

NOTAS

¹ En realidad, la reforma más significativa llevada a cabo por la Ley 13/2005 sobre el Código civil fue la modificación del artículo 44, que incorporaba el nuevo concepto de matrimonio a nuestro ordenamiento, pues el resto de modificaciones se limitaron a meras adaptaciones terminológicas, que sustituían las palabras «marido» y «mujer» por «cónyuges» o «consortes» y las de «padre» y «madre» por «padres» o «progenitores». En el ámbito de las relaciones paterno-familiares se modificaron en este sentido los artículos 154, 160 y 164, y, en el marco de las normas sobre filiación no hubo, siquiera, modificación alguna. En todo caso, para salvar cualquier desajuste, la Ley 13/2005 preveía, en su disposición adicional primera que «Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes». La propia Ley justifica la falta de intervención del legislador en el texto de algunos preceptos en los que no ha sido necesario realizar estas modificaciones, al entenderse que las preventivas por ellos previstas tan solo son predicables de una pareja heterosexual, como adelanta la Exposición de Motivos de la Ley: «Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos solo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales»; y es que estas normas se ocupan de la determinación de la filiación matrimonial por medio de las presunciones de paternidad. Ahora bien, no parece que pueda justificarse de igual forma la subsistencia del binomio «padre y madre» en otros preceptos del Código civil, como son —además del artículo 163— los artículos 108, 109 y 110, en los que se ha conservado la alusión al padre y a la madre para regular, respectivamente, la filiación matrimonial —«...cuando el padre y la madre están casados entre sí»—, la determinación de los apellidos —«...el padre y la madre podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo apellido»— y la obligación de velar por los hijos aun cuando falta la patria potestad, que recae en el padre y la madre. Aun cuando podría haberse subsanado este error para estos tres preceptos, quizás carezca casi de importancia la referencia al padre y a la madre que realizan los artículos 109 y 110, en cuanto lo previsto por ellos resulta fácilmente extensible a todos los casos de paternidad ahora posibles.

² RDGRN de 5 de junio de 2006 (*JUR* 2007, 130356). «El principio de veracidad biológica que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación—concluye la resolución— se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer. (...). En definitiva, el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica solo puede obtenerse a través de todo el mecanismo de la adopción». Resolución comentada por RUBIO TORRANO, E. (2006). Madre no hay más que una, *Aranzadi Civil*, núm. 12, 2085-2087.

³ VERDERA SERVER, R. (2006), se refiere ampliamente a estos defectos normativos en Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez (dir.), J.J. Iniesta Delgado (coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*— Thomson/Aranzadi, 286 y siguientes.

⁴ Para LASARTE ÁLVAREZ, C. el hecho de que la LRA de 2006, que tuvo un paralelo tránsito parlamentario con la Ley 13/2005, no tuviera en cuenta esta a los efectos de igualar a las parejas homosexuales con las heterosexuales en lo concerniente a la filiación derivada de estas técnicas, es un «monumento más a la incongruencia y frivolidad normativas de algunos de nuestros ineфables parlamentarios y dirigentes políticos». (2017). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*, VI. Madrid: Marcial Pons, 315.

⁵ En sentido contrario, OCHOA, C./LLEDÓ BENITO, I., entienden que el artículo 7.3 LRA es aplicable tanto a las parejas casadas como a las que constituyan pareja de hecho estable. (2007). Comentario al artículo 7. Addenda, en F. Lledó Yagüe/C. Ochoa Marieta (dir.), Monje Balmaseda (coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Madrid: Dykinson, 428.

⁶ Como sostiene LAMM, E., la ley se quedó a mitad de camino. En opinión de esta autora, esta falta de contemplación de las parejas de mujeres no casadas es injusta, pues para las parejas heterosexuales es suficiente el consentimiento expresado en el documento sanitario. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, *Revista de bioética y Derecho*, núm. 24, enero de 2012, 84-85. Para BENAVENTE MOREDA, P., no existe razón que justifique el tratamiento de un régimen diferente para los varones que comparten la vida con la usuaria respecto de las mujeres que así lo hagan; la decisión por completo consciente del legislador resulta del todo incoherente. (2011). La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual, *ADC*, tomo LXIV, fasc. I, 115. También para TORAL LARA, E., esta limitación resulta injustificada, además de sorprendente. (2016). Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 323-324. En contra de la existencia de discriminación se manifiesta BARBER CÁRCAMO, R., para quien la imposible relación biológica fértil entre homosexuales justifica que el legislador excluya tales títulos de determinación de la filiación, que quedan sin base en estos casos. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 105.

⁷ En este sentido LAMM, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, *Revista de bioética y Derecho*, núm. 24, enero de 2012, 85. Igualmente, como puntualizan FARNÓS AMORÓS, E./GARRIGA GORINA, M., si la pareja de la gestante fallece durante la gestación o tras el nacimiento, el hijo no tiene en relación a ella ningún derecho (sucesorio a indemnización por muerte, por ejemplo); y si es la madre la que fallece antes de la constitución de la adopción, su pareja tampoco ostenta ningún derecho ni deber alguno respecto de la descendencia (2005). ¿Madres? Pueden ser más de una, *Indret*, 4/2005, 6. Como igualmente pone de manifiesto ALVENTOSA DEL RÍO, J., la convivencia de dos mujeres con los hijos de una de ellas ha sido una realidad que se ha desarrollado en muchos casos en perjuicios de los menores, que estaban integrados en dicha convivencia, y a quienes se atribuían todos los derechos de atención, alimentos y sucesorios en relación a su madre biológica pero ninguno respecto de la «madre» conviviente. «Así pues, la desprotección jurídica no afectaba solo a las mujeres convivientes, sino a los menores que se encontraban en el seno de esta convivencia». (2014). Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre (*RJ* 2013, 7566), *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio, 392.

⁸ En tal sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2007). La doble maternidad legal derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 85; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. (2014). Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo, *AC*, núm. 7-8, julio-agosto, 6; y BENEDITO MORANT, V. (2017). *La atribución de la filiación. Sistemas civil y canónico*. Barcelona: Atelier, 308.

⁹ A favor de esta interpretación flexible de la norma QUICIOS MOLINA, M.S. (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*, Pamplona: Aranzadi, 54-55.

¹⁰ Entiende VERDERA SERVER, R., que la manifestación de voluntad de la mujer de la madre gestante no requiere explícitamente que haya consentido previamente esa fecundación asistida, cuestión que se salvaría si se interpretase el artículo 6.3 LRA, que no ha sido modificado en 2007, en el sentido de requerir el consentimiento del cónyuge, sea varón, sea mujer, siempre que la mujer que vaya a someterse a estas técnicas esté casada y no conste su separación; aunque, para este autor, esta interpretación se topa con un obstáculo: el consentimiento del marido ex artículo 6.3. LRA se conecta con la presunción de paternidad, y esa presunción no existe respecto de la cónyuge de la mujer progenitora. (2006). Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson/Aranzadi, 286.

¹¹ Como puntualiza JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. (2014). Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo, *AC*, núm. 7-8, julio-agosto, 4.

¹² Así, las RRDGRN de 17 de abril de 2008 (*JUR* 2009, 388655), 14 de octubre de 2008 (*JUR* 2009, 443280), 24 de noviembre de 2008 (*JUR* 2010, 2732). La RDGRN de 22 de mayo de 2008 (*JUR* 2009, 389849) admite la inscripción incluso con el consentimiento prestado después de la Ley 3/2007.

¹³ En esta línea, sostiene BARBER CÁRCAMO, R. que la exigencia legal de declaración registral previa al nacimiento es coherente con la determinación de la filiación propia de la LRA, que excepciona el sistema de filiación del Código civil. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 108.

¹⁴ TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2010). El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil, *AC Jurisprudencia*, núm. 7, 12-13. Igualmente, TORAL LARA, E. (2016). Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 328.

¹⁵ Para QUICIOS MOLINA, M.S., el legislador no debió restringir la forma de prestarse el consentimiento al realizado ante el encargado del Registro Civil, sino extenderla al documento público otorgado ante Notario. (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*, Pamplona: Aranzadi, 51. En el mismo sentido, TORAL LARA, (2016). Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 327.

¹⁶ Observa ANDREU MARTÍNEZ, M.B., que de esta manera adquiere mayor participación la madre gestante, que puede plantear el problema, que no resuelve la norma, de qué ocurre en el caso de que exista conflicto entre ella y la madre de intención, si queriendo esta última asumir la maternidad, se opone la primera. Para la citada autora, aunque la norma parece permitir la inscripción con la oposición de madre biológica, el mecanismo no está claro. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la RDGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret*, abril, 12.

¹⁷ Para INIESTA DELGADO, J.J., al eliminarse el requisito temporal de la emisión del consentimiento, ya no se plantean las dudas que surgieron inicialmente respecto a los casos de divorcio o separación posteriores a la declaración pero previos al nacimiento, puesto que el momento de referencia para constatar la existencia de matrimonio es el de la declaración, que será posterior al nacimiento. (2017). La filiación derivada de las formas de reproducción asistida, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-familiares* (I). Pamplona: Aranzadi, 961.

¹⁸ ÁLVAREZ SARABIA, M. (2015). Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, julio, <http://revistas.um.es/analesderecho>

¹⁹ En opinión de TOMÁS MARTÍNEZ, G., este diferente trato podría ser considerado discriminatorio por razón de sexo, contrario al artículo 14 CE, salvo que hubiera una causa lógica y razonable en la que descance su razón de ser, que no se ve en este caso. (2010). El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil, *AC Jurisprudencia*, núm. 7, 8. Igualmente, PADIAL ALBAS, A. —(2009). La discriminación de la cónyuge y de la conviviente homosexual de la usuaria en la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, en M. T. Areces Piñol (coord.), *Estudios jurídicos sobre persona y familia*. Granada: Comares, 289-290—, y BENEDITO MORANT, V. (2017). *La atribución de la filiación. Sistemas civil y canónico*. Barcelona: Atelier, 305. En sentido contrario, QUICIOS MOLINA, M.S., para quien no existe discriminación debido a que la maternidad de la mujer no gestante no se presume, como la del marido, que se basa en una presunción biológica, (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*. Pamplona: Aranzadi, 50.

²⁰ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2014). Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concu-

rrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre (*RJ* 2013, 7566), *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio, 392.

²¹ Observa VERDERA SERVER, R. que el criterio del artículo 7.3 pretende ser paralelo al del 6.3 LRA, exigiendo que la madre esté casada y no separada legalmente o de hecho, pero en este precepto se exige un elemento adicional que de modo extraño no aparece en el artículo 7.3, pues según el artículo 6.3 la separación legal o de hecho debe constar de manera fehaciente, cosa que no se exige para los matrimonios femeninos. (2006). Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson/Aranzadi, 286. En opinión de DE LA IGLESIA MONJE, M.I., el legislador en ningún caso está pensando en la existencia de un consentimiento previo de la mujer o compañera de la usuaria; ni siquiera en el caso de que conjuntamente acuerden el uso de semen de donante se exige más que el consentimiento de la madre gestante. (2008). Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Navarra: Thomson-Civitas, 477. Para ANDREU MARTÍNEZ, M.B., la voluntad del legislador de reservar la doble maternidad a los matrimonios de mujeres es clara. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la RDGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret*, abril, 18.

²² Para ARECHEDERRA ARANZADI, L., se trata de una norma excepcional y de aplicación restrictiva, y no cabe mediante una interpretación extensiva de esa norma constituir una filiación. La génesis parlamentaria del apartado tercero del artículo 7 LRA prueba, en opinión de este autor, que la manifestación de consentimiento de la mujer no gestante no genera una filiación, sino que únicamente tiene razón de ser en el contexto al que se refiere la Ley. (2017). *Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación*. Madrid: Dykinson, 276.

²³ Así, como ya defendimos al momento de promulgarse la Ley 13/2005, la regulación de la LRA de 1988 podía salvarse realizando una interpretación extensiva de las normas en juego. De este modo, quizás podría haberse salvado a través de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005, a la que alude el último párrafo de su Exposición de Motivos ya mencionada: «Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes». La expresión «alguna referencia al matrimonio», ¿debe entenderse en sentido literal, esto es, cuando el texto normativo recoja la palabra «matrimonio», o también valdría que una norma se refiriera textualmente al binomio «marido y mujer»? Existen distintas posibilidades de dar respuesta a esta pregunta: a) entender que el legislador le ha concedido el mismo tratamiento a los artículos 6 y 8 LRA que a los supuestos de presunción de paternidad de los artículos 116, 117 y 118 del Código civil, deduciéndose que se trata de normas solo aplicables a parejas heterosexuales, lo que no parece probable; b) interpretar la subsistencia íntegra de la LRA como otro lapsus del legislador, que ha olvidado la reforma de estos preceptos como la de los artículos 109 y 110; c) con independencia de lo anterior, considerar que estos preceptos de la LRA se encuentran dentro de la previsión de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005 y, por tanto, que son aplicables a cualquier pareja con independencia del sexo de sus integrantes. Si consideramos aplicable a la LRA la previsión de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005, no existiría problema para defender que, cuando aquella Ley aludía al marido o al varón ha de entenderse como una referencia al cónyuge, sin distinción de sexo; claro que, en verdad, dicha lectura extensiva de la letra de la LRA tan solo puede realizarse en relación a la mujer cónyuge de la madre biológica, puesto que los hombres no pueden concebir y les está vedado acudir a la maternidad subrogada. Con apoyo en estos argumentos, esta solución podría servir a los efectos del consentimiento prestado por la mujer cónyuge de la madre biológica, pero difícil resulta extenderla al consentimiento que ha de prestar la mujer no casada, puesto que el artículo 8.2 LRA consideraba escrito indubitado, a los efectos previstos para el reconocimiento en el artículo 48 LRC, el documento

extendido ante el centro autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, y el legislador descartó la reforma de los artículos 48 y 49 LRC para admitir la figura del reconocimiento para determinar la filiación en las parejas del mismo sexo. Véase ZURITA MARTÍN, I. (2007). Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno-familiares», en J.V. Gavidia Sánchez (coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*. Madrid: Marcial Pons, 303-308; y (2006). Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres, *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 6427, 22 de febrero de 2006, 2006/1, 1475-1479.

²⁴ En este sentido, VERDERA SERVER, R. (2006). Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson/Aranzadi, 288.

²⁵ Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., se trata de un remedio a la inaplicación de la presunción de paternidad en caso de matrimonio heterosexual. (2007). Transexualidad, matrimonio entre personas de un mismo sexo y nombre, *Aranzadi Civil*, núm. 3. A GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M. le llama la atención que la norma no disponga que la madre gestante deba aceptar o pueda oponerse al consentimiento de su cónyuge a efectos de impedir la determinación de la filiación de la maternidad voluntaria. «No existe ningún tipo de contrapeso o control — sostiene — a la voluntad de la esposa declarante, máxime cuando la madre gestante, *ex lege*, puede someterse a la técnica sin el consentimiento de su mujer». Concluye la citada autora que la única forma en que la madre biológica podría impedir la determinación de la filiación a favor de su consorte sería abandonar el hogar conyugal para conseguir la separación de hecho y lograr la inaplicación del artículo 7.3 LRA. (2014). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 304.

²⁶ Como señala INIESTA DELGADO, J.J., el legislador ha preferido configurar la maternidad como una facultad de la madre no gestante, de tal manera que sin el consentimiento de esta resulta imposible imponer la filiación. (2017). La filiación derivada de las formas de reproducción asistida, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-familiares* (I). Pamplona: Aranzadi, 954.

²⁷ En tal sentido, QUICIOS MOLINA, M.S. —(2014). *Determinación e impugnación de la filiación*. Pamplona: Aranzadi, 49—, y JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., que concluye que en estos casos, en consecuencia, no será aplicable la doctrina jurisprudencial sobre la impugnabilidad de los reconocimientos de complacencia o que, en general, no se correspondan con la verdad biológica. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, 66. Redunda en ello BARBER CARCAMO, R.—. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 112-113—, que puntualiza que el carácter esencialmente voluntario de esta manifestación de consentimiento, no refrendado por dato biológico alguno, lo aleja del reconocimiento; y, precisamente por no ser tal, la declaración del cónyuge no se halla sometida a los controles del artículo 124 del Código civil. Para DÍAZ MARTÍNEZ, A., quizás el legislador haya querido excluir la vía del reconocimiento por basarse este en la verdad biológica, considerando que, en la práctica, tendrían los mismos efectos; pero en ambos casos podría admitirse como título de atribución de la filiación el consentimiento prestado a la utilización de las técnicas por la cónyuge, tanto por parte de un hombre como de una mujer, pues en los dos casos existe necesidad de donante, y no habría fundamento biológico que lo sustente. (2007). La doble maternidad derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 82. En el mismo sentido, ÁLVAREZ SARABIA, M. (2015). Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, julio, <http://revistas.um.es/analesderecho>, 11. Para GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M., el consentimiento determina por sí mismo la filiación, al nacimiento del hijo, sin necesidad de seguir un expediente al estilo de la filiación no matrimonial; por lo que se trata del reconocimiento de un *nasciturus* y, de faltar, solo se determinaría la filiación

no matrimonial de la mujer gestante. (2014). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 298-299.

²⁸ A pesar de ello, para PADIAL ALBÁS, A. resulta inexplicable este distinto tratamiento entre el cónyuge hombre y la cónyuge mujer, que no se produce en el Código civil catalán. En su opinión, este trato de la LRA es discriminatorio, y no puede impedir que la mujer casada, aunque no esté separada, pueda ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida. (2018). *La relación materno y paterno filial en el Derecho de Familias catalán*. Pamplona: Aranzadi, 40-41; y (2009). La discriminación de la cónyuge y del conviviente homosexual en la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, en M. T. Areces Piñol (coord.), *Estudios jurídicos sobre persona y familia*. Granada: Comares, 289. Para BENEDITO MORÁN, V., en el caso de que el marido no hubiera prestado su consentimiento a la inseminación homóloga, se debería determinar la filiación paterna por medio de la presunción de paternidad, para evitar que el hijo tenga que ejercitar una acción de filiación basada en la verdad biológica; el padre, entiende el citado autor, tendría derecho a reclamar a la madre los perjuicios materiales y morales. En el supuesto de falta de consentimiento a la fecundación heteróloga, no se determinaría en ningún caso la filiación paterna. (2017). *La atribución de la filiación. Sistemas civil y canónico*. Barcelona: Atelier, 315-316.

²⁹ Explica en este sentido QUICIOS MOLINA, M.S., que este título de atribución de la filiación matrimonial se une a la presunción de paternidad matrimonial, al reconocimiento de la paternidad o de la maternidad, a la resolución de un expediente registral de determinación de la filiación, a la sentencia judicial y, por lo que respecta a la maternidad por naturaleza, al parto con constancia del nombre de la madre (arts. 115, 118 y 120 CC). (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*. Pamplona: Aranzadi, 47.

³⁰ Muy gráficamente, INIESTA DELGADO, J.J. se refiere a esta nueva figura como «tierra de nadie», aunque mucho más próxima a la filiación adoptiva que a la natural. (2017). La filiación derivada de las formas de reproducción asistida, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-filiales* (I). Pamplona: Aranzadi, 952.

³¹ En opinión de OCHOA, C./LLEDÓ BENITO, I., aunque es evidente que el documento de consentimiento informado otorgado por ambas cónyuges facilitará una determinación de la filiación matrimonial, se dará poco juego a una presunción de paternidad, entendible en una relación heterosexual conyugal, pero inexistente en una relación de pareja del mismo sexo, en la que científicamente la generación del niño es verosímilmente cierta. (2007). Comentario al artículo 7. Addenda, en F. Lledó Yagüe/C. Ochoa Marieta (dir.), Monje Balmaseda (coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Madrid: Dykinson, 430. Para CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., el artículo 7.3 LRA parece haber incorporado en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial, distinto de la presunción de paternidad del artículo 116 del Código civil, aunque, claro está, supeditado al cumplimiento de determinados requisitos. (2017). La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida, AC núm. 4, abril, 4. En opinión de DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S., el artículo 7.3. LRA supone la no aplicación de la presunción del artículo 116 del Código civil, pese a lo preceptuado por el apartado segundo del artículo 44 del Código civil. El artículo 7.3 LRA —sostiene— vino a suplir esta deficiencia entendiéndose como un nuevo título de determinación de la filiación matrimonial distinto a la presunción de paternidad del artículo 116 del Código civil o a la resolución judicial firme que pone fin a un proceso en materia de filiación. «Es decir —concluye—, pese a que el legislador intentó reconducir el régimen de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción a la filiación natural entendida bajo los postulados del Código civil, la determinación de esta doble maternidad legal queda al margen de la misma entendida como salvedad que reconoce la propia LTRHA. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *InDret*, enero, 12. También en este sentido, BARBER CÁRCAMO, R. —(2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 115—, y JIMÉNEZ

MARTÍNEZ, M.V. (2014). Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo, *AC*, núm. 7-8, julio-agosto, 3.

³² Así lo entiende JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, 70 y sigs. Como señala BARBER CÁRCAMO, R., en ausencia de una decisión legislativa como la del artículo 8.2 LRA para el consentimiento del varón no casado, no cabe forzar hasta ese punto un título de determinación de la filiación que responde y encaja en un modelo totalmente distinto. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 116.

³³ INIESTA DELGADO, J.J. (2017). La filiación derivada de las formas de reproducción asistida, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-filiales* (I). Pamplona: Aranzadi, 964. En sentido contrario, VERDERA SERVER, R. (2006). Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson/Aranzadi, 290. Para DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S., sería posible el ejercicio de una acción de reclamación judicial de la maternidad basada en la voluntad de ser madre expresada antes del nacimiento del hijo, aceptando en el formulario médico la fecundación asistida de su pareja y manteniendo posesión de estado sobre este hijo desde el instante en que se emite dicho consentimiento hasta el momento del ejercicio de la acción de reclamación ex artículo 131 del Código civil. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *InDret*, enero, 30.

³⁴ Para mayor ironía, como ha llegado a observar JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., podría darse la paradójica situación de que la madre biológica —por haber aportado el óvulo— no sea la madre legal por no haber manifestado posteriormente su consentimiento, y, por el contrario, su cónyuge sí sea la madre legal pero no biológica, al haber gestado el hijo proveniente del óvulo de su esposa, ya que la maternidad de esta quedaría determinada por el parto. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, 70. Para el citado autor, este consentimiento tendría carácter constitutivo de la filiación respecto de la madre no gestante.

³⁵ Igual que no cabe, claro está, la impugnación de la maternidad legal así establecida con fundamento en su falta de adecuación a la verdad biológica, como apunta, siguiendo a QUICIOS MOLINA, M.S. —(2014). *Determinación e impugnación de la filiación*. Pamplona: Aranzadi, 49—, VAQUERO PINTO, M.J. (2017). La filiación matrimonial, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-filiales* (I). Pamplona: Aranzadi, 156. Ni siquiera sería admisible la impugnación por parte del hijo, como señalan INIESTA DELGADO, J.J. —(2017). La filiación derivada de las formas de reproducción asistida, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-filiales* (I). Pamplona: Aranzadi, 968— y DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2007). La doble maternidad legal derivada de las técnicas de reproducción humana asistida», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 90-91. A favor de la legitimación del hijo se manifiesta NANCLARES VALLE, J. (2008). Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2262-2263.

³⁶ Como observa BARBER CÁRCAMO, R., una aplicación literal del artículo 7.1 LRA conducirá a la inaplicación del artículo 7.3 LRA. (2010). Reproducción asistida y determinación de la filiación, *REDUR*, 8, diciembre, 28. Por otra parte, como ha puntualizado BENAVENTE MOREDA, P., la manifestación del consentimiento previsto en el artículo 7.3 LRA plantea una clara contradicción con lo previsto en el apartado 2 del citado precepto. Así, conforme a este último, en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación, y tal carácter quedará evidenciado desde el momento en que el nacido conste como hijo matrimonial de dos mujeres, puesto que el único supuesto en que ello es posible es en el uso de técnicas de reproducción asistida fecundada (2011). La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual, *ADC*, tomo LXIV, fasc. I, 100.

³⁷ En la práctica registral —después de la reunión de los jueces encargados de los Registros Civiles en el Consejo General del Poder Judicial en noviembre de 2009—, se facilita un documento que debe ser cumplimentado por las mujeres que hayan de prestar el consentimiento a los efectos de atribución de la filiación, al que ha de adjuntarse, entre otras cosas, un certificado del centro médico donde se practicó la técnica de reproducción asistida, donde conste que la madre no biológica prestó su consentimiento al uso de la misma por su cónyuge. Para TOMÁS MARTÍNEZ, G., a la vista de este documento puede afirmarse que el consentimiento, prestado *de facto* en todo centro médico debidamente acreditado, entra en el ámbito jurídico por la puerta de atrás mediante la posterior manifestación del consentimiento en el Registro Civil. (2010). El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil, *AC Jurisprudencia*, núm. 7, 11. En opinión de GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M., esta exigencia de los registradores es ilegal, pues no la prevé la ley, aunque su omisión por el legislador está justificada plenamente, ya que dicho consentimiento carece de valor alguno. (2014). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 301. Para BARBER CÁRCAMO, R., en caso de falta de acreditación del uso de la técnica de reproducción asistida no cabe la aplicación del artículo 7.3 LRA bajo sanción de nulidad del título, pues la ubicación de dicho precepto en una ley especial e incluso su carácter excepcional para las reglas de dicha ley, abonan que se tome como punto de partida esta exigencia. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 103.

³⁸ En tal sentido, NANCLARES VALLE —(2008). Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2249— y JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. (2014). Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo, *AC*, núm. 7-8, julio-agosto, 4. Para OCHOA, C./LLEDÓ BENITO, I., realmente lo importante es llevar a cabo la declaración una vez nacido el niño, aportando la cónyuge de la gestante como documento indubitable el consentimiento médico, pues admitir efectos a una declaración de voluntad anticipada supone un criterio perturbador de la propia seguridad jurídica. «Piénsese que la cónyuge de la gestante podría cambiar de criterio desde la formación de este peculiar consentimiento anticipado en la que el hijo no es más que un *conceptus* hasta el momento determinante de su efectivo nacimiento». (2007). Comentario al artículo 7. Addenda, en F. Lledó Yagüe/C. Ochoa Marieta (dir.), Monje Balmaseda (coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Madrid: Dykinson, 430.

³⁹ STS de 18 de enero de 2011 (*RJ* 2012, 1788).

⁴⁰ STS de 12 de mayo de 2011 (*RJ* 3280).

⁴¹ SAP Islas Baleares 5 diciembre de 2012 (*AC* 2013, 76).

⁴² Como ya adelantara VERDERA SERVER, R., teniendo en cuenta que los argumentos fundamentales esgrimidos por la citada RDGRN de 5 de junio de 2006 para excluir la posibilidad de la inscripción de la maternidad de la conviviente de la madre progenitora, estribaban en la falta de pronunciamiento al respecto por parte de la LRA y en la imposibilidad de una doble maternidad por naturaleza en el Derecho español, cabía prever que esa doctrina sería modificada admitiendo la aplicación analógica del artículo 7.3 LRA a los casos de convivencia estable entre dos mujeres o, simplemente, a los casos en que otra mujer, sin necesidad de que conviva *more uxorio*, desea ser considerada también como madre; no tendría sentido que esto se exigiera, cuando no se hace para el padre y la madre. Se refiere ampliamente a estos defectos normativos en Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson/Aranzadi, 285.

⁴³ STS de 5 de diciembre de 2013 (*RJ* 7566).

⁴⁴ Como señala ALVENTOSA DEL RÍO, J., aunque el TS considere que con esta fórmula se consigue la igualdad entre matrimonios homosexuales y heterosexuales, la exigencia de requisitos distintos para la atribución de la filiación de hijos nacidos por aplicación de las técnicas de reproducción asistida en ambos casos vulnera la efectiva igualdad perseguida por

la Ley 13/2005. 2014). Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre (*RJ* 2013, 7566), *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio, 395.

⁴⁵ A este respecto considera JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., la prestación del consentimiento para la práctica de la reproducción asistida, viene a superar a la posesión de estado y constituye causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista vínculo biológico. (2014). La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, marzo, 62.

⁴⁶ Para CALLEJO RODRÍGUEZ, C., el carácter absolutamente excepcional de la doble maternidad que se infiere del artículo 7.3 LRA, debería haber llevado a nuestros tribunales a realizar una interpretación restrictiva del supuesto en él contemplado, de manera que solo fuese admitido cuando se diesen los requisitos tasados por él mismo establecidos. (2014). La llamada doble maternidad por ‘naturaleza’: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora, *Diario La Ley*, núm. 8240, 396.

⁴⁷ Así, ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2014). Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre (*RJ* 2013, 7566), *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio, 396.

⁴⁸ Véase la crítica a esta sentencia de QUICIOS MOLINA, M.S. (2014). ¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida?, *CCJC*, núm. 95, mayo-agosto, 609-630.

⁴⁹ STS de 15 de enero de 2014 (*RJ* 1265).

⁵⁰ Para GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M., El Tribunal proporciona un concepto de familia muy objetable, hablando de «lazos familiares de facto», olvidando que la familia es una institución natural con origen en el matrimonio, la filiación o el parentesco, ninguna de cuyas circunstancias se producen en el caso enjuiciado. «El Tribunal Supremo debe recordar —concluye la citada autora— que la familia al ser una institución natural, no es una creación del Derecho, sino una realidad anterior a él, que no debe ser distorsionada por los cambios sociales ni por el consenso social, sino que debe ser protegida». (2014). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 314.

⁵¹ SAP Madrid de 12 de marzo de 2015 (*JUR* 108975).

⁵² En este sentido, CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., es particularmente crítica con esta resolución por su parquedad de fundamento, rayana —dice— en la ausencia, por la carencia absoluta de aportación en su argumentación jurídica, pues no contiene «ni un atisbo de razonamiento que justifique jurídicamente la posición de las recurrentes, ni tampoco argumentación alguna indicaria de un mínimo esfuerzo por rebatir la que se alberga en la resolución dictada por el encargado del Registro Civil. Tal circunstancia podría hacernos considerar que e motivo de fondo que ha determinado la decisión del Centro Directivo se localiza extramuros del ámbito jurídico...». (2017). La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida, *AC* núm. 4, abril, 6.

⁵³ En tal sentido se expresa CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., comentando la RDGRN de 8 de febrero de 2017. (2017). La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida, *AC* núm. 4, abril, 5. Para esta autora cabe concluir, en definitiva, «que la Ley del Registro Civil no regula la determinación de la filiación sino que en este aspecto se remite a lo ya establecido en el Código civil y en la Ley 14/2006, siendo precisamente esta última la que resulta de aplicación toda vez que es la única norma que prevé la doble maternidad con fundamento en una gestación mediante el empleo de las técnicas reguladas precisamente en la misma. De tal manera que el artículo 44.5 de la Ley 20/2011, no hace sino regular el reflejo registral de la filiación, su inscripción, que resulta determinada de conformidad con lo previsto en el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 —preceptos ambos que, como ya se apuntó, deben su redacción actual a la Ley 19/2015—. Si se acogiera la interpretación que pretende la recurrente se estaría dejando

absolutamente sin contenido el segundo de los preceptos mencionados que devendría por tal circunstancia en una norma de suyo innecesaria, al atribuirse preferencia a una norma adjetiva sobre la sustantiva y distorsionando, además, el ámbito natural propio de cada una de ellas». Como observa ANDREU MARTÍNEZ, M.B., entender que el artículo 44.5 LRC ha creado un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial en el caso de matrimonio de mujeres es muy arriesgado; más bien parece que la RDGRN ha querido hacer justicia del caso concreto obviando el artículo 7.3 LRA. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la RDGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret*, abril, 20.

⁵⁴ En tal sentido, LAMM, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, *Revista de bioética y Derecho*, núm. 24, enero de 2012, 87-90. Igualmente, PANIZA FULLANA, A., Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación, Aranzadi, Navarra, 2017, 31.

⁵⁵ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *Indret*, enero, 22. Para la citada autora, este precepto configurado como cláusula general plasma un concepto abierto que se concreta cuando se desciende al caso particular, siendo el mecanismo utilizado por los ponentes de ambas sentencias. En la STS de 14 de enero de 2014 «el juez lleva a cabo el mismo juicio de ponderación que haría si las circunstancias que rodeasen el ejercicio de la acción de reclamación del artículo 131 del Código civil se hiciese en el seno de una relación de naturaleza heterosexual, interpretando el Derecho de filiación bajo los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación, es decir, el juez no hace otra cosa que interpretar de forma flexible el ordenamiento en su conjunto para dar solución a una controversia no contemplada legislativamente. En ello consiste precisamente el mecanismo corrector de la cláusula general», *ob. cit.*, 23.

⁵⁶ BARBER CÁRCAMO, R. es muy crítica con el fundamento del interés del menor que utilizan el Tribunal Supremo en estas resoluciones. Para esta autora el recurso al interés del menor como criterio para la determinación de la filiación es ilegal y supone una vulneración del sistema de fuentes, pues su encaje no es este sino la protección del menor. La filiación —entiende— es algo muy distinto a una institución de protección de los menores, es algo mucho más amplio y más íntimamente ligado a la dignidad e identidad de la persona. «No se trata —concluye— de decidir quién puede ser el mejor padre o madre, sino quién lo es dadas las previsiones legislativas, dato ante el que el interés del menor resulta irrelevante, porque no se plantea en términos de elección». (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 129-130.

⁵⁷ STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 736). DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. Ilama la atención sobre esta sentencia, señalando que el Tribunal Supremo defiende la no concurrencia del interés superior del menor al considerar que esta cláusula general «no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma...», y se aparta de la línea jurisprudencial mantenida hasta ahora de forma constante por el Alto Tribunal, obviando la consideración del artículo 2 de la LOPJM como cláusula general que permita adaptar las soluciones a los criterios de la conciencia social, siempre en evolución. «El TS —concluye la mencionada autora— cae en contradicción al afirmar que el interés superior del menor es una cláusula general para seguidamente añadir que no puede contrariar lo previsto por una norma de Derecho Positivo». (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *Indret*, enero, 24.

⁵⁸ Como observa QUICIOS MOLINA, M.S., el artículo 44 del Código civil es irrelevante cuando de lo que se trata es de determinar legalmente una filiación matrimonial, ya que la filiación por naturaleza no es un efecto del matrimonio sujeto al principio de igualdad. (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*. Pamplona: Aranzadi, 64.

⁵⁹ Para ANDREU MARTÍNEZ, M.B. se debe regular un supuesto de filiación basada en la voluntad —más allá del uso de las técnicas— expresada por unos cauces específicos, tanto

para parejas casadas como no casadas, y sin acceso al régimen general de acciones de filiación tradicionales, basadas en la verdad biológica. Sería como un supuesto semejante al del artículo 118 del Código civil o al reconocimiento para parejas heterosexuales, aunque sin conexión con la verdad biológica. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la RDGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret*, abril, 31. Para VERDERA SERVER, R., una vez aceptado que tanto la maternidad como la paternidad puede determinarse por el solo consentimiento a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, y que la sola manifestación de voluntad de ser madre de la consorte de la madre gestante, no debería haber inconveniente jurídico en que la sola manifestación de voluntad del cónyuge del hombre que es padre, pueda hacer determinar la filiación del hijo biológico de su consorte a su favor. (2006). Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson/Aranzadi, 282, nota 184.

⁶⁰ Así lo expresa SILVA, S.A. (2017). Rompiendo moldes, ampliando derechos. ¿Las técnicas de reproducción humana asistida ‘monopolizan’ la pluriparentalidad?, *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos*, núm. 30, 11 de julio de 2017, 1-4. Véase también BRUNEL, T.F./HUAIS, M.V./COSTAMAGNA, R.T./VILELA BONOMI, M.V., en http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/BrunelHuais-y-otros_Pluriparentalidad.pdf

⁶¹ Pueden verse los supuestos fácticos de las resoluciones en SILVA, S.A. (2017). Rompiendo moldes, ampliando derechos. ¿Las técnicas de reproducción humana asistida ‘monopolizan’ la pluriparentalidad?, *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos*, núm. 30, 11 julio de 2017 1. Se puede consultar el texto de la *Family Law Act (SBC 2011— Chapter 25), section 30*, vigente desde 2013, en; [http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/-%20F%20-/Family%20Law%20Act%20\[SBC%202011\]%20c.%2025/00_Act/11025_03.xml](http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/-%20F%20-/Family%20Law%20Act%20[SBC%202011]%20c.%2025/00_Act/11025_03.xml)

(Trabajo recibido el 14-6-2018 y aceptado para su publicación el 19-9-2018)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La autorregulación en el Reglamento General de Protección de Datos como solución frente al mercado digital fragmentado: el menor y los Registros

Self-regulation in the General Protection Data Regulation as a solution to a fragmented digital market: the child and the Registries

por

MARÍA TERESA BENDITO CAÑIZARES

*Profesora Titular de Universidad,
Departamento Derecho civil, Facultad de Derecho, UNED*

RESUMEN: La oportunidad de desarrollar un nuevo marco normativo «no fragmentado» para la protección del nativo digital que hoy nos ofrece el Reglamento General de Protección de Datos personales a través de configurar una autorregulación no disponible sino vinculante, es un reto para el mercado digital, una forma de llegar a tiempo a todos los cambios ínsitos al mismo y una herramienta que propondrá la misma solución a los problemas y riesgos que se producen en el ecosistema digital del menor y que podrá propiciar la inevitable convergencia tecnológica.

Supone casi como convertir de forma paulatina e inteligente, las consensuadas, controladas y necesarias por la convergencia tecnológica soluciones

autorregulativas en *hard law* a fin de acabar con la fragmentación detectada en los sectores de las telecomunicaciones, del audiovisual y de la sociedad de la información en los que un menor interactúa. Esta fórmula novedosa de legislar a través del consenso de la industria del mercado digital propiciará la formulación de un futuro «CDC especial de Protección del Ecosistema Digital del menor» vinculante que armonice la normativa general concerniente al nativo digital. Además, la fórmula de los Códigos de Conducta se presenta en el RGPD como una oportunidad para la fijación de criterios que ponderen el interés legítimo de los interesados en el acceso a los Registros de la Propiedad y Mercantil. Solo hay que comenzar a planteárselo por el colectivo de Registradores.

ABSTRACT: The opportunity to develop a new, «non fragmented» regulatory framework for the protection of the digital native offered by the General Data Protection Regulation by enshrining the binding character of self-regulation is a challenge for the digital market, a way to deal at an early stage with all the changes connatural to it, as well as a means to provide a unified solution to problems and risks that may arise in the children's digital ecosystem and encourage the unavoidable technological convergence.

It implies gradually converting the consensual, monitored by the European Union self-regulations imposed by the technological convergence into «hard law», with a view to putting an end to the fragmentation found in the telecommunications, audiovisual and information society sectors in which children operate. This novel formula of legislating through consensus reached by those involved in the digital market industry may propitiate the formulation of a specific Code of Conduct for Children's Digital Ecosystem Protection, of a binding character, which harmonizes general rules applicable to digital natives. Furthermore, the "Code of Conduct formula" arises in the GDPR as an opportunity to lay down criteria to weigh the legitimate interests of those who intend to access the Real Estate and Mercantile Registries. It is only for the registrars to raise the question.

PALABRAS CLAVE: Armonización. Autorregulación. Datos personales. Menor digital. Códigos de conducta. Mercado fragmentado. Directiva. Reglamento General de Protección de datos. Convergencia tecnológica. Sectores digitales. Sector del audiovisual. Sector de las telecomunicaciones. Comunicaciones electrónicas. Sector de la sociedad de la información. Registro de la Propiedad. Registro Mercantil. Criterios de acceso al Registro. Interés legítimo. Interesados. Registradores.

KEY WORDS: Harmonization. Self-regulation. Personal data. Digital child. Code of conduct. Digital Marquet. Direct. General Data Protection Regulation.

Digital convergence. Digital sectors. Audiovisual. Telecommunications. Electronic communications. Information society. Real Estate Registry. Mercantile Registry. Criteria to access Public Registries. Legitimate interest. Registrars.

SUMARIO: I. UN MARCO JURÍDICO FRAGMENTADO EN EL ECOSISTEMA DIGITAL DEL MENOR.—II. *STATU QUO* DEL SECTOR DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DE LOS SECTORES DEL ECOSISTEMA DIGITAL DEL MENOR.—III. EL SECTOR DEL AUDIOVISUAL.—IV. SECTOR DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.—V. LA CONVERGENCIA TECNOLÓGICA EN LOS MARCOS REGULADORES DEL SISTEMA DIGITAL A TRAVÉS DE LA PROTECCIÓN DE DATOS Y DEL NUEVO ESCENARIO DE AUTORREGULACIÓN QUE DIBUJAN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 RGPD.—VI. ¿ESCAPAN A LA CONVERGENCIA TECNOLÓGICA QUE PROPORCIONAN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 RGPD, LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTIL?

I. UN MARCO JURÍDICO FRAGMENTADO EN EL ECOSISTEMA DIGITAL DEL MENOR

El marco jurídico de protección de la privacidad del menor en el ecosistema digital a la llegada del *Reglamento (UE) 2016/679¹*, *Reglamento general de protección de datos* (en adelante, RGPD), está más fragmentado si cabe que la fragmentación que la Comisión Europea ya había denunciado en el sector de la protección de datos personales en 2010² para cualesquiera interesados, adultos o menores, y que hoy recoge como justificación de su propia existencia en su CDO (9), aunque reconozca, como es natural, que «los objetivos y principios de la *Directiva 95/46/CE³, de Protección de datos* (en adelante, DPD), siguen siendo válidos». Es esta: «Las diferencias en el nivel de protección... del derecho a la protección de los datos de carácter personal ...se debe a la existencia de divergencias en la ejecución y aplicación de la Directiva 95/46/CE». Lo que trae como consecuencia «impedir la libre circulación de los datos de carácter personal en la Unión» y, por tanto, «puede [n] constituir un obstáculo al ejercicio de las actividades económicas a nivel de la Unión, falsear la competencia e impedir que las autoridades cumplan las funciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión»⁴.

La razón es que a dicha justificación ha de sumarse, en el caso de la protección del ecosistema digital del menor, y parafraseando el CDO (9) la existencia de divergencias en la ejecución y aplicación de las autorregulaciones, que se han ido produciendo a impulso tanto de la DPD como de otras Directivas por influjo de los programas europeos que lo contemplaban en particular en el desarrollo de

los tres sectores del mercado digital, a saber, el de las telecomunicaciones, los medios de comunicación y las tecnologías de la información, si empleamos la nomenclatura de la Directiva 2002/21/CE o Directiva marco ([CDO (5)].

Por ello, la Directiva, como herramienta legislativa que inicia la protección del ecosistema digital del menor y de cualquier usuario en los diferentes sectores del mercado, no logra una armonización apropiada, rápida, eficaz y común. El mercado, reconvertido en digital, necesita de soluciones globales para ser seguro y competitivo. El análisis de las traspósiciones realizadas en cada EEMM evidencia la falta de armonización de las piezas clave en la protección del ecosistema digital del menor, fundamentalmente, su edad para otorgar el consentimiento al tratamiento de sus datos particulares con la verificación para interactuar en los diferentes sectores y las diferentes herramientas para resolver el inevitable contacto con contenidos «inapropiados o no aptos»⁵ para su grado de madurez⁶.

Además, en el concreto campo del menor hay otras dos razones que han llevado a la fragmentación de su ecosistema digital:

Por una parte, el menor, nativo digital, nunca fue un actor de las nuevas tecnologías especialmente protegido en esta normativa general de protección de datos; es la sectorial que va desarrollando el mercado digital y principalmente, en los sectores de las comunicaciones audiovisuales y de la sociedad de la información, la que desde el principio se ocupa de su protección y tutela; y

Por otra, la ansiada protección digital del menor, si bien ha venido realizándose de forma paulatina, principalmente a través de códigos de conducta (en adelante, CDC), que han sido impulsados por la Unión Europea en los distintos sectores del ecosistema digital gracias al germen autorregulativo que introduce en sus programas y en por supuesto, la DPD, no puede ser calificada de «armonizada», todo lo más, de «armónica». Piénsese que dichas autorregulaciones tienen sus propias especialidades y características, no son CDC obligatorios para todos los actores del mercado y han ido evolucionando a sus impulsos; por lo que han acabado adoptando en los problemas básicos del menor, soluciones no vinculantes para todos y, a veces incluso, dispares.

En resumen, el acervo jurídico de protección del menor en su ecosistema digital en el momento en que se idea la elaboración de un futuro RGPD, cuyo histórico repasaremos, se encuentra fragmentado y transido de súper impulsos hacia el campo de la auto y/o co-regulación, en el afán de paliar que este colectivo vulnerable se vea lo menos perjudicado y lo más tutelado. La violación de sus derechos —se afirma comúnmente en los tres sectores digitales⁷— puede afectar a su futuro desarrollo, físico, mental y moral y a su futura estima social. De hecho, no es la primera vez que se daba cuenta la UE⁸ y hablaba de fragmentación de las especificidades del menor en el mundo digital, principalmente en el control parental, la calificación de contenidos y la denuncia de contenidos ilícitos y nocivos; fragmentación que necesita armonizarse pues los desarrollos regulativos y autorregulativos están dispersos y aplican diferentes medidas.

Aquí adelantamos algunas pinceladas de dicho histórico:

La profusión de programas y autoregulaciones que prestan atención al menor (luego se indican), desde el inicio de la andadura legislativa digital en la UE llevaron incluso a proponer tempranamente, por cierto, sin éxito, al Parlamento Europeo la elaboración de un proyecto de «Carta comunitaria de los derechos del niño»⁹ (*vid.* punto 7.1), indicando sus contenidos, por lo que este documento se llama con el nombre indicado. En concreto, en esta Resolución, se hacía expresa referencia a la protección del niño frente a la pornografía [(letra e)] y contra la explotación de la imagen del menor (punto 2) y a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor (punto 20)¹⁰.

Mucho más tarde, la *Agenda Digital para la Europa de 2010*¹¹ planteará para los niños una protección diferente basada en la autorregulación¹² (numeral 2.3 Confianza y Seguridad¹³) pues no le parece que fuera suficiente para el planteamiento de la protección del nativo digital la acción que plantea en ese mismo momento a través de futuro «Código de Derechos en línea de la UE» que incluyera una suerte de derechos como el derecho de expresión e información, el derecho a la protección de datos personales, el derecho a la intimidad, el derecho a la transparencia y servicios de Internet funcional y telefonía universal; derechos de los que se afirma se encuentran dispersos (*vid.* eYou-Guide¹⁴) y que no son muy comprensibles, pues el Código es, entre otras, predicable de cualquier usuario y no solo del nativo digital.

¿Por dónde discurre entonces la protección del menor digital? Preferimos¹⁵ responder a esta pregunta diciendo que, por la opción de la autorregulación, conocida desde 2006. En efecto, la realización de esta acción 2.3, que se previó a más tardar para el año 2012, corre paralela a otras capitales¹⁶ del punto 2.1.3 relativo a «crear confianza en el mundo digital» como la acción 1 o general relativa a «la revisión del marco regulador de la protección de datos» o la acción 5 más específica sobre la «creación de una plataforma y una marca de confianza en línea, en particular para sitios de venta al menor». Dicha Agenda digital se cobija bajo el paraguas de *La Estrategia Europa 2020 (2010)*¹⁷ con el nombre «iniciativa 3 de las 7 que prevé»¹⁸; esta acción 2.3 quiere combatir el 1.º de los 7 obstáculos que dicha iniciativa¹⁹ aborda y que denomina «curiosamente», «fragmentación de los mercados digitales».

En definitiva, creemos que es lógico empezar por la codificación de los derechos en línea, porque para llegar al «mercado único digital dinámico», uno de los aspectos fundamentales a desarrollar²⁰, es ganar certeza y protección en derechos de los consumidores y empresas y eso pasa por tener los mismos derechos y reconocerlos. No obstante, se sabe desde el principio que no será suficiente y por ello, se propuso en el campo concreto del menor el desarrollo y potenciación de iniciativas de autorregulación. Así, después, en el programa *Una Internet más segura (2009-2014)*, la autorregulación se indica como me-

dida núm. 9 del punto 2.2. de *Una Agenda de la Unión Europea en pro de los Derechos del Niño en 2011*²¹; es una acción específica²² para el tratamiento de los derechos del nativo digital en este nuevo mercado, que se produce y acoge de forma —diríamos— «natural» en dicha agenda puesto que ya desde 2006, Europa había planteado un tratamiento diferenciado de los derechos de los menores en su Comunicación *Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la Infancia* (COM (2006) 367 final); es decir, se habían sentado las bases de la protección del menor en estructuras que posibilitaban la alternativa de la autorregulación, como el Foro Europeo de los Derechos del Niño²³, su Grupo Director, el Grupo inter-servicios de la Comisión y el Coordinador de la Comisión para los Derechos del Niño.

Con estos antecedentes, el recurso a la acción de la autorregulación como antídoto contra la fragmentación del ecosistema digital del menor siguió siendo contemplada como adecuada, natural, idónea e incuestionable por nuestras instituciones europeas.

La Comisión, porque afrontó a medio plazo por impulso del Consejo²⁴ en *La Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños de mayo 2012*²⁵, esta inquietud de dispersión de la normativa sobre menores, teniendo claro que se ha de atender a sus particularidades específicas y su especial vulnerabilidad, a través de un nuevo ecosistema unitario de protección de sus necesidades, que dará preferencia a las autorregulaciones sobre la legislación actual (*vid.* punto 2) en los cuatro pilares a desarrollar y que son: 1) estimular los contenidos en línea de calidad para los jóvenes; 2) intensificar la sensibilización y la capacitación; 3) crear un entorno en línea seguro para los niños; y 4) luchar contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los niños²⁶.

Hay que darse cuenta de que, en 2012, fecha en la que se afirma en la estrategia la posibilidad de emplear el instrumento de la autorregulación, se aprobaba la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos Reglamento General de Protección de Datos, en adelante, PRGPD²⁷. En ella, se faculta a la Comisión para que decida sobre la validez general de los códigos de conducta (arts. 38 y 3.4.4.5. Sección 5, Códigos de conducta y certificación²⁸).

Así la decisión última del legislador europeo es de vincular a todos los EEMM no solo a una legislación de protección de datos con el empleo del Reglamento sino a un nuevo y esperado²⁹ escenario de autorregulación que van a dibujar sus artículos 40 y 41, en 2016.

La pregunta ahora pertinente es: ¿Son estos preceptos los que pondrán las piedras para la eficaz armonización del ecosistema digital del menor?

Verdad es que *a priori*, con la sola lectura del articulado «ocasional»³⁰ dedicado a los menores en el RGPD, podría calificarse de «tibia» la posición del legislador de protección de datos; piénsese que al fin y al cabo, en la adopción,

sobre todo del artículo 8 PRGD concerniente a la fijación de una única edad para prestar el consentimiento por el menor al tratamiento de sus datos personales cuando se le haga oferta de servicios de la sociedad de la información de forma directa «ex. art. 8», al final se fija una «cláusula techo», (la de 16 años por arriba a la que se adjunta la posibilidad de variarse en cada EEMM por una edad menor) que tendrá por abajo también su límite en la de 13 años³¹ o «cláusula suelo»³²; por lo que la deducción de dicha lectura sería la vuelta a la fragmentación del mercado en un tema tan principal como la edad del menor para prestar el consentimiento en el uso de las TICs.

Sin embargo, la línea autorregulativa que ofrece y que inicia, a nuestro modo de ver, una novedosa era de armonización, favorecerá que las soluciones que se adopten para la protección del menor en su ecosistema digital, sean más globales pudiendo llegar en corto plazo (y eso no es más que un deseo doctrinal que ya se ha expresado anteriormente³³), a la formulación de una norma independiente que tratara la protección del ecosistema digital del menor, reparando la actual fragmentación producida no solo por las Directivas que pretende superar el RGPD y que incluyen, ahora lo veremos, preceptos específicos para el menor, sino por los CDC relativos a los diferentes sectores de lo digital.

Repasemos pues el histórico del marco jurídico-digital del menor y acerquémonos al nuevo panorama de autorregulación que nos ofrece el RGPD por el que, cree y creemos, se propiciará la ansiada armonización.

II. *STATU QUO DEL SECTOR DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DE LOS SECTORES DEL ECOSISTEMA DIGITAL DEL MENOR*

La Unión Europea comienza la regulación de la protección de datos en 1995³⁴, con la Directiva 95/46/CE; a ella le sigue la Directiva 97/66/CE³⁵ que regula la protección de datos en el específico sector de las telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas³⁶ (denominada Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas³⁷). Es un sector que, al igual que el de los servicios de la sociedad de la información³⁸, al que también³⁹ se aplica la específica protección de datos prevista para telecomunicaciones, será de aplicación lógicamente la Directiva 95/46/CE⁴⁰.

Ni la DPD y ni la Directiva 97/66/CE que regulan la protección de datos y la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas respectivamente, hacen mención en particular a la protección de los datos personales de los menores, los cuales ni siquiera son considerados especiales⁴¹ «interesados»⁴². Acorde a ello, nuestra Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal⁴³ (LOPD) limita su ámbito de aplicación subjetivo al «afectado» o «interesado» a quien define como la «persona física titular de los

datos que sea objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo» [art. 3, letra e)]⁴⁴.

Está claro que la LOPD no sigue la intuición sobre protección de los datos de la infancia que su antecesora, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD, en adelante⁴⁵), al menos manifiesta en su Exposición de Motivos (punto 1, pár. 7), aunque no en su articulado. De los datos de los menores entre otros, como los relativos a la «vida académica», —afirma— que la facilidad de ser compilados y obtenidos gracias a la informática, podría permitir a quien dispusiese de ellos, acceder a un conocimiento cabal y ordenado de actitudes, hechos o pautas de comportamiento que no solo pertenecen a la esfera privada de las personas sino que pueden llevar a dibujar un determinado perfil de la misma, o configurar una determinada reputación o fama que a la larga puede resultar valorado, favorable o desfavorablemente para las más diversas actividades públicas o privadas, como pueden ser la obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinados colectivos.

La LOPD sigue en cambio, en su artículo 32 no solo a la obligada trasposición del artículo 27 DPD relativo a los CDC sino a la LORTAD en la regulación de los «Códigos tipo» del artículo 31 (de hecho este está reproducido literalmente de aquel); normativa autorregulativa de valor deontológico o de buenas prácticas profesionales que justifica en su Exposición de Motivos (pár. 6.º) alegando su debida necesidad en este sector de innovación tecnológica, el cual no puede desarrollarse ni con el pesado proceso de la Ley Orgánica ni con el de las Convenciones Internacionales, por mucho que el Convenio del Consejo de Europa núm. 108 (*Convenio núm. 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal*⁴⁶) —afirma—, hubiera sido modificado en varias ocasiones⁴⁷. Merece la pena reproducir estos pasajes:

«El inevitable desfase que las normas de derecho positivo ofrecen respecto de las transformaciones sociales es, si cabe, más acusado en este terreno, cuya evolución tecnológica es especialmente, dinámica. Ello hace aconsejable, a la hora de normar estos campos, acudir a mecanismos jurídicos dotados de menor nivel de vinculación, susceptibles de una elaboración o modificación más rápida de lo habitual y caracterizados por que es la voluntaria aceptación de sus destinatarios la que les otorga eficacia normativa. En esta línea la Ley recoge normas de autorregulación, compatibles con las recomendaciones de la Agencia, que evitan los inconvenientes derivados de la especial rigidez de la Ley Orgánica que, por su propia naturaleza, es inidónea para un acentuado casuismo. La propia experiencia de lo ocurrido con el Convenio del Consejo de Europa, que ha tenido que ser objeto

de múltiples modificaciones al socaire de las distintas innovaciones tecnológicas, de las sucesivas y diferentes aplicaciones —estadística, Seguridad Social, relaciones de empleo, datos policiales, publicidad directa o tarjetas de crédito, entre otras— o de la ampliación de los campos de utilización —Servicio telefónico o correo electrónico— aconseja recurrir a las citadas normas de autorregulación.

De ahí que la Ley acuda a ellas para aplicar las previsiones legales a los distintos sectores de actividad. Tales normas serán elaboradas por iniciativa de las asociaciones y organizaciones pertinentes y serán aprobadas, sin valor reglamentario, por la Agencia, siendo precisamente la iniciativa y participación de las entidades afectadas la garantía de la virtualidad de las normas».

Por lo dicho, para proteger los datos personales presentes en cualesquiera aspectos de lo digital, el legislador europeo y de nuestro país asume desde el inicio de su andadura legislativa, su incapacidad de dar respuesta inmediata y eficaz, por lo que ordena el ciberspacio, impulsando las autorregulaciones y desde nuestro punto de vista, aunque entonces pudiera no ser consciente de la caja de pandora que destapaba, lo cierto es que se abrirán las puertas a la regulación del ecosistema digital del menor, al menos, a través de CDCs sectoriales o tipos.

Pero no son los únicos, recordemos además que el artículo 27 DPD se desarrolla en paralelo a la senda autorregulativa norteamericana iniciada en el campo de la protección de la privacidad de la infancia en Internet, en 1998⁴⁸ con la *Children's Online Privacy Protection Act* (en adelante COPPA). En efecto, esta norma, inspirada como no podía ser de otra forma, en los principios americanos *Fair Information Practice Principles* (FIPPs) de 1973⁴⁹, recoge en su sec. 1304⁵⁰ intitulada *Safe harbors* o «puertos seguros», la posibilidad de llegar a una corregulación en dicho sector entre la industria y la *Federal Trade Commission*. De lo que se trata y ello lo expresaba de forma general su sec. 1303 (el parágrafo 312.1 del cap. 16 *Commercial Practices* que regula el campo de aplicación de la norma⁵¹), es de prohibir en general la recopilación de datos personales de los menores [para esta norma, la persona menor de 13 años, ex. sec. 1302. (1) o parágrafo 312.2 *Commercial Practices*], tanto por un operador de un sitio web o de un servicio en línea dirigido a menores como de un operador que tenga conocimiento fehaciente de que lo que está recopilando es información personal de un menor, sin la debida autorización legal, entre la que se encuentra, la parental [ex. 1303 (B9 (1) (li) o parágrafo 312.3 *Commercial Practices*].

En este ambiente podemos afirmar que desde mediados de los noventa, Europa, alejándose del C108 *Consejo de Europa* norma internacional por excelencia, dado el tiempo en que se produce y la temática que desarrolla, que no recogía

la protección especial de los menores ni la autorregulación), expande la idea ya conocida⁵² de impulsar la autorregulación y la lanza no solo en el ámbito de la protección de datos personales [testigo que naturalmente recoge el legislador español en los que denomina «códigos tipo» (*ex. art. 32 LOPD*) y más tarde, con el anuncio aunque sea como compromiso adicional, de «códigos de menores» el RD 1720/2007⁵³ (*ex. art. 74.2.c*)], sino en cualesquiera otras Directivas que se van sucediendo en los distintos sectores de lo digital; normas que contendrán la posibilidad de desarrollar esa otra forma de regulación para la protección de los usuarios nativos digitales o usuarios de Técnicas de Información y Comunicación (en adelante, nuevas tecnologías o TICs) menores de edad.

Pero la verdad es que debemos aclarar que este desarrollo del marco jurídico del menor se produce principalmente en los sectores de los servicios del audiovisual y de la sociedad de la información. Al sector de las telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas⁵⁴ le pasa lo mismo que a la DPD, esto es, no se preocupará por el menor hasta mucho más tarde, con la Directiva 2009/136 [CDO (9)] aunque incluye la idea de la autorregulación en 2002 (*ex. art. 33.2*)⁵⁵ con la Directiva 2002/22/CE⁵⁶; su diferente objetivo (atiende a la transmisión en sí y no a lo que se transmite⁵⁷), y que ya se ocupaban otros marcos jurídicos como el audiovisual, son razones más que suficientes⁵⁸ para despreocuparse del nativo digital. Será en 2009, con la Directiva 2009/136 [CDO (9)] cuando se establezca su conexión no solo con los menores⁵⁹ sino con otros vulnerables, en concreto, con los usuarios finales con discapacidad a los que quiere ofrecer un mercado amplio de productos y servicios con un acceso a los mismos equivalentes a cualquier otro usuario final [CDOs (12) y 36] y arts. 7 y 23. bis].

No obstante lo dicho, el sector de las telecomunicaciones no dejará de convergir⁶⁰ con los otros dos sectores en el tema de la seguridad de las redes, sobre todo en el uso de dispositivos de datos e identificación [por ejemplo, los llamados chivatos o *cookies*, *ex. CDO (66)*] o de códigos maliciosos [Directiva 2009/136 CDOs (1)-(53)], a los que se ha de vigilar en específico si se utilizan para la captación de la intimidad o de las acciones conformadoras de los perfiles de los menores.

En los sectores de los medios de comunicación y tecnologías de la información [CDO (5) DCE], que se van desarrollando casi al unísono de la DPD, aparecerán en seguida normas específicas para menores que son fruto de la preocupación europea (materializada, ya lo dijimos, en los distintos programas y acciones que se van sucediendo⁶¹), por controlar principalmente que no les lleguen contenidos inapropiados, por ilícitos o nocivos⁶² o simplemente, «no deseados» (incluida la publicidad o comunicación comercial específica de dichos sectores⁶³), provenientes de los medios audiovisuales digitalizados o del uso de las redes sociales e Internet y además, la incitación a la autorregulación de dichos sectores. De hecho, se focaliza dicha inquietud por los nativos digitales de aquellos años, por una parte, en impedir, en el ámbito de

los nuevos servicios audiovisuales y de la información (por su digitalización), que el menor pudiera acceder a contenidos nocivos para su edad, como la pornografía; y de otra, en propiciar el estudio de la seguridad de los niños en el uso de las TICs. Todo ello, contando, como veremos a continuación, con la herramienta autorregulativa.

III. EL SECTOR DEL AUDIOVISUAL

Será el sector del audiovisual⁶⁴ europeo el que a finales de los ochenta, se adelanta a ciertos documentos de su entorno que incitan a la «auto y/o corregulación» en esta materia (como la *Résolution nûm. 2 sur les libertés journalistiques et les droits de l'homme*⁶⁵ o la *Résolution nûm. 2 Repenser le cadre de régulation de médias*⁶⁶) y aborda en especial al menor con la Directiva 89/552/CEE, *de servicios de comunicación audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembro relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual* (en adelante, Directiva de servicios de comunicación audiovisual, o DSCA⁶⁷), indicando como interesante el camino de la autorregulación; pero ello no nos extraña, toda vez que este sector había alcanzado ya, a juicio del legislador de los servicios de la información, un «alto grado de integración comunitaria»⁶⁸.

Se ocupará la normativa de dotar a este sector de normas que prevén en específico que los contenidos que lleguen al menor a través de los llamados «servicios de comunicación audiovisual», [entre los que están tanto la emisión de radiodifusión televisiva⁶⁹ (incluye los contenidos⁷⁰ o programas de los que dice son comparables a la forma y contenido de la radiodifusión televisiva⁷¹), como el servicio de comunicación audiovisual a petición [art. 1.a).i], definidos en las letras e) y g) art. 1) Directiva 89/552/CEE⁷²] y en los servicios de comunicación comercial audiovisual [*ex* art. 1.a).ii], en los que incluye la publicidad televisiva, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto pues son, entre otras, formas de comunicación comercial audiovisual según el artículo 1.h) de la Directiva 89/552/CE], sean no solo aptos (art. 3 sexies. e) Directiva 89/552/CEE⁷³) sino que preserven la utilización de su imagen, a fin de evitarle un perjuicio moral, físico o mental (3 nonies⁷⁴ Directiva 89/552/CEE)⁷⁵. Fue además uno de los esfuerzos de la norma europea que los prestadores de servicios de comunicación comercial audiovisual consensuaran CDC respecto a la publicidad inadecuada que acompañe a los programas infantiles (art. 3. sexties.2).

Acorde con la DSCA 89/552/CE, la norma española que la traspone, la Ley 25/1994, de 12 de julio, recoge en su Cap. IV intitulado «de la protección de los menores», la debida tanto frente a la publicidad como a la programación (arts. 16⁷⁶ y 17⁷⁷).

En el mismo año, 1994⁷⁸, sin responder a trasposición alguna, pero con la finalidad, entre otras —dice su Exposición de Motivos—, de equiparar la obra cinematográfica española a la europea⁷⁹, se regula el cine de forma independiente a la obra audiovisual en Ley 17/1994, de 8 de junio, de Protección y Fomento de la Cinematografía⁸⁰, aunque se recuerde que este forma parte del sector audiovisual⁸¹. Gana la independencia de este subsector que no el recuerdo, ya que desde la Orden de 30 de junio de 1983 sobre calificación de películas cinematográficas⁸² (cuyo desarrollo reglamentario dejó vigente la Ley 17/1994, cuando deroga la anterior Ley 1/1982, de 24 de febrero y que prácticamente copia la calificación de la obra cinematográfica de la Orden de 7 de julio de 1997 por la que se dictan normas de aplicación del Real Decreto 81/1997, de 24 de enero, en las materias de cuotas de pantalla y distribución de películas, salas de exhibición, registro de empresas y calificación de obras cinematográficas y audiovisuales⁸³), la calificación por edades de películas de cine y de televisión irán cada una por su lado. Tendremos que esperar a 2002, al artículo 2 RD 410/2002 que desarrolla la Ley 22/1999 (art. que derogó a su vez, la Ley 25/1994), para ver la misma calificación por edades en los dos subsectores de lo audiovisual, aunque la norma reglamentaria afirme que en la adopción del sistema de calificación y señalización por edades de los programas televisivos se inspira en el Convenio de Autorregulación de 21 de octubre de 1999⁸⁴. Quizás lo dijera porque tenía en mente, como explica su Texto (*vid. párr. 6.º*), la operatividad incompleta que el CDC citado padecía por falta de adhesión de ciertos operadores de TV, la cual había que salvar porque el fin del Convenio y de la Orden era asegurar a padres y responsables una información orientativa sobre la idoneidad de los programas de televisión para los menores.

Lo cierto es que la coincidencia entre lo cinematográfico y televisivo respecto a la clasificación de sus productos concernientes al «conjunto del audiovisual», [si utilizamos ahora la terminología del Preámbulo Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine o Ley Sinde⁸⁵ (párr. 5.º)], durará solo ocho años. En 2010 la Orden CUL 314/2010 conforme a la disposición adicional segunda del RD 2062/2008 (que desarrolla la Ley Sinde), adopta una nueva calificación de las edades, introduciendo dos nuevas (12 y 16 años).

La razón de esta diferencia de regulación de obras cinematográficas y audiovisuales podría justificarse apelando al histórico respeto que ambas normas de 1994 se han procesado y expresado, como en el artículo 17.3 Ley 22/1999, o en el artículo 8 Ley 55/2007. Pero la verdad es que las calificaciones por edades han sufrido vaivenes y desarmonías que son debidas a la falta de acuerdo entre el Instituto de la Cinematografía y las Artes Audiovisuales (ICAA) del Ministerio de Cultura y el Ministerio de Industria, órganos encargados de calificar las obras; vaivenes o disparidad de criterios que hasta 2015 ni la autorregulación por excelencia, el *Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia* (en adelante, CACTI), ha podido remediar⁸⁶. Será la Comisión Nacional

de Mercado y la Competencia (en adelante, CNMC), la que asumiendo un rol parecido a lo que en otros países se denomina el «Consejo Audiovisual», sienta unos criterios orientativos sobre la clasificación de los contenidos audiovisuales que han asumido todos los concernidos⁸⁷.

Pero contemos la historia desde los años 90, porque en dicho periodo hay que mencionar que la lucha contra contenidos ilícitos y nocivos se plasma en la entonces Comunidad Europea⁸⁸ también en tres documentos desgranados del *Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información* aprobado por la Comisión el 16 de octubre de 1996: la *Resolución para impedir la difusión de contenidos ilícitos en Internet*, de 27 de septiembre de 1996, del Consejo de Telecomunicaciones, que atendía especialmente al problema de la pornografía infantil; la *Resolución sobre Contenidos ilícitos y nocivos en Internet* de la Comisión, de 17 de febrero de 1997, que es general y que fue favorablemente acogida y aprobada por el Consejo y los representantes de los gobiernos de los Estados Miembros; y la *Recomendación 98/560/CE* de 24 de septiembre de 1998⁸⁹ del Consejo que es digamos el punto de partida de la autorregulación en el sector del audiovisual de menores porque no solo es la que por primera vez se ocupa en concreto de las disposiciones sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet en relación a los menores sino que ya contempla la posibilidad de un «*marco nacional de autorregulación*» de esos contenidos y marca las directrices para llevarlo a cabo. En efecto, recomienda (I) «que los Estados miembro favorezcan un clima de confianza que contribuya al desarrollo de la industria de servicios audiovisuales y de información, (I.) fomentando, como complemento del marco regulador, el establecimiento de marcos nacionales de tipo voluntario para la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información en línea y (II) el establecimiento de un marco nacional de autorregulación por parte de los operadores de servicios en línea⁹⁰.

Por lo tanto, su II Recomendación atiende por una parte a «que las industrias y partes interesadas colaboren en la elaboración de códigos de conducta para la protección de los menores y la dignidad humana aplicables a la prestación de servicios en línea, entre otras cosas para crear unas condiciones favorables al desarrollo de nuevos servicios»; y de otra, a que se establezca nada menos ni nada más que un «*marco nacional de autorregulación*», debiendo —como dice— ambas recomendaciones, tener en cuenta los principios y la metodología descritos en el anexo e intituladas «*Directrices indicativas para la aplicación, a escala nacional, de un marco de autorregulación para la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información en línea*»⁹¹.

Un poco posteriores, del 2000, son el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones», *Principios y directrices de la política comunitaria en el sector audiovisual en la era*

digital (2001/C 14/22) y las «Conclusiones del Consejo de 6 de junio 2000»; ambos condensan la política audiovisual con clara atención al menor según la Directiva 2002/21/CE o Directiva Marco [CDO (6)]; posteriormente, cuatro años antes que la propia Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual [CDO (12)] Directiva 2010/13/UE, la Recomendación 2006/952/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea continua la Recomendación 98/560 *ut supra* indicada, y apunta como «medida positiva en favor de menores»: la adopción de una mayor cooperación entre los organismos reguladores, autorreguladores y correguladores de los Estados miembro y el fomento e intercambio de las mejores prácticas relativas a cuestiones como el establecimiento de un sistema común de símbolos descriptivos o de mensajes de aviso que ayuden a los usuarios a evaluar el contenido de los servicios; esto es, lo esencial en lo que se luchará en este sector.

Por lo narrado, no es pues extraño que, en este ambiente de los noventa, comiencen a aparecer algunos textos autorregulativos y que España —se pueda decir— se estrene este sector⁹² con el ya mencionado Convenio de Autorregulación de 21 de octubre de 1999. Es fruto de la semilla que planta la Ley 22/1999 que en principio podría calificarse de «incompleta» ya que deja a su específica regulación la obra cinematográfica, y no cubre, por tanto, todo lo que no se llamó hasta la Ley Sinde de 2007, «el conjunto del audiovisual». Este Convenio de Autorregulación se ocupará de establecer un sistema de *señalización de clasificación* de programas de televisión en función del grado de «idoneidad» para menores y será respetado por el CACTI, autorregulación adoptada desde el 9 de diciembre de 2004 entre las principales cadenas de televisión españolas y el Gobierno, que aunque se podría decir que se «positiviza» en 2010 con la Ley 7/2010 General de Comunicación audiovisual (LGCA) por impulso una vez más de la Directiva europea 2007/65, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (DGCA), fue un CDC que nace con un alcance limitado a las cadenas estatales; nace, sin embargo, al amparo del Mandato-marco a la Corporación RTVE previsto en el artículo 4 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de radio y televisión de titularidad estatal, (el cual establece en su artículo 16 la adecuación de la programación de RTVE a las prescripciones del CACTI), y finalmente recobra importancia gracias a los criterios de clasificación de programas que ha establecido la Comisión Nacional de Mercado y la Competencia (en adelante, CNMC) por virtud de la Resolución por la que aprueban los criterios orientadores para la calificación de contenidos audiovisuales⁹³ pues prácticamente son una copia.

En el cine, formando parte del ecosistema del audiovisual, (recuerden el párr. 5.^º de su Preámbulo), se desarrolla, antes que el CACTI, un *Código Ético sectorial de publicidad en Cine de 10 de mayo de 2000*⁹⁴, (en adelante, CE-

PEC) por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL), que recoge una especial protección de los menores (*ex. art. 5 o 6 del nuevo CEPEC intitulado «publicidad en cine y protección de menores»*) y que iguala, tanto la publicidad de cualquier producto⁹⁵ como la de películas (trailers o avances); como no podía ser de otro modo, los principios que recoge el artículo 5.1, hoy el 6.1, como la calificación obtenida en el Instituto de Cinematografía y de Artes audiovisuales (ICAA) por el largometraje al que acompañan (*ex. art. 8, hoy 9.1*), respectivamente. La evolución de este subsector por el reciente Real Decreto 1084/2015, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley Sinde 2007, hace que se haya modificado recientemente el ahora denominado Código Ético de Publicidad en Cine en 2016 (CEPEC 2016), que se firma por las principales agencias de publicidad cinematográficas y que mantiene prácticamente el Cap. III del CEPEC 2000.

De momento, baste aquí solo mencionar que no entramos a la valoración de estos CDC como *hard* o *soft law*⁹⁶, pero que la valoración de su eficacia pasa primero por el estudio de su cumplimiento⁹⁷ y por la exigencia de armonización de la señalización de la clasificación armonizada que aún siguen inarmónicos, fleco que todavía no queda claro.

La conclusión general a la que nos lleva este histórico del sector del audiovisual es que todavía no se ha llegado a la formulación de un marco común europeo de autorregulación que es a lo que aspiraba la *Recomendación 98/560/CE de 24 de septiembre de 1998 y que luego insiste la Recomendación de 2006/952/CE*. Sugerimos que para llegar al marco común específico del menor audiovisual se retomen las «Directrices indicativas para la aplicación, a escala nacional, de un marco de autorregulación para la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información en línea», que recordemos, ya han sido utilizadas para valorar el Código de Confianza Online de AUTOCONTROL y que en el actual escenario de autorregulación que nos presenta el RGPD podrían servir para evaluar sin problemas por la Comisión los CDC de los EEMM. Es conveniente a pesar de que en nuestro país por virtud de la LGCA ha sido posible llegar a unificar los criterios de clasificación de contenidos digitales que es lo primordial en este sector y la última verificación del CACTI por la CNMC⁹⁸ de 2015⁹⁹.

IV. SECTOR DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Al mismo tiempo que se desarrolla el sector del audiovisual o de los medios de comunicación, para propiciar la seguridad de los niños en el uso de las TICs, se inaugura en Europa en 1998 el primer *Plan de acción para la utilización más segura de Internet-Safer Internet*, pensado para el periodo 1998-2004. Fue

un plan que en aquel tiempo corre en paralelo con el *Programa eEurope-Una sociedad de la información para todos 2000-2003* y que estaba pensado fundamentalmente para difundir las TICs entre los europeos.

Ambos Planes, concentraban la seguridad digital en la red de líneas directas y el estímulo de la autorregulación. Así, el Plan de Acción 1998-2004 fue prorrogándose hasta la actualidad con sucesivos programas plurianuales¹⁰⁰, de los que saldrán más tarde cuatro documentos autorregulativos importantes en cuanto al menor se refiere: el *Code of conduct Safer use of mobile phones and services by younger teenagers and children* de 2008 (en adelante, *CDC 2008*), el *Safer Social Networking Principles for the EU* de 10 febrero 2009 (en adelante, *Principios 2009*), la Declaración de intenciones *A better Place for kids* de 2011¹⁰¹ y los *Principles for the Safer Use of Connected Devices and Online Services by Children and Young People in the EU* 2012 (en adelante, *ICT Principles o TIC Principios 2012*). En el Plan de acción, sus programas y sus prórrogas se puede leer, como parte de sus objetivos, «crear un entorno más seguro por medio de una red europea de líneas directas (*hotlines*) y el fomento de la autorregulación y la adopción de códigos de conducta». De hecho, al tercer programa pensado para el periodo 2009-2013, remite la Comisión en 2011 al establecer la Medida, núm. 9 del punto 2.2. de la Comunicación *Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño (COM [2011] 60 final)* que ya señalábamos antes, cuando aborda las medidas a adoptar para la protección de los niños como personas vulnerables frente a las nuevas tecnologías, lo conecta con su cooperación con el sector a través de iniciativas de autorregulación.

Ahora bien, mientras llegaban esos documentos, la expansión de la autorregulación se inicia legislativamente con el artículo 27 DPD, la cual se refleja dentro del sector de los servicios de la sociedad de la información¹⁰² a nivel español, en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSI-CE¹⁰³), cuando, incorporando el artículo 16.1.e) de la Directiva de 2000/31/CE sobre comercio electrónico¹⁰⁴, hace referencia a que los CDC «podrán tratar en particular los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas» (art. 18.1) y a la protección específica de los menores a través de los CDC (ex. art. 18.2) de los que habrán de posibilitarse su consulta por vía electrónica y su difusión a través de su traducción [arts. 10.1.g) y 18.3].

Pero adviértase que antes de dicha norma europea, las industrias españolas de comercio electrónico y de publicidad, que nacen inevitablemente convergiendo al igual que se refleja en el contenido de la DCE, (por la sencilla razón de que el comercio *on line* necesita la publicidad para su desarrollo), comienzan su andadura en el mercado con ciertos CDC. De las entonces existentes, destacaremos cuatro Asociaciones españolas cuyas autorregulaciones siguen teniendo trascendencia en el panorama nacional y europeo: la Asociación Española de

Comercio Electrónico (en adelante, AECE), la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (en adelante, AUTOCONTROL), la Asociación Nacional de Empresas de Internet (en adelante, ANEI) y la Asociación de Usuarios de Internet (en adelante, AUI) ya que todas ellas comienzan a autodotarse de una regulación sobre dichos campos, participando unas con otras de los cambios que se van operando en su sector industrial.

En publicidad, AUTOCONTROL, ya había elaborado el *Código de Conducta Publicitaria* pues fue presentado el 19 de diciembre de 1996 y además, ya estaba en cierres el *Código Ético de Confianza Online*¹⁰⁵ (en adelante, COECO) que fue presentado públicamente el 28 de noviembre de 2002 (entra en vigor, en enero de 2003, esto es, poco después de la trasposición de la DCE). Pero es que ya AUTOCONTROL había participado en la modificación del primer Código sobre comercio electrónico denominado *Código Ético de Protección de Datos Personales en Internet de 1998* debido a AECE, por el que se deroga su primer CDC denominado *Código Ético de Publicidad en Internet* también de 1996 y en el que, a lo que ahora nos importa, disponía en su artículo 13: «Para recoger datos o comunicarse Online con menores, las empresas anunciantes deberán tener en cuenta la edad, el conocimiento y la madurez de su público objetivo».

Esta misma Asociación propiciará por una parte y a partir de 2005, CDC sectoriales referentes al menor y participará por otra, en el movimiento europeo autorregulativo de potentes asociaciones, como EASA¹⁰⁶ y FEDMA que lanzarán sus CDC europeos de marketing y comercialización directa. Así, dejando aparte los que ya hemos tachado de más antiguos en el sector del audiovisual, esto es, el *Convenio de Autorregulación 1999* y el *CEPEC 2000* relativo al cine, los Códigos de AUTOCONTROL atenderán a diversos aspectos de la publicidad del menor como la publicidad de alimentos y bebidas dirigidas a menores (Código PAOS) y los productos del software interactivo como los videojuegos (Directrices sobre las Buenas Prácticas en la Publicidad de Productos de Software Interactivo de 2005¹⁰⁷, que sigue al llamado *Código europeo PEGI*¹⁰⁸ 2005; el *Código de publicidad de juguetes infantiles* (Código CAPIJ) es muy posterior, concretamente, de junio de 2010¹⁰⁹. Todos ellos funcionan con la vista puesta en los dos grandes CDC de AUTOCONTROL mencionados y entre sí existen indudables relaciones, que se van a ir reflejando no en tablas de derogaciones, como sería de esperar si estuviéramos ante normas jurídicas, sino en lo que denomina el CAPJI, «inspiraciones».

Los dos CDC generales de AUTOCONTROL que siguen estando en vigor, son los señalados más arriba: el *Código de Conducta Publicitaria* de 1996 cuya *última versión* es de *abril de 2011*, y cuya letra E.- se dedica a la protección de niños y adolescentes; y el *Código Ético de Confianza Online* (COECO), que fue modificado en febrero 2015 debido a las que sufrió tanto por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, como por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. El COECO 2015 consagra su título V específicamente a la protección de los menores, recogiendo los mismos artículos que el anterior Código de AECE¹¹⁰ y adoptando en su parte relativa al comercio electrónico la misma estructura que ofrecen los artículos 23 a 29 LSSI-CE. Su última versión es de mayo 2018 pues recoge las modificaciones introducidas por el RGPD y sigue manteniendo el Título V¹¹¹.

APTICE, tenía en los noventa, al igual que AUTOCONTROL, el *Código de Conducta APTICE* del que destacaremos sus principios 4 y 5 y el Anexo I. El Principio núm. 4 sobre «Protección de datos de carácter personal», dedica sus puntos 12 y 13 específicamente al menor y a los discapacitados. El punto B. del Principio 5 trata en específico de la Protección de los menores. Además, en el Anexo I al CDC establece un elenco de definiciones interesantes sobre *cookies*, spam, menor de edad, contenidos ilícitos y nocivos, cláusulas tipo para la obtención del consentimiento de los afectados al tratamiento o cesión de sus datos y SSI. Más adelante, este Código será sustituido por el *Código de Conducta denominado OPTIMA WEG*, aprobado por la COMUNIDAD DE MADRID¹¹² en su resolución de 9 de marzo de 2012; y a pesar de que en este CDC se incluyen apartados importantes sobre los menores, a saber, la sección 2.3 sobre «Protección de menores», del Cap. II intitulado «Contenidos recomendados» y la sección 5.3 sobre «Protección de datos personales de menores» dentro del capítulo V intitulado «Privacidad y Protección de datos», no ha podido competir con el sello de Confianza ONLINE de Adigital¹¹³.

En suma, en el sector del comercio electrónico, como hemos apuntado más arriba, las distintas asociaciones de nuestro ámbito territorial, que comienzan a desarrollar a mediados de los 90 CDC, no se olvidan de los usuarios menores de edad¹¹⁴.

Tras lo dicho, lo importante a tener en cuenta es que no por tener autorregulación *made in Spain*, nuestra industria publicitaria y del comercio electrónico deja de participar en el movimiento europeo de elaboración de CDC atinentes a la comercialización directa o marketing directo o comercio electrónico como el *Código de conducta europeo sobre la utilización de datos personales en la comercialización directa o European Code of Practice for the Use Personal Data in Direct Marketing de 2000 de la Federation of European Direct Marketing (en adelante, la FEDMA)*¹¹⁵, al que llamaremos «Código FEDMA 1»¹¹⁶ y el *Code on e-commerce & interactive marketing*, al que le asignaremos con el nombre de «Código FEDMA 2». Ambos CDC, dedicados el primero al marketing directo¹¹⁷ y el segundo al comercio electrónico, solo pueden entenderse o leerse¹¹⁸, como sus ámbitos objetivos indican, de forma conjunta; ambos son del año 2000 y en este histórico debemos señalar que son verdaderas corregulaciones pues fueron bendecidos por el Grupo de Trabajo del artículo 29 de la DPD (en adelante, GT29¹¹⁹) y de este modo, se fueron adaptando a las exigencias del mismo en

la evaluación a la que fueron sometidos. Así el Código FEDMA 2 fue el que tuvo que recoger en su «sección 6» los principios que construyen la protección específica de los datos del menor frente a la publicidad electrónica, principios que son recogidos luego por los Códigos que nacen en el sector de la publicidad español; el FEDMA 1 recibe en 2003 la bendición pero el Informe 3/2003 GT29 pero no incluyó la protección específica de los menores en actividades en línea hasta junio de 2010, fecha en que se complementa con un Anexo¹²⁰. Así, dentro de la estructura del Código de conducta europeo de comercialización en línea, hay una sección 6.^a dedicada a «Disposiciones específicas para proteger a los menores» donde trata la protección de los menores en actividades en línea. Más tarde, el GT29 dio en su Dictamen 4/2010 de 13 de julio, su visto bueno al Anexo pues —dirá en su conclusión— cumple con los requisitos del artículo 27 Directiva 95/46/CE, aunque advirtió que en el futuro debería adaptarse al marco jurídico que resulta de la modificación de la Directiva 2002/58/CE realizada por la Directiva 2009/136/CE y, principalmente, en lo relativo a los dispositivos electrónicos o *cookies*.

Atiéndase también a que no solo los Códigos de Conducta mencionados y nacidos en Europa van modificando su contenido en función de las opiniones del GT29; como corregulación que son, deben de adaptarse a los inevitables movimientos que los sectores de lo digital padecen, no solo por su adaptación a las normas que dentro del sector son identificables sino a las de los demás sectores porque la convergencia tecnológica hace que se estrechen más aún si cabe y así, se evidencie cada día más (lo vemos ahora) su deseada armonización.

Ejemplo de la adaptación y a la vez convergencia a la normativa del audiovisual que experimenta Europa, es que la Ley 7/2010, por impulso una vez más de la Directiva europea 2007/65, regula el derecho a la autorregulación del prestador del servicio de comunicación audiovisual en su artículo 12. La actual «Directiva de servicios de comunicación audiovisual» núm. 2010/13/UE, de 10 de marzo de 2010, sigue insistiendo en la autorregulación para la complementariedad en el ámbito de lo audiovisual del Poder legislativo europeo y el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo¹²¹. En lo relativo a la comunicación comercial televisiva, vuelve a aclarar en su Exposición de Motivos que las reglas de uniforme aplicación establecidas han de convivir con el derecho de autorregulación del prestador del servicio de comunicación audiovisual del artículo 12¹²².

Dos ejemplos del subsector de la publicidad que corroboran lo que decimos acerca de la convergencia tecnológica son el Código EASA/IAB y la última versión del COECO:

El Código EASA/IAB denominado *The Best Practice Recommendation for Online Behavioural Advertising* (OBA) o Recomendación de mejores prácticas sobre publicidad comportamental en línea, abril de 2011, en el que la FEDMA también participó, no hace sino recoger ya lo que en el seno de las telecomu-

nificaciones dos años antes se gestaba. Este sector acaba convergiendo con los otros dos cuando intenta el desarrollo de la seguridad en las redes pues trabaja la seguridad desde estos dos ámbitos:

El primero, intentando ganar la transparencia que el mercado de las comunicaciones electrónicas necesita so pena de violar la privacidad de los usuarios; esto es, exigiendo un nivel de información del uso de los servicios de comunicación a las empresas que los ofrezcan e insistiendo en que las autoridades deben estar facultadas para generar y obtener la difusión de información sobre la utilización de los servicios de comunicación; ello incluye la información de lo que denominan «mejores prácticas» entre los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas [CDOs (58) y (60)], y la información sobre los riesgos de contenidos para la seguridad personal donde expresamente dice que debe haber disponibilidad de programas informáticos que permitan la protección de los niños o de las personas vulnerables [CDO (26)].

El segundo ámbito consiste en exigir que la fabricación de los equipos terminales respete los datos personales y la intimidad y la neutralidad tecnológica [CDO (51)].

El COECO 2015 explica su nueva adaptación al nuevo ecosistema digital teniendo en cuenta también el sector de las telecomunicaciones y la normativa de consumo, en concreto las modificaciones introducidas por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones y la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Además, entre los CDCs de AUTOCONTROL se puede observar si no su armonización, sí su coherencia con otros principales CDC. El Código PEGI, por ejemplo, no puede sino hacer mención al CACTI (art. 14).

Pero es que como dice la Exposición o Preámbulo del COECO 2015:

«Lo más significativo de esta revolución está aún por llegar. La tendencia en la evolución de las tecnologías apunta siempre hacia un mismo camino, el marcado por la integración de sectores diferentes tradicionalmente separados, como el relativo a las telecomunicaciones o a los medios audiovisuales, en un proceso que se conoce como convergencia tecnológica. El reto para la regulación de este fenómeno es aún mayor, dada la confluencia de diferentes legislaciones sectoriales en ocasiones contradictorias entre sí. Para solucionar este problema, tanto el legislador español como el comunitario proyectan la futura normativa atendiendo al principio de neutralidad tecnológica, conforme al cual la aplicabilidad de la norma no queda condicionada por el medio tecnológico empleado (Internet, telefonía), por lo que las diferentes normativas sectoriales en función del medio o soporte tecnológico tienden a desaparecer o a fundirse en un único cuerpo legal».

Para apuntalar este párrafo que recoge la idea de la convergencia a través de los CDC que desarrollaremos en el epígrafe siguiente, nos gustaría comentar que a veces los esfuerzos por la industria en coadyuvar a dicha convergencia no se ven muy reconocidos, no obstante lo cual, se llega a la armonización de las bases de los textos jurídicos más importantes por, sin meternos en muchas profundidades, la «globalización» que vivimos¹²³. Es el caso del RGPD y de la Convención 108 del Consejo de Europa. En efecto, respecto del menor, a veces se hace difícil que los marcos jurídicos, europeo e internacional, corran en paralelo. Ni siquiera se contagian ni por la convergencia tecnológica que hemos visto, advierte la UE, ni por el mostrado interés de las Asociaciones que se dotan de autoregulación para actuar en el mercado. Este último comentario viene porque la FEDMA ha intentado introducir específicos preceptos sobre la necesaria protección del menor digital en el largo proceso de modificación de la Convención núm. 108 del Consejo de Europa¹²⁴ y no ha conseguido grandes resultados, desde nuestro punto de vista. El olvidado colectivo de menores digitales y otros vulnerables está mínimamente presente en la Convención después de los esfuerzos realizados por la FEDMA, la cual recordemos presenta el 10 de marzo de 2011, para su sumisión al Consejo de Europa, su documento de posición intitulado *Modernisation of Council of Europe Convention 108*.

El nuevo Protocolo amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data¹²⁵ solo nombra expresamente a los niños a propósito de la descripción del rol de las Autoridades de control de la Convención (nuevo art. 15). Recuerda a dichas Autoridades [Vid. 15.2.e) iii¹²⁶] que deben, en su actividad de promover la concienciación entre los responsables del fichero y los encargados del tratamiento de su responsabilidad en el tratamiento de datos, atendiendo especialmente a los derechos de los menores y de otras personas vulnerables¹²⁷; por lo que por ejemplo, en el tema básico de la edad para otorgar el consentimiento al tratamiento de los datos personales, la Convención en su nuevo artículo 5.2 no establece ningún requisito especial para el menor digital tratándolo de forma general como sí lo exige el RGPD en su novedoso artículo 8. Sin embargo, la Convención establece que las Partes contratantes proveerán que el tratamiento de datos se lleve a cabo sobre las bases de un consentimiento libre, específico, informado e inequívoco del sujeto o por otro principio legítimo previsto por la ley¹²⁸, adjetivos todos ellos que recoge el artículo 4.11 del RGPD relativo al otorgamiento del consentimiento¹²⁹.

Así, la figura del menor en los distintos sectores del ecosistema digital será tratada dispensándose su protección a través de la corregulación, herramienta que propiciará, además, mejor la convergencia tecnológica, y su Principio de neutralidad tecnológica que, también por efecto de la globalización de lo jurídico se está produciendo ineludiblemente al menos, en las bases o pilares de la normativa europea.

V. LA CONVERGENCIA TECNOLÓGICA EN LOS MARCOS REGULADORES DEL SISTEMA DIGITAL A TRAVÉS DE LA PROTECCIÓN DE DATOS Y DEL NUEVO ESCENARIO DE AUTORREGULACIÓN QUE DIBUJAN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 RGPD

No es extraño que COECO 2015, un Código que consagra su título V específicamente a la protección de los menores, recogiendo los mismos artículos que el anterior Código de AECE¹³⁰ y adoptando en su parte relativa al comercio electrónico, la misma estructura que ofrecen los artículos 23 a 29 LSSI-CE, pueda exponer muy claramente el proceso de acercamiento de los tres marcos reguladores del sistema digital (*vid. ut supra*). Pero no se lo inventa. Recordemos que la Comisión Europea ya había acuñado el término «convergencia tecnológica» desde finales de los noventa, con el lanzamiento el 3 de diciembre de 1997 del *Libro Verde sobre la convergencia de las telecomunicaciones, los medios de comunicación y las tecnologías de la información* (en adelante, LV-C); es decir, se daba cuenta ya, a poco de la adopción de las Directivas de los tres sectores que constituyen el marco jurídico de nuestro estudio y trabajo de cara al menor y aún sin estar traspuestas por los EEMM. Por lo que el LV-C cuyo objetivo era lanzar las preguntas de cómo afrontar y aprovechar las ventajas que intuía iba a ocasionar la llamada convergencia tecnológica, nos describe en la primera pregunta relativa a «¿qué es la convergencia tecnológica?» de la manera siguiente el proceso:

Tradicionalmente, cada medio de comunicación ha venido constituyendo un sector independiente. Existían servicios, muy diferentes, de radiodifusión, telefonía vocal e informática en línea. Estos servicios funcionaban en redes diferentes y hacían uso de plataformas distintas: televisores, teléfonos y ordenadores. Cada uno de ellos estaba regulado por su legislación propia y por reguladores diferentes, normalmente de nivel nacional. Sin embargo, la tecnología digital actual permite transportar una capacidad sustancialmente más elevada de servicios tradicionales y nuevos por las mismas redes y utilizar dispositivos integrados de consumo para aplicaciones tales como la telefonía, la televisión o la informática personal¹³¹.

Las empresas de telecomunicaciones, medios de comunicación y TI pueden hoy, gracias a la flexibilidad de las tecnologías digitales, ofrecer servicios que se apartan de sus actividades comerciales tradicionales, y que adquieran un carácter internacional o mundial.

Por lo tanto, los servicios ofrecidos al usuario de las nuevas tecnologías estaban convergiendo inevitablemente y había que pensar cómo se iban a tratar jurídicamente: si con nuevas leyes, o si con las ya existentes, pero en un proceso

gradual integrador. Resume el documento de trabajo¹³² que el proceso de convergencia habría de hacerse de forma gradual, esto es, con las «estructuras reguladoras actuales» o las normas sectoriales de cada servicio pero que a largo plazo podría pensarse en una regulación integradora o global de los servicios concernidos, esto es, en un marco integrador¹³³. En concreto, se consensua que era imprescindible utilizar la autorregulación para conservar el marco sectorial de lo audiovisual¹³⁴.

Sin embargo, el marco actual que proporciona para la protección de datos el nuevo RGPD, a nuestro juicio muy inteligentemente y de forma contraria a como sirvió en un principio la autorregulación, esto es, para afianzar los sectores de lo digital, utiliza la autorregulación como un instrumento de integración de los tres marcos jurídicos de lo digital. Por tanto, no lo utiliza como mecanismo para apoyar exclusivamente servicios que procedan de alguno de dichos marcos o sectores. El proceso de integración de los marcos reguladores del espacio digital va a usar la autorregulación como herramienta de unión o convergencia de cualesquiera servicios del mundo digital. Solo hay que leer con detenimiento los dos gigantescos artículos (si los comparamos con el tamaño del recién inaplicable artículo 27 DPD), 40 y 41 RGPD, que inician esta integración o convergencia.

En general, la autorregulación existente y la que se vaya creando, es decir, «el contenido» de los CDC, los «procedimientos» (se entiende para su adopción) y la decisión sobre su «validez general» y evaluación y control dentro de la Unión (3.4.4.5. Exp. Motiv.), está prevista en dichos preceptos. A la explicación de que hay que «incitar a las asociaciones u otros organismos que representen a categorías de responsables del tratamiento a que elaboren CDC dentro de los límites fijados por el presente Reglamento, con el fin de facilitar su aplicación efectiva», que manejaba la PRGPD en su CDO (76), cuando comentaba su artículo 38 y hoy preserva el CDO (98) RGPD, hay que añadir con el progreso que ha supuesto el RGPD, que ahora sí se establece la obligación de que los CDC han de ser dictaminados, sentenciados y aprobados, al menos los que tengan aplicabilidad superior al de un Estado miembro, por la Autoridad de Control [art. 57.m)], el Comité¹³⁵ y la Comisión.

Parece haber acabado el periodo de «disponibilidad» por las partes a su sometimiento que caracterizaba *ab initio* este tipo de regulación (de forma que no llegaban a ser considerados nunca fuente del Derecho), y que se dejaba entrever en los tres números que conforman el cuerpo del artículo 27 DPD para que sirvieran esencialmente para la correcta aplicación de las disposiciones nacionales adoptadas para la aplicación de la Directiva. Fue, sin embargo, esta la idea con la que inicia la andadura legislativa la Comisión y que mantuvo la Posición del Parlamento Europeo (*vid. enmienda 135*), toda vez que el artículo 38 propuesto y ratificado, aun distinguiendo los CDC que afectasen a un solo Estado miembro (38.2) de los que afectasen a varios EEMM (38.3), no llegaron a que por lo menos fuera obligatorio que se presentaran a su calificación estos últimos para que pudieran obtener la declaración de «validez general dentro de la Unión».

En la tramitación de la Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos¹³⁶, el texto presentado por la Presidencia letona para su discusión y aprobación por el Consejo intitulado «Preparación para un planteamiento general», de 11 de junio de 2015 (en adelante, PPG 9565/15), abona el campo de los CDC a la imperatividad. En el RGPD se observa que las expresiones cambian, que se introduce la obligación de presentarlos para su calificación y que se acentúa la necesidad de declarar la aplicación general en todo el Espacio Europeo de aquellos CDC en los que las actividades de tratamiento superen el ámbito territorial de un Estado miembro.

Se abandonan las expresiones dispositivas propias de la DPD y que emplea la Comisión y el PE siguiendo su inercia y se sustituyen por otras imperativas que se conectan y justifican con que la autorregulación ha de propender a la aplicación del Reglamento (CDO (76) PRGPD) y no de las legislaciones nacionales que traspusieron la DPD. Por ejemplo, «alentará» (27.1 DPD) por «promoverán» (40.1 RGPD); «puedan» (27.2 DPD) por «presentarán» (40.5 RGPD); «que les sean sometidos» (27.2.2.º DPD) por «presentarán» (40.5 RGPD); «contribuir a la correcta aplicación de las disposiciones adoptadas por los EEMM» (27.1 DPD) por «contribuir a la correcta aplicación del Reglamento (40.1 RGPD) o «especificar la aplicación del presente Reglamento (40.2 RGPD) o si el CDC «es conforme con el presente Reglamento» (40.5 y 40.7 RGPD) y así, un sinfín de ellas. Es verdad que a veces tiene que suavizar más la mano el RGPD en esta materia, por ejemplo cuando respecto de la autoridad de control expresa que debe «alentar» la elaboración de CDC [art. 57.1.m)], pero realmente los CDC que se le presenten han de ser en primer lugar «dictaminados» y «aprobados» si dan suficientes garantías [art. 57.1.m)], es decir, las garantías adecuadas, en las que se incluyen las concernientes a los derechos de los interesados (40.5).

Respecto a la aplicación general en el Espacio Europeo que abren los artículos 40 y 41 RGPD, debemos mencionar:

Por una parte, que la validez general que se predica (ahora lo vemos, por la Comisión), se predica tanto de los responsables o encargados del tratamiento a los que por el artículo 3 se aplica el Reglamento como a los que no se aplica (40.2) porque se consideran obviamente CDC abiertos para la adhesión (40.3).

Por otro lado, que esa validez general solo se predica de los CDC que han de presentarse (40.5 y 40.2) para su evaluación porque sus actividades de tratamiento alcanzan a varios EEMM (40.7), de forma que han de seguir un procedimiento que se inicia con el dictamen de la autoridad de control correspondiente¹³⁷ (40.5), sigue con el dictamen del Comité (40.7) y llega a la Comisión quien será la que finalmente decida sobre su validez general dentro de la Unión (40.9), dando para ello una publicidad adecuada (40.10) y archivo en un registro de códigos que se crea *ex novo* que será competencia del Comité (40.11).

En el particular campo del menor, los CDC deben de procurar «la información y la protección de los niños» (letra e) PRGPD, hoy 40.2.g) RGPD), «así

como la manera de obtener el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutela sobre el niño» (art.40.2. g) RGPD). Es esta una materia que ha de verse auditada por el triple filtro que hemos visto se establece en el procedimiento de evaluación de los CDC en el que ha de actuar el triunvirato Autoridad de control competente —Comité (64.1.b)— Comisión (40.2).

De esta forma, los CDC mencionados hasta ahora en el presente trabajo que tengan aplicación en varios EEMM, y que aborden la obtención del consentimiento del menor por ejemplo, deberán someterse a dicho procedimiento si quieren que sean aprobados y tengan validez general en el Espacio Europeo. No tienen que hacerlo si no quieren porque solo desde el momento en que comiencen a modificar o ampliar el CDC existente, será cuando nazca la obligación de pasar por el proceso de evaluación. Pero verdaderamente, los CDC cuyo ámbito de aplicación se extienda a más un EM, ya han sido bendecidos por Europa, por lo que en principio ya están línea con el RGPD y se someterán voluntariamente a evaluación por lo que obtendrán validez y eficacia en todo el Espacio Europeo.

En el caso concreto de las edades del menor para otorgar su consentimiento lícitamente [art. 6.1.a) RGPD] ante una oferta directa de servicios de la sociedad de la información (art.8.1 RGPD), está claro que con esta medida de someter a evaluación la autorregulación de la edad mínima para que un menor pueda prestar su consentimiento, el legislador irá unificando o si se prefiere, la Comisión irá «armonizando» pues es en la que recae la responsabilidad de decidir sobre la validez general de los CDC¹³⁸ que tengan aplicación en varios EEMM y que hayan señalado distinta edad para una misma actividad de tratamiento.

En definitiva, con los CDC sectoriales de alcance nacional o de una parte del territorio nacional, la UE no se mete pues sabe que las legislaciones domésticas que traspusieron las diferentes Directivas ya controlan este tipo de CDC y que en mayor o menor medida durante estos (aproximadamente 20 años), de impulsos a la autorregulación ya se ha tejido una red por la conexión de la industria participando en los CDC de otros. Fija, sin embargo en este tema capital el RGPD una edad límite generosa por arriba (la de 16 años) y un límite lógico por abajo (la edad de 13 años) en su artículo 8, edades que verdaderamente los CDC actuales ya han respetado, insistimos y la UE lo sabe¹³⁹.

Prefiere el RGPD, por tanto, no fijar una edad (como la de 13 años, que nos proporcionaba la PRGPD, *ex. art. 13.1* con la advertencia de que no afectaría a las disposiciones generales de derecho contractual de los EEMM, *ex. art. 8.2*) y aprovechar que va a impulsar la validez general de los CDC sectoriales de alcance plurinacional, pues de esta manera, esto es, a través del control de los CDC, sobre todo en aquellas zonas ya detectadas (la del menor y su consentimiento es básica), se produce no solo el control europeo sobre ellas, sino la armonización necesaria a través de los órganos que ya contribuían a este control, como la autoridad de control nacional y de los suyos propios, esto es, el Comité

y la propia Comisión que actuará a través de sus actos de ejecución (40.10), los cuales, por virtud del artículo 92.2 RGPD, han devenido indefinidos el 24 de mayo de 2016.

La ventaja de haber elegido esta forma de control de los datos personales que se van a producir en cualquiera de los sectores de lo digital que estamos considerando, es que así a través de la evaluación de la autorregulación sectorial van a ir convergiendo, si necesario, aquellos aspectos que se detectan tan importantes para un nativo digital como los mencionados más arriba; digamos pues que la fragmentación actual vendrá controlada por el impulso a la corregulación y a su declaración como CDC de validez general tras el control por los propios órganos o instituciones europeas si sus actividades de tratamiento se extienden al Espacio Europeo y, por tanto, más de un espacio nacional.

Pero además, ese control *ex ante* no es suficiente en la armonización que se pretende. Arbitra por ello el RGPD un control de respeto y cumplimiento del CDC aprobado respecto de los responsables y encargados correspondientes (ya que el art. 41 relativo a la supervisión de los CDC aprobados no se aplicará al tratamiento realizado por autoridades y organismos públicos», *ex. art. 41.6*), que acentúa el alma de *hard law* que, en latencia, tiene cualquier corregulación. No en vano esta faceta compulsiva del CDC es calibrada ya desde su inicio por el triunvirato porque en el procedimiento de evaluación de los CDC obligados a pasar por él, se evalúan también los mecanismos que permitan realizar el control del cumplimiento de sus disposiciones (art. 40.4).

Es un proceso que se plantea con la creación de un nuevo «organismo» cuyo nivel de pericia e independencia ha de ser adecuado al objeto del Código, es decir, ha de ser acreditado (41.2) por la autoridad de control competente (41.1) a través de criterios de acreditación que serán sometidos al Comité a través del mecanismo de coherencia previsto en el artículo 60. Dicho organismo deberá tomar las medidas oportunas en caso de infracción del Código por el responsable o encargado del tratamiento; medidas entre las que se incluyen la suspensión o la exclusión del infractor (41.4) y que no deben chocar con el Capítulo VIII que es el que regula, digamos, la parte del león de una norma jurídica, esto es, aquella donde muestra su fuerza o coacción ante su incumplimiento y que es la única que se considera para afirmar que los CDC no son fuente del derecho¹⁴⁰; es decir, en sus artículos 77-84 regula los recursos que caben frente a una supuesta infracción del Reglamento por un tratamiento de datos personales ante la autoridad de control (77) incluido aquel contra las decisiones de la propia autoridad de control (78) o ante el tribunal del Estado en que el responsable o el encargado del tratamiento tenga un establecimiento o aquel de la residencia habitual del interesado (79), la responsabilidad solidaria¹⁴¹ del representante y encargado del tratamiento que produjeron, por la infracción de alguna obligación descrita en el Reglamento, un daño y perjuicio materiales o inmateriales al interesado (82) y las sanciones o multas administrativas que

cada autoridad de control impondrá con arreglo al Reglamento si no aplica las propias del EM (83).

La repercusión del nuevo escenario de interconectividad y convergencia tecnológica a través del marco común que representarán los CDC, no será muy llamativa en España en cuanto a la normativa autonómica se refiere porque como ya se explicó, esta regulación atiende más al compromiso de las autoridades formalizando de algún modo lo que se ha llamado por alguna CCAA «nuevos derechos o nuevas formas de expresión social de los derechos de la infancia» (párr. 10.^º Preámbulo LCAM¹⁴²). Por consiguiente, «la normativa autonómica¹⁴³ sobre protección¹⁴⁴ del menor o si se prefiere, de «niños, niñas y adolescentes¹⁴⁵», se dirige esencialmente a procurar el compromiso de las autoridades administrativas en la protección del menor, en enunciar los «nuevos» derechos del menor en lo digital y en prever, como medida proactiva en dicha protección, la educación constante en el uso de las TICs de los menores y de los padres, ya que solo así se alcanzará un estándar óptimo de seguridad en el mundo virtual».

En suma, la fragmentación de la regulación de los sectores digitales patente en la actualidad va a ir paulatinamente desapareciendo gracias a la imperatividad que alcanzará el sector de la protección de datos personales con la aplicación a partir del 25 de mayo de 2018, de su Reglamento General porque dará el impulso definitivo a aquellos CDC que guarden relación con actividades de tratamiento en varios EEMM haciendo que puedan tener una validez general en el Espacio Europeo si cumplen con las garantías adecuadas y lo dispuesto en el propio Reglamento. Los CDC que comiencen la andadura de ser evaluados por el triunvirato Autoridad de control-Comité-Comisión, convergerán en los temas principales que para el menor se indican de forma general de la siguiente forma: «información y protección de los niños y la manera de recabar el consentimiento de padres y tutores». La impresión es pues que los CDC que comiencen a ser evaluados, aprobados y declarados de validez general, actuarán en cada sector del mundo digital a modo de norma reglamentaria desarrolladora de la aplicación del Reglamento, logrando la armonía necesaria en el ecosistema digital del menor y con ello, la materialización o desarrollo del Principio de neutralidad tecnológica desprendido de la inevitable convergencia de los marcos jurídicos de los tres sectores de lo digital.

Este marco común de interconectividad de los sectores será el germe de lo que podría ser un CDC único sobre todos los perfiles del menor digital: internauta en redes sociales, usuario de servicios de la sociedad de la información, de los medios audiovisuales o de las telecomunicaciones¹⁴⁶.

Como puede deducirse de lo hasta ahora dicho, es en la protección de datos donde se produce esta propuesta de convergencia tecnológica o interconectividad del Espacio Europeo digital, pero es que controlando desde la normativa del dato la UE se asegura el liderazgo de la protección y privacidad de datos que son, como se ha afirmado «el combustible de la Economía Digital»¹⁴⁷, esto es, del mercado único digital mundial.

VI. ¿ESCAPAN A LA CONVERGENCIA TECNOLÓGICA QUE PROPORCIONAN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 RGPD, EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL REGISTRO MERCANTIL?

Si la protección de datos es —afirma Europa— «la combustión de la Economía Digital» y si «el Registro de la Propiedad actúa sobre uno de los elementos del sistema económico, cual es la definición, atribución y protección de los derechos de propiedad» porque «sin derechos de propiedad eficientes no hay mercado eficiente y sin mercado eficiente no hay incremento económico»¹⁴⁸, es claro que hay que «cohonestar» el acceso «no libre»¹⁴⁹ al dato personal que consta en el Registro público (en este caso, para verificar la titularidad de la propiedad y sus cargas o solicitud de publicidad formal), con la cesión del mismo por su titular, y sobre todo, ponderando la presencia o legítimo interés de un menor.

El panorama antes de que se aprobara y de que se aplicara el RGPD lo describen en España dos señeras resoluciones de la DGRN, a saber, la de 29 de junio de 2010 (BOE de 12 de agosto de 2010)¹⁵⁰ y la de 27 de febrero de 2018 (BOE de 15 de marzo de 2018).

En ambas resoluciones la situación que se dirime es el conflicto provocado por la falta de información de unos datos que constaban en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad, respectivamente, sobre sociedades y fincas registradas, la cual es solicitada por los letrados que representaban distintos intereses, pero para hacerlos valer ante los Tribunales posteriormente.

Los datos que se solicitaban en la primera de las resoluciones concernían a tres sociedades y el de la segunda resolución atañía al precio de compraventa de la finca inscrita. Una de las alegaciones comunes para fundamentar la necesidad de dicha información, esto es, para avalar sus intereses legítimos en solicitar dicha información era la utilización de la misma ante los Tribunales, siendo alegaciones a sumar: en la primera de las sociedades, que se necesitaba investigar los bienes gananciales y en la segunda, que sin el dato del precio de la finca vendida no se podía conocer si era oportuno entablar una acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte de la escritura de herencia y la de complemento cuando se demostraba que se era heredera.

La exhibición de los datos registrales con éxito va creciendo en la medida en que a la utilización del dato personal en futuras acciones judiciales (por supuesto, aunque pueda recabarse dicha información en el proceso para el que se solicita dicha información, como en la RDGRN de 29 de octubre de 2010¹⁵¹), se suma que lo pide una autoridad o profesional relacionada con el tráfico jurídico de inmuebles (un letrado en ambos casos) pues se presumen acreditadas y por tanto, no tienen que expresar la causa de la consulta y que esta sea acorde con la finalidad del Registro (*ex. art. 332.3 RH*).

Pero, al fin y al cabo, al registrador se le hace responsable si satisface un interés de publicidad desmedido en armonía con el artículo 18 LH; por lo que no

podrá, extender la nota simple más allá de lo que sea necesario para satisfacer ese interés que califica la norma de «legítimo», aunque dicha nota tenga valor puramente informativo y no dé fe del contenido de los asientos. La medida de lo que significa extender la publicidad de los datos que consten en el Registro y «atender a una solicitud de publicidad en masa indiscriminada» (332.6 RH) sería el que la nota informativa contuviera más datos que la identificación de la finca, identidad del titular o titulares de derechos inscritos sobre la misma y la extensión, naturaleza y limitaciones de estos junto con las prohibiciones o restricciones que les afecten o a sus derechos (332.5. 1.^º RH) en armonía con los artículos 9 y 26 LH¹⁵².

El atenerse a lo estrictamente necesario para dar satisfacción al interés demostrado por un particular se le podría llamar alinearse al Principio de calidad de datos que expresaba el artículo 4.1 LOPD al trasponer el artículo 6 DPD y que hoy recoge el artículo 5.1.b) RGPD.

Pero lo determinante para dar acceso al dato que se pide es llenar el concepto jurídico indeterminado de «interés legítimo» del solicitante, el cual se presume solo en caso de que se solicite esta información a efectos tributarios, de valoraciones inmobiliarias o con finalidad de otorgamiento de préstamos o créditos con garantía hipotecaria (332.5. 2.^º RH).

En estas dos resoluciones se establecen algunas directrices para que el interés del dato no sea subjetiva o arbitrariamente enjuiciado por el registrador, ante quien ha de justificarse «suficientemente» el interés legítimo (332.5. 1.^º RH). Así, en el caso de la primera resolución de 2010, se concluye por dos Instrucciones de 1998 y 1996 (FD 8) que la denegación de expedición por el registrador debe de limitarse a los datos sin relevancia patrimonial ajenos a la finalidad del Registro y a los datos carentes de relevancia jurídica obrantes en los históricos registrales; los primeros porque de ellos se debe expresar su interés y este debe ser conforme al Registro y los segundos porque deben tener el consentimiento del interesado. En el caso de la resolución de 2018, la publicidad del dato que se solicita es el precio de la compraventa de la finca cuya rescisión se solicitaría posteriormente, y se apuntan hasta cuatro supuestos admisibles de inclusión del precio en la publicidad (FD 3 RGRN de 26 de febrero de 2018), a saber: *«a) cuando los precios o valores solicitados lo sean de operaciones jurídico-económicas en los que sean parte únicamente personas jurídicas o empresarios individuales o comerciantes, en su condición de tales, pues no se aplicaría el régimen de protección de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; b) cuando, a juicio del registrador, se considere que dicho dato está incluido dentro de la publicidad de carácter «tráfico jurídico inmobiliario», puesto que la cesión vendría justificada por la normativa hipotecaria; c) cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho que tenga reconocido por una norma con rango de Ley o en cumplimiento de un deber impuesto por una norma*

de igual rango, lo cual se acremente suficientemente al registrador, y d) en el supuesto de que la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, acreditando el encargo recibido y la entidad en cuyo nombre actúen, de conformidad con las Circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos, previa estimación del deterioro de su valor, para lo cual es necesario conocer los datos cuya cesión se pretende».

Cohonestar con éxito la publicidad formal como fin del Registro de la Propiedad¹⁵³ (y no la de facilitar información como expresa la RDGRN de 29 de julio de 2009) y el derecho fundamental a la protección de datos personales consagrado en la Constitución es siempre complejo¹⁵⁴ pues, pese a la identificación de supuestos específicos, la valoración de dicho interés de acceso a los datos que obran en el Registro ha de hacerse caso por caso, realizando una valoración del conjunto de elementos que concurren, se acreden y estén acordes con la finalidad registral; así se señala que no es automática la publicidad formal solicitada sino que se debe hacer un análisis del interés legítimo en función de la apreciación del conjunto de todas las circunstancias que consten en la solicitud y de ellas proceder a dar mayor o menor extensión a la publicidad del dato (FD 4 RGRN de 26 de febrero de 2018).

Después de esta pequeña introducción sobre el interés legítimo del solicitante de publicidad formal que debe valorar un registrador de la propiedad para reducirla al mínimo obligatorio según lo narrado en el artículo 322.5.1.^º RH, queremos introducir modestamente y de forma muy inicial pero para finalizar este epígrafe, otro comentario que viene al hilo de la exposición de este trabajo sobre la posible restauración del ecosistema digital del menor a través de los CDC; esta: si el interés legítimo de un menor a que sus datos personales que obran en el Registro no sean objeto de publicidad formal o a que se pondere más el interés del menor frente a otros motivos o circunstancias que concurran en la solicitud de dicha publicidad formal bien para otorgarla o para limitarla. Creemos que esta brecha en nuestro artículo necesitaría, parangonando lo dicho en el CDO (38) de la PRGPD respecto del artículo 6.1.f) relativo a la licitud de los datos personales del responsable del tratamiento siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección del interesado-niño, de «una evaluación meticolosa, especialmente si el interesado fuera un niño, pues los niños merecen una protección específica»; pero nos surgen dudas al respecto porque este apunte ha desaparecido del correlativo CDO (47) del actual RGPD, aunque por supuesto no el apunte del menor en el contenido del artículo 6.1.f.

Lo importante en esta cuestión, como hemos visto hace la DGRN a través de sus Instrucciones, es saber en el escenario de protección de datos que el nuevo RGPD dibuja, a quién incumbe fijar los criterios para realizar la ponderación de los intereses legítimos en el tratamiento de datos sin consentimiento del interesado-niño, de la metodología adecuada para realizarla y de los criterios en sí.

No se podrá afirmar como hicimos en 2015¹⁵⁵ que facilitaría las cosas que el registrador tiene obligación cuando estemos ante un supuesto del artículo 6.1.f) de informar y dejar reflejado su interés legítimo porque verdaderamente estamos hablando de Registros públicos.

Sin embargo, sí podemos afirmar que el RGPD facilita esas tres incógnitas, el quién elabora los criterios, cómo los elaboraría o metodología y qué criterios incluir, cuando conforme al artículo 40.2.b) puede elaborarse por el Colegio de Registradores, como responsables del tratamiento de datos en dichos Registros, un CDC con objeto de «especificar los intereses legítimos perseguidos por los responsables del tratamiento ahora, en este contexto específico del acceso al dato en los registros públicos¹⁵⁶. Podrían no solo verse reflejados los criterios que ya las diferentes resoluciones de la DGRN han ido desarrollando sino tener en cuenta la especial vulnerabilidad del menor. Además, estos CDC podrían ser aprobados por la Autoridad de Control y tras el proceso que ya hemos mencionado en el epígrafe anterior, se podrían llegar a declarar de vigencia general.

Como vemos, a la transversalidad de las normas de protección de datos ningún sector de lo digital escapó ni se escapará con el nuevo RGPD. Pero ni falta que hace. Todo son beneficios. El colectivo de registradores ganará con el diseño en el CDC de los criterios a tener en cuenta para la ponderación de los intereses legítimos de los que habla la normativa hipotecaria en relación al acceso a los datos personales por virtud del nuevo artículo 40.2.b) RGPD¹⁵⁷.

CONCLUSIONES

I. El ecosistema digital del menor ha ido protegiéndose en Europa gracias a la autorregulación y la corregulación siempre y tempranamente presente en los tres sectores de lo digital, telecomunicaciones, audiovisual y sociedad de la información.

II. Dos razones han llevado a la fragmentación del mercado digital: por una parte, la que se comparte con el mercado económico europeo, a saber, el empleo de la Directiva como herramienta legislativa, la cual inicia la protección del ecosistema digital del menor y del de cualquier usuario en los diferentes sectores del mercado, sin lograr la verdadera y rápida armonización tan necesaria para ser digital competitivo; y por otra, el acercamiento y a veces, confluencia de marcos jurídicos de los sectores digitales nombrados gracias a la llamada «convergencia tecnológica».

III. El principio de neutralidad tecnológica se intenta materializar en lo jurídico a través de la autorregulación, herramienta por la que se siguió optando desde finales de los noventa para desarrollar a fondo los tres sectores de lo digital, descartándose pues la elaboración de un marco integrador de los sectores digitales. Se prefiere seguir con la metodología de las Directivas básicas, sus subsiguientes e inevitables modificaciones y su puesta al día recurriendo a las autorregulaciones; así, se modificarán rápidamente los aspectos cambiantes del

espacio digital y, por tanto, del menor nativo digital que a finales de los noventa, reconvertía su rol pasivo ante las nuevas tecnologías en activo o de usuario y, por tanto, actor en la cesión de sus datos personales si quiere disfrutar de ellas.

IV. A pesar de que la fragmentación del mercado digital continúa en el Espacio Digital Europeo y es causa que justifica del empleo de la regulación en el ámbito de la protección de datos personales que es materia trasversal a los tres sectores de lo digital, el empleo de la única forma legislativa general con poder vinculante en la UE, el RGPD, vuelve a optar por el antídoto de la autorregulación que presenta los gigantes artículos 40 y 41 RGPD; es una autorregulación, que se emplea ahora como herramienta para llegar a un marco integrador de lo digital. Se entiende en dichos preceptos que esta fórmula normativa ya ha servido para desarrollar la normativa sectorial del Espacio y es hora de utilizarla en la integración de un espacio común.

V. Esta nueva visión de la autorregulación, en el marco específico del nativo digital augura un marco común especial que aúne los CDC que se han ido elaborando a impulsos del mercado con reflejo en las diferentes directivas y en las soluciones de la industria de las comunicaciones comerciales y de la sociedad de la información, preferentemente.

VI. Los artículos 40 y 41 RGPD propician pues una solución muy inteligente para procurar soluciones globales, una real armonización que pueda llevar a un mercado único digital que sea competitivo y, por supuesto, en el ecosistema digital del menor, a la mayor seguridad en sus principales tres aspectos: la edad para tener acceso a las TICs, su verificación y las herramientas para el control de contenidos «no aptos» a su estado de madurez, pues está claro que su acceso influirá en el futuro desarrollo físico, psíquico y moral.

VII. Calificamos de solución inteligente porque el empleo de las autorregulaciones para la creación progresiva del marco jurídico integrador se hace controlando aquellos CDC cuya aplicación territorial sobrepase la de un EM, esto es, se apliquen en diferentes partes del Espacio Único. Someter a evaluación dichos Códigos (ya tenía experiencia con alguno de ellos como el Código FEDMA) hace que se sometan y armonicen con la legislación europea y, principalmente con el RGPD.

VIII. No hay evaluación de los llamados «Códigos de ámbito doméstico» pues sabe que muchos ya han estado siendo controlados por las Autoridades de control de los diferentes EEMM y porque ya con el tiempo se ha ido creado una red entre las industrias que propiciaron el nacimiento de dichos CDC domésticos y con los europeos que fueron bendecidos incluso por la propia UE.

IX. En el llamado «combustible de la Economía Digital», esto es, en la transversalidad del marco jurídico de la protección de datos», se progresó hacia la creación de un marco jurídico integrador de los tres sectores de lo digital convirtiendo las autorregulaciones en vinculantes. La solución inteligente del RGPD propiciará un marco común integrador de las soluciones globales necesarias para proteger todos los aspectos del nativo digital.

X. En ese Marco común integrador se podrán desgranar directrices o criterios que coadyuven a la ponderación de los intereses legítimos del cedente de los datos personales y del solicitante de estos; ponderación que debe realizar el Registrador a la hora de permitir el acceso a los datos que obran en registros públicos en los que sirve, Mercantil, Propiedad o Bienes Muebles. Las corre-gulaciones que se elaboren en base al artículo 40.1.b), especificando el RGPD en relación con los intereses legítimos perseguidos por los responsables del tratamiento en el contexto específico del acceso a los datos en los registros públicos mencionados, beneficiarán al colectivo de registradores sin duda pues dotarán de armonización a las notas simples y certificados que expidan frente a la publicidad formal que les demanden.

BIBLIOGRAFÍA

- BENDITO CAÑIZARES (2013), *La autorregulación: una alternativa para la protección de los «menores digitales»*, *Self-regulation: an option for the protection of «digital natives»*, UNED, 249 págs., <https://www.casadellibro.com/ebook-la-autorregulacion-una-alternativa-para-la-proteccion-de-losmenores-digitales-self-regulation-an-option-for-the-protection-of-digital-natives-ebook/9788436265507/2312470>
- (2013), *La autorregulación: una alternativa para la protección de los «menores digitales»*, Programa de televisión, RTVE.es —UNED— Televisión a la carta <http://www.rtve.es/alacarta/videos/uned/uned-autorregulacion-alternativa-para-proteccion-menores-digitales/1840118/>
- (2015), ¿Nuevos Avances en la ponderación de los intereses legítimos del nativo digital y del responsable en el tratamiento de datos?, Aranzadi Nuevas Tecnologías núm. 39, diciembre, 105-147.
- (2015), Programa «Sin Distancias» de Radio 3 UNED, Entrevista a D. ALEJANDRO PERALES ALBERT, Presidente de AUC, Asociación de Usuarios de la Comunicación, https://canal.uned.es/video/5a6fae01b111f50318b4656?track_id=5a6fae04b111f50318b4659
- DE LA CUESTA RUTE (2010). La autorregulación como regulación jurídica en *Códigos de Conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, I y II Congresos Internacionales «Código de Conducta y Mercado», Coord. Real Pérez, Marcial Pons, 19-28.
- FERNÁNDEZ ESTEBA (1998). Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales, Edit. Ciencias Jurídicas y McGraw Hill, Madrid, 102-106.
- FERNÁNDEZ MARTÍN. El compromiso de los Registradores de España con la protección de datos, Blog Registradores de España, <http://registradores.org/blog/el-compromiso-de-los-registradores-de-espana-con-la-proteccion-de-datos-antonio-fdez-martin/>
- GARCÍA CASTILLEJO (2010). La regulación de los contenidos digitales: escenario de la convergencia, <https://philpapers.org/rec/CASLRD-3>
- GÓMEZ CASTALLO (2010). Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado, *Códigos de Conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, I y II Congresos Internacionales «Código de Conducta y Mercado», Coord. Real Pérez, Marcial Pons, 115-135.

- HERRÁN ORTIZ (2002). *El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos*, Madrid, Dykinson,
- LINDE, VIDAL y MEDINA (2011). *Derecho Audiovisual*, Colex, 4.^a, edición, 2011, 5.^a edición, 2013, 580 págs.
- LÓPEZ, J. Guidelines on legal elements for land Register information in Europe publications, 7th Annual Publications, Studes (2018), ELRA, <https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2017/02/3>
- MANRIQUE DE PLAZA. El conflicto entre la publicidad registral y la protección de datos personales, <http://www.elnotario.es/hereroteca/revista-33?id=1079:el-conflicto-entre-la-publicidad-registral-y-la-proteccion-de-datos-personales-0-6135732369623829&tmpl=component&print=1&layout=default&page=>
- MARTÍNEZ OTERO (2012). La protección de los menores en la política audiovisual de la Unión Europea: un objetivo prioritario, UNED, Revista de Derecho Político núm. 84, mayo-agosto.
- MÉNDEZ 7th Annual Publications, Studes (2016). The land registrar as a legal professional, <https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2017/02/6.-Fernando-P.-Mendez-The-Land-Registrar-as-a-Legal-Professional.pdf>
- MIHAI TAUS Romanian Land Registry Association Protection of personal data in the context of registration of the real rights, publications of 7th Annual Publications, Studes (2018) ELRA <https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2017/02/5.-Miha-Taus-Protection-of-personal-data-in-the-context-of-registration-of-the-real-rights.pdf>
- REBOLLO DELGADO (2005). *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid.
- RODOTÀ (2010). Códigos de conducta: entre hard law y soft law, en *Códigos de Conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, I y II Congresos Internacionales «Código de Conducta y Mercado», Coord. Real Pérez, Marcial Pons, 23 y 25,
- ROSEMBERG HOLCBLAT y SÁNCHEZ SANZ (2001). El Derecho a la Privacidad en Internet, *AR: Revista de Derecho Informático*, Núm. 037. RUIZ NÚÑEZ (2003), Cap. III, Códigos de Conducta, artículo 18 LSSI-CE, La nueva Ley de Internet, LA LEY, abril.
- SÁNCHEZ BRAVO (1998). La regulación de contenidos Ilícitos y Nocivos en Internet: una propuesta desde la Unión Europea, Informática y derecho, Vol. 27-29. UNED. Centro Regional de Extremadura, Mérida, 361-387, <http://www2echo.lu/legal/es/Internet/wp2es-chap.html>
- VIGIL DE QUIÑONES (2013). El Registro, Hipoteca, los consumidores y la autorregulación de los acreedores, *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*, Dykinson, 152.

CÓDIGOS DE CONDUCTA

EUROPEOS / EUROPEAN

Código sobre Comercio electrónico y Marketing Interactivo (2000)/*European Code of Practice for the use of personal data in Direct Marketing* Federation of European Direct Marketing, FEDMA 1 y el *Code on e-commerce & interactive marketing*, de FEDMA 2 (2000), modificación 2010, http://www.fedma.org/fileadmin/documents/SelfReg_Codex/FEDMACodeEN.pdf

Code of conduct safer use of mobile phones and services by younger teenagers and children (2008), adopted by Industry within Safer Internet Programme 2004-2008 and based on two Swedish self-regulations initiatives: *Morgan Code of conduct for mobile content services* and the *Council on Ethics for the ethical rules applying to payment services*.<http://www.gsma.com/gsmaeurope/wp-content/uploads/2012/04/swedishcodeen.pdf>

Code of conduct for the European Interactive software industry regarding age rating labelling, promotion and advertising of interactive software products (2005), PEGI (2015) <http://www.pegionline.eu/en/index/id/media/pdf/197.pdf>

<http://www.eesc.europa.eu/self-and-coregulation/documents/codes/private/041-private-act.pdf>

Declaración de Principios Comunes y Reglas de Buenas Prácticas para toda Europa (2002), Asamblea General de la Alianza Europea por la Ética Publicitaria/ General Assemblée de European Advertising Standards Alliance (EASA). <http://www.autocontrol.es/data/padres/preur.htm>

ESPAÑOLES / SPANISH

Código de Conducta Publicitaria, CCP (1996), modificación 2011 http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_ICC.pdf

Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (confianza online) de 2002 (CECEPI), el cual también sustituyó al *Código de Protección de Datos de Internet ADESE o Código Ético de Confianza Online*, (2005), CECO o *CONFIANZA ONLINE's Ethical Code COECO*, (2018) http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_ConfianzaOnline.pdf Y http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_conducta_publicitaria.pdf

Código Ético de Publicidad en Cine, PEPD, (2016), http://www.autocontrol.es/pdfs/pdfs_codigos/Cod_Cine_2000.pdf

Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia, CACTI, (2018) <http://www.twinfancia.es/Textos/CodigoAutorregulacion/Codigo.htm>

Directrices de Buenas Prácticas de Publicidad de Productos de Software Interactivo (2005), ADESE, modificación 2018 http://www.autocontrol.es/pdf/pdfs_codigos/Directr

Código de la Autorregulación de la Publicidad de Juguetes Infantiles CAPIJ, (2010); Asociación Española de Fabricantes de Juguetes (AEFJ). In the line with the International Council of Toy Industries (ICTI), http://www.autocontrol.es/pdfs/pdfs_codigos/Cod_2010

Código de Corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud, PAOS (2005), modificación 2013, <https://www.autocontrol.es/codigos-de-conducta/>

NOTAS

¹ *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales*

y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, Diario Oficial núm. L 119 de 4 de mayo de 2016, 1-88.

² COM *Un enfoque global de protección de datos personales en la Unión Europea*, (2010) 609 final.

³ *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, Diario Oficial núm. L 281 de 23 de noviembre de 1995, 0031-0050.

⁴ La razón que justifica esta fragmentación a nivel general la resume el CDO (9) del RGPD diciendo que «Las diferencias en el nivel de protección...del derecho a la protección de los datos de carácter personal ...se debe a la existencia de divergencias en la ejecución y aplicación de la Directiva 95/46/CE». Lo que trae como consecuencia «impedir la libre circulación de los datos de carácter personal en la Unión» y, por tanto, «puede [n] constituir un obstáculo al ejercicio de las actividades económicas a nivel de la Unión, falsear la competencia e impedir que las autoridades cumplan las funciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión». Pese a lo dicho, el propio Reglamento reconoce que hay que lograr la coherencia con la modificación futura de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO L 201 de 31 de julio de 2002), que no se deroga pero que debe revisarse [CDO (173)].

⁵ Términos que preferimos utilizar ante la variedad de terminología que recogen los textos de la UE («nocivos», «ilícitos», ante la ya empleada por los *Principios para unas redes sociales más seguras en la UE (Safer Social Networking Principles for the EU)* de 2009 y ante la ausencia de calificación de los datos a los que se da tratamiento de la violación de su seguridad, como también es comprensible. El CDO (67) PRGPD explicaba la importancia de fijar un plazo de 24 horas para que el encargado del tratamiento de dichos datos notifique a la Autoridad de control su violación, mientras que ahora en el CDO (85) explicando el artículo 33 RGPD (ubicado en la Sección Segunda «Seguridad de los datos personales» del Cap. IV relativo al Responsable del tratamiento y el Encargado del tratamiento, establece un plazo de 72 horas para que se notifique la pérdida de seguridad por el usuario prefiriendo enumerar los concretos daños derivados de la violación de su seguridad; así el RGPD mantiene en el CDO (85) la enumeración de la PRGPD nombrando «los daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales para las personas físicas, como pérdida de control sobre sus datos personales o restricción de sus derechos, discriminación, usurpación de identidad, pérdidas financieras, reversión no autorizada de la seudonimización, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, o cualquier otro perjuicio económico o social significativo para la persona física en cuestión»; además, el RGPDP regula en su artículo 33 que el responsable del tratamiento debe notificar y c) «describir las posibles consecuencias de la violación de la seguridad de los datos personales».

⁶ En el documento de trabajo 1/2008 sobre la protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y el caso especial de los colegios), de 18 de febrero 2008 debido al GT-29, cuando reflexiona sobre la edad idónea para que el menor pueda ceder sus datos personales para interactuar, pone el ejemplo de Reino Unido, país que finalmente, ante el silencio de su normativa sobre protección de datos personales (*Data Protection Act 1988*), tuvo que pronunciarse su Autoridad de Control que la edad idónea para que diera su consentimiento fuera superior a 12 años [Part II 7 (1)].

⁷ Por ejemplo, en el audiovisual, 3 nonies Directiva 89/552/CEE.

⁸ Vid. 1.2.1 Fragmentación del mercado de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños* (COM/2012/0196 final).

⁹ Resolución de 21 de septiembre de 1992 (DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992).

¹⁰ *Vid.* los riesgos del menor y sus posibles soluciones en BENDITO CAÑIZARES (2013), *La autorregulación: una alternativa para la protección de los «menores digitales»*, Programa de televisión, RTVE.es –UNED– Televisión a la carta <http://www.rtve.es/alacarta/videos/uned/uned-autorregulacion-alternativa-para-proteccion-menores-digitales/1840118/>

¹¹ COM (2010) 245 final.

¹² *Vid.* ¿Qué es la autorregulación? GÓMEZ CASTALLO, Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado, 115.

¹³ Por ejemplo, para combatir la explotación sexual y la pornografía infantil, pueden constituirse plataformas de alerta a nivel nacional y de la UE, junto con medidas encaminadas a suprimir los contenidos nocivos y evitar su visualización. También resultan esenciales las actividades educativas y las campañas de sensibilización para el público en general: la UE y los Estados miembro pueden redoblar sus esfuerzos, p. ej., a través del programa Safer Internet, para informar y formar a los niños y a las familias sobre la seguridad en línea, además de analizar el impacto que tiene sobre los niños el uso de las tecnologías digitales. También podría instarse a las industrias a seguir desarrollando y aplicar regímenes de autorregulación, en particular en lo que se refiere a la protección de los menores que utilizan sus servicios.

¹⁴ Es un sitio del Portal Sociedad de la Información donde con palabras claves por temas se da orientación sobre los derechos en internet. Por ejemplo, en el tema «protección de menores contra contenidos nocivos», se informa cómo denunciar a través de líneas de denuncia del país de la persona que alerta y si no se sabe, se dice de acudir a la red de líneas de denuncia INHOPE, la cual nos lleva en España a PROTEGELES.COM. Además, eYou-Guide tiene enlaces útiles como Agenda Europa y Dolceta, esta pensada para Profesores también y aconseja que el aprendizaje sea divertido.

¹⁵ *Vid.*, el planteamiento que sobre los derechos del niño que hace la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos humanos en su *Manual de legislación europea sobre los derechos del niño*, 2015.

¹⁶ Las otras dos acciones son: 2) La propuesta de un instrumento opcional de Derecho contractual que complemente la Directiva sobre derechos de los consumidores (2012); 3) El Libro Verde sobre la solución alternativa a las controversias.

¹⁷ Europa 2020: *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, de 3 de marzo de 2010 [COM (2010) 2020 final].

¹⁸ Las otras son: 1) Unión por la innovación; 2) Juventud en movimiento; 4) Una Europa que utilice eficazmente recursos; 5) Una política industrial para la era de la mundialización; y 6) Agenda europea para las nuevas cualificaciones y empleos

¹⁹ Los otros obstáculos son: 2) Falta de interoperabilidad entre productos y servicios; 3) Incremento de la ciberdelincuencia; 4) La ausencia de inversión en redes; 5) La insuficiencia de esfuerzos de innovación; 6) La carencia de alfabetización y capacitación digitales; y 7) La pérdida de oportunidades para afrontar retos sociales.

²⁰ Los otros son: 1) Contenidos y servicios atractivos y libre circulación (en el que cobra especial importancia la simplificación de licencias o autorizaciones de los derechos de autor); 2) Transacciones electrónicas menos complejas (aquí se encuadra las acciones sobre la formación del eID y la revisión de la Directiva de firma electrónica); y 4) Llegar a un mercado único de servicios de telecomunicaciones (por ejemplo, el llegar a un único número de servicio postventa; recordemos que el número 116 existe para la denuncia de la desaparición de niños)

²¹ COM (2011) 60 final, 15 de mayo 2011. Tiene sus bases en documentos señeros producidos en las instituciones europeas; a saber: la resolución del PE de 16 de enero de 2008 denominado: Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia, el Dictamen del Comité de las Regiones de 30 de junio 2007: Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia y el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la cooperación local y regional para la protección de los derechos de la Infancia en la Unión Europea.

²² La nota a pie de pág. 7 de la *Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños* dice que «La Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño (COM

(2011) 60 final) incluye unos principios generales encaminados a garantizar la ejemplaridad de las acciones de la UE en cuanto al respeto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño». Así señala otras acciones que la propia Agenda incluye y que son: que la Comisión estableciera su «zona infantil» (<http://europa.eu/kids-corner/>) y que pusiera en marcha el sitio web europeo sobre los derechos del niño (<http://ec.europa.eu/0-18/>).

²³ El Foro Europeo de los Derechos del Niño, puesto en marcha por la Comisión en 2007, se cita con el Foro de la Justicia en la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 —Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos— Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo» COM (2010) 171 final (*vid.* punto 8. «De las prioridades políticas a las acciones y los resultados»), pues la educación de los ciudadanos europeos en derechos se enfoca de dos maneras: procurando su sensibilización en aquellos derechos que más les van a afectar (nombraré tan solo los derechos sobre la protección de datos personales y los derechos de los consumidores, incluido el derecho de propiedad intelectual), y procurando reuniones de los Foros creados para lograr el diálogo con la sociedad civil.

²⁴ Esta Comunicación es en parte resultado de las Conclusiones del Consejo de 28 y 29 de noviembre de 2011 sobre la Protección de los Menores en el Mundo Digital.

²⁵ COM (2012) 196 final.

²⁶ Estos pilares no hacen sino seguir los cuatro puntos que la *Coalición de las principales empresas de tecnología y medios de comunicación para hacer de Internet un lugar mejor para nuestros niños*, desarrollaba en la Declaración de intenciones intitulada *A Better Place for kids 2011* y que son: (1) Animar a las empresas europeas a realizar contenido infantil de calidad en Internet; (2) Concienciar sobre los riesgos que pueden encontrar los niños en la red y ofrecerles las herramientas y estrategias adecuadas para protegerse a sí mismos y desarrollar una mentalidad crítica y aptitudes digitales; (3) Crear un entorno seguro para los niños en Internet y (4) Luchar contra el abuso y la explotación sexual de menores.

²⁷ COM (2012) 11 final, 25.1.2012.

²⁸ Dice: «El artículo 38 se refiere a los códigos de conducta. A tal efecto, inspirado en el concepto del artículo 27, apartado 1, de la Directiva 95/46/CE, aclara el contenido de los códigos y procedimientos, y faculta a la Comisión para decidir sobre la validez general de los códigos de conducta».

El artículo 39 introduce la posibilidad de establecer mecanismos de certificación y sellos y marcados de protección de datos.

²⁹ A las actuales producciones autorregulativas o corregulativas tendremos que prestar especial atención en el presente trabajo pues, lejos de alejarse de la autorregulación, el nuevo RGPD insiste en esta vía (sección 5 del Cap. IV, arts. 40 y 41), como era de esperar dado que en el proceso legislativo el engorde del actual artículo 40 y su imperatividad proviene, lo vemos al final de estas páginas, del texto de la Presidencia letona (art. 38.2ter 9565/2015) ya que la enmienda 135 (2014) 0212 PE coincidía prácticamente con el contenido del artículo 38 de la PRGPD que se ocupaba de los CDC pero que dejaba a disposición o voluntarismo de las asociaciones y otros organismos que representen a categorías de responsables o encargados del tratamiento de datos, el someter a evaluación sus CDC.

³⁰ Lo decimos porque en este RGPD al menor se le tiene en cuenta en contadas «ocasiones», concretamente en 4 CDOs. (38, 58, 65 y 75) y 5 artículos (8, 12, 40 y 57).

³¹ Dice el actual artículo 8.1. 2.º: «Los Estados miembro podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años».

³² El artículo 8 dice:

1. Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó.

Los Estados miembro podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años.

2. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible.

3. El apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembro, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño.

³³ BENDITO CAÑIZARES, *La autorregulación: una alternativa para la protección de los «menores digitales»*, *Self-regulation: an option for the protection of «digital natives»*, UNED, 2013, 35.

³⁴ Posterior es el *Reglamento (CE) nº 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos* (Diario Oficial núm. L 008 de 12 de enero de 2001, 0001-0022), que es por cierto de la misma época que las Directivas del sector de los servicios de comunicaciones electrónicas y del sector de la sociedad de la información que aparecerán a lo largo de estas páginas. La Directiva 89/552/CEE (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) inicia la andadura jurídica europea en este sector un poco antes que la Directiva 95/46/CEE.

³⁵ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. Forma parte como Directiva «específica», del Marco regulador común de las telecomunicaciones que se inicia con la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco); que se compone de estas otras tres Directivas específicas: 2002/20, 2002, 19 y 2002/22.

³⁶ Nos permitimos el identificar ambos sectores porque en realidad así parece resumirlo la Directiva 2002/58/CE, CDO (4). Vuelve, no obstante, a hablar de «sector de comunicaciones electrónicas» en sus CDOs (8) y (50), en su artículo 1, relativo al ámbito de aplicación. No obstante, define el objeto del servicio de comunicaciones electrónicas o «comunicaciones» en el artículo 2.d), pero no el «servicio de comunicaciones electrónicas» cuya definición proviene de la Directiva marco 2000/21/CE [art. 2.d)].

³⁷ Actualmente la ha sustituido la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio.

³⁸ Lo recuerda el CDO (14) Directiva 200/31/CE, de 8 de junio o Directiva sobre el comercio electrónico.

³⁹ El acervo comunitario sobre la protección del consumidor se aplica igualmente a los servicios de la sociedad de la información [CDO (11)].

⁴⁰ Vid. Directiva 2002/58/CE, CDO (10).

⁴¹ La razón de la ausencia de especial atención del menor en la DPD se debe a las producciones autorregulativas o corregulativas se estaban produciendo en la entonces CE, años noventa, y que propiciaban los Planes de acción que mencionamos en el punto 3 de este trabajo.

⁴² La DPD definía al «interesado» en la definición que sobre «datos personales» hacía en su artículo 2, letra a) como «una persona física identificada o identifiable (el “interesado”); se considerará identifiable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social; el dato personal del interesado que recoge el RGPD es también, según expresa el artículo 4 dedicado a las definiciones de la norma, el de “una persona física identificada o identifiable” conforme a los mismos parámetros que se han entrecerrillado del artículo 2 DPD pero haciendo gala de su afán clarificador y de transparencia, el RGPD ejemplifica el “identificador” señalando que puede serlo “un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad

física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”; (*vid.* 1). No obstante, el “destinatario” de la normativa de protección de datos puede serlo según la definición de su letra g) DPD y artículo 4.9) RGPD también “la persona jurídica”, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que reciba comunicación de datos, se trate o no de un tercero. No obstante, las autoridades que puedan recibir una comunicación de datos en el marco de una investigación específica no serán considerados destinatarios».

⁴³ BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

⁴⁴ Ya hemos mencionado en nota a pie de página anterior que tanto la DPD [art. 2.a)] como el actual RGPD [art. 4.1)], recogen en la definición de «datos personales» a la persona física identificada o identificable, esto es, determinable su identidad mediante un identificador.

⁴⁵ BOE núm. 262, de 31 de octubre de 1992.

⁴⁶ Ratificado por España el 27 de enero de 1984 (BOE de 15 de noviembre de 1985).

⁴⁷ *Vid. REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2005, 191, 107, 132, 133, 135 y 136; HERRÁN ORTIZ, *El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos*, Dykinson, 2002.

⁴⁸ Los antecedentes de esta norma son *Privacy Act, 1974* (Public Law 93-579) y *Electronic Privacy Act of 1986* (ECPA) (Pulic Law 99-508). *Vid.* el histórico del derecho a la privacidad en ROSENBERG HOLCBLAT Y SÁNCHEZ SANZ, *El Derecho a la Privacidad en Internet, AR: Revista de Derecho Informático*, Núm. 037, agosto de 2001.

⁴⁹ Así lo afirma el documento *CCTV: Developing Privacy Best Practices Report on DHS Privacy Office Public Workshop*, diciembre 2007, en el Appendix B, en su apartado FIPPs, que informa del desarrollo de otro Código de conducta norteamericano relativo a los circuitos cerrados de televisión, el *Best Practice for Government Use of Closed Circuit Television*, que también se basa en los mismos principios (FIPPs). Estos FIPPs se articularon primero en el Informe del Departamento de Salud, Educación y Bienestar de 1973 titulado «Records, Computer and the Rights of Citizens: Report of the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems». Este Informe identificaba ocho prácticas que más tarde sirvieron como base para la US Privacy Act de 1974, la cual es a su vez la base de la COPPA.

⁵⁰ En su sección 1304 intitulada «puerto seguro» indica claramente que hay que seguir incentivando a los operadores (1) para que hagan sus propias autorregulaciones o que se adhieran a las líneas maestras establecidas por otros anteriormente y que ya fueron aprobadas por la Comisión Federal de Comercio o *Federal Trade Comission* (2), con el fin dar cumplimiento a los requisitos fijados en la norma en orden a proteger a los menores.

⁵¹ §312.1 Scope of Regulations in this part: «This part implements the Children's Online Privacy Protection Act of 1998, (15 U.S.C. 6501, et seq.) which prohibits unfair or deceptive acts or practices in connection with the collection, use, and/or disclosure of personal information from and about children on the Internet». Una reciente resolución aplicando esta COPPA <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/06/mobile-advertising-network-inmobi-settles-ftc-charges-it-tracked>, contempla la necesidad de contar con el consentimiento parental cuando se utilizan los datos personales de menores como en este caso, para mandar publicidad.

⁵² Hablamos de idea conocida porque existían ya distintas iniciativas llevadas a cabo por los países europeos sobre la autorregulación de Internet que recoge FERNÁNDEZ ESTEBA, *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, Edit. Ciencias Jurídicas y McGraw Hill, Madrid, 1998, 102-106.

En nuestro país, tres años después de la DPD pero 1 año antes que nuestra LOPD, en nuestra industria sobre comercio electrónico ya se había aprobado por la Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE), el primer *Código Ético de Protección de Datos Personales en Internet de 1998*.

⁵³ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008).

⁵⁴ El legislador europeo, viendo la convergencia de este sector con los otros dos mencionados, decide crear en 2002 el marco regulador común de las redes y los servicios de las comunicaciones electrónicas, el cual se compondrá de la Directiva 2002/21/CE por el que se crea el marco y por lo que pasa a llamarse «Directiva marco» y cuatro Directivas específicas entre las que se encuentra además de la que atiende a la protección de datos en este sector o Directiva sobre la privacidad (*Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*), la Directiva autorización (*Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*), la Directiva acceso (*Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión*), la Directiva servicio universal (*Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*).

La evolución de este sector viene con la derogación de la Directiva sobre privacidad por la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio y con la Directiva 2009/136, de 25 de noviembre, que modificará la Directiva servicio universal, la Directiva 2002/58 y el Reglamento 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. Dos días después del 25 de mayo de 2011, esto es, cuando se cumplía su plazo de trasposición, nuestro Gobierno aprueba el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOCG, 27 de mayo de 2011), en el que su disposición final sexta incorpora parcialmente al ordenamiento jurídico español la Directiva 2009/136/CE, así como la Directiva 2009/140/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión y la Directiva 2002/20/CE, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones. Dicho proyecto caducó y finalmente, el marco regulador será traspuesto por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo (arts. 3 y 4). La vigente es la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones e insiste no solo en su nombre sino utiliza la palabra «sector de las telecomunicaciones» o «mercado de telecomunicaciones» incluso como concepto más amplio que el «comunicaciones electrónicas». En el epígrafe IV de su Preámbulo da la explicación de la preferencia terminológica y señala el ámbito de aplicación de la norma. Dice: «el objeto de la Ley, que no se limita a la regulación de las «comunicaciones electrónicas», término que, de acuerdo con las Directivas comunitarias, engloba aspectos tales como la habilitación para actuar como operador, los derechos y obligaciones de operadores y usuarios, o el servicio universal, sino que aborda, de forma integral, el régimen de las «telecomunicaciones» al que se refiere el artículo 149.1.21.^a de la Constitución Española. Por ello, la presente Ley regula, asimismo, otras cuestiones como la instalación de equipos y sistemas, la interceptación legal de las telecomunicaciones, la conservación de datos, o la evaluación de conformidad de equipos y aparatos, temas que a nivel comunitario son objeto de normativa específica. La Ley excluye expresamente de su regulación los contenidos difundidos a través de servicios de comunicación audiovisual, que constituyen parte del régimen de los medios de comunicación social, y que se caracterizan por ser transmitidos en un solo sentido de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios. No obstante, las redes utilizadas como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva y los recursos asociados sí son parte integrante de las comunicaciones electrónicas reguladas en la presente Ley. Igualmente se excluye de su regulación la prestación de servicios sobre las redes de telecomunicaciones que no consistan principalmente en el transporte de señales a través de dichas redes. Estos últimos son objeto de regulación en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Asimismo, en este Título, se reordenan

los objetivos y principios de la Ley, ya recogidos en la regulación anterior, incidiendo en la importancia de alcanzar un equilibrio entre el fomento de la innovación, el despliegue de nuevas redes, la prestación de nuevos servicios y la garantía de una competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones».

⁵⁵ En los servicios de redes de comunicación electrónica la verdad es que este apoyo en la autorregulación o la corregulación lo prevé expresamente el artículo 33.2 Directiva 2002/22/CE, pero de forma general y no en particular para los menores; dice: «cuando proceda, las partes interesadas podrán desarrollar, con la orientación de las autoridades nacionales de reglamentación, mecanismos con participación de los consumidores, agrupaciones de usuarios y proveedores de servicios, con vistas a mejorar la calidad general de la prestación de los servicios, mediante, entre otros mecanismos, el desarrollo y el seguimiento de códigos de conducta y normas de funcionamiento». Solo cuando es modificado por la Directiva 2009/136 y no el resto de las Directivas que conforman el sector o marco de los servicios de comunicación electrónica también insiste en estas medidas de autorregulación o de corregulación para que sean utilizadas antes de imponer cualquiera de las obligaciones que recoge el precepto en relación a la transparencia y publicación de información del servicio y, en particular, respecto de la obligación de informar a los abonados, de su derecho a decidir si incluyen sus datos personales en una guía pública de abonados y de los tipos de datos de que se trata, de conformidad con el artículo 12 de la Directiva 2002/58/CE (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

⁵⁶ En este sector, el recurso a la autorregulación para el tema específico del menor aparece tardíamente, con la Directiva 2009/136, que modifica el artículo 21.3 *in fine* de la Directiva 2002/22/CE (Directiva de servicio universal).

⁵⁷ Directiva marco del marco regulador de las telecomunicaciones que se inicia con la Directiva 2002/21/CE, expresa la distinción de su objeto de atención, esto es, la regulación de la transmisión [incluso en su ámbito, la Directiva no se aplica a los equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación, pero sí a los equipos de consumo utilizados a la televisión digital, ex. CDO (8)], respecto de la regulación de los contenidos [CDO (5)]; ello es la clave para entender que lo que cubre son los servicios de comunicaciones electrónicas, pero no los servicios que se prestan a través de las redes o servicios de comunicaciones electrónicas. Esto es, el artículo 2.c) Directiva 2002/21/CE define «servicio de comunicaciones electrónicas» como «el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radio difusión, pero no de los servicios que suministres contenidos transmitidos por redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos; queda excluidos asimismo los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE que no consistan, en totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas». Dos consecuencias: una, esta definición es la que sigue respetando la Directiva 2002/58 (ex. art. 2) y dos, de los contenidos que lleguen a cualquiera, adulto o menor, no se ocupará directamente; tan solo se ocupa [y ello llega también con la reforma dicha de 2009, de que a través de las redes de comunicación se informe por las empresas que prestan los servicios de comunicaciones electrónicas a los usuarios (antiguos y nuevos abonados)], de los usos más comunes de dichos servicios para desarrollar actividades ilícitas o para difundir contenidos nocivos y de los medios de protección contra la seguridad personal, la privacidad y los datos de carácter personal en el uso de dichos servicios de comunicaciones electrónicas [su art. 21.4.a) y b)].

⁵⁸ En el CDO (6) Directiva 2002/21/CE se hace referencia a la especial protección de los menores recogida en la política audiovisual que (hace referencia a la COM de la Comisión «Principios y directrices de la política comunitaria en el sector audiovisual en la era digital» y las conclusiones del Consejo de 6 de junio 2000).

⁵⁹ A salvo claro está, que se considera el aspecto particular relacionado con la notificación de la desaparición de niños perdidos [CDO (43) y art. 27 bis] y el concreto de los

discapacitados se hace referencia a la necesidad de mejorar su accesibilidad a los canales de programas de radio y televisión y servicios complementarios suministrados por el prestador de servicios específicos como el videotexto, el subtulado, la descripción acústica de imágenes y el lenguaje de signos [CDO (48)].

⁶⁰ GARCÍA CASTILLEJO, (2010) La regulación de los contenidos digitales: escenario de la convergencia, <https://philpapers.org/rec/CASLRD-3>.

⁶¹ Veremos que los que mencionamos enunciaban desde 2010, la fragmentación del ecosistema digital del menor (*vid.* 1 de este capítulo), no hacen sino atestigar que mucho antes se desarrollaron programas y acciones que, facilitando la autorregulación, dieron lugar al proceso de fragmentación.

⁶² SÁNCHEZ BRAVO, «*La regulación de contenidos Ilícitos y Nocivos en Internet: una propuesta desde la Unión Europea*», Informática y derecho, Vol. 27-29. UNED. Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1998, 361-387, <http://www2echo.lu/legal/es/Internet/wp2es-chap.html>

⁶³ Las llamadas comunicaciones comerciales tienen su tratamiento en específico en la LGCA y en la LSSI-CE, en armonía con arts.1 y 5.1 de Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

⁶⁴ Terminología del párrafo 5.^º del Preámbulo Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine.

⁶⁵ Esta Resolución nace de la Conferencia ministerial europea sobre la política de comunicaciones en masa celebrada en Praga del 7-9 de diciembre de 1994. *Vid.* todos los textos aprobados por las Conferencias ministeriales sobre las comunicaciones del Consejo de Europa en: [www.humanrights.coe.int/Media/documents/dh-mm/MinisterialConferences \(E\).doc](http://www.humanrights.coe.int/Media/documents/dh-mm/MinisterialConferences (E).doc).

⁶⁶ Ambas procedentes del Consejo de Europa, en las que obviamente se ha seguido esta línea de promover la autorregulación en el Consejo de Europa. Dentro de las últimas acciones también en el campo de los medios de comunicación de 2011, están las Recomendaciones números 7 y 8 del Comité de Ministros; la primera expresa «los criterios a aplicar para dar respuesta política diferenciada y graduada a los diferentes actores, de acuerdo con su rol de producción y difusión de información o contenidos» y la segunda, relativa a la protección y la promoción de la universalidad, integridad y protección de Internet, establece un «marco de cooperación entre los Estados miembro para preservar la globalidad de internet como un medio de salvaguardar la libertad de expresión y el acceso a la información»), y ello a pesar de que su naturaleza «normativa» podría en algún caso ser más que discutible, como «los e-derechos de los niños y las niñas», que en forma de decálogo fueron planteados el 6 de febrero en el *Día Internacional para una Internet segura* (fue celebrada en 14 países de Europa, Australia y focalizó su atención en los derechos de los niños a una Internet más segura) por UNICEF o la recién horneada en 2011 *Declaración intitulada «10 principios para el gobierno de Internet»* del Consejo de Ministros del Consejo de Europa (La Declaración intitulada «10 principios para el gobierno de Internet» del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, Declaración (2011) 1121/5.1E. Entre estos principios se recoge en general «la protección de los usuarios de Internet» y no de los niños en particular.

⁶⁷ Seguimos con la nomenclatura que le dio la modificación de la Directiva 2007/65/CE porque en realidad se denominaba Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembro, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (Directiva de Televisión sin Fronteras).

⁶⁸ *Vid.* CDO (4) Directiva 2000/31 o Directiva sobre el comercio electrónico.

⁶⁹ Acorde con ello, el CDO (18) de LSSI-CE, al abordar el concepto de «servicios de la sociedad de la información» dice que «La radiodifusión televisiva según se define en la Directiva 89/552/CEE y la radiodifusión radiofónica no son servicios de la sociedad de la información, ya que no se prestan a petición individual».

⁷⁰ Recordad Directiva 2002/21/CE [CDO (5)] y el IV Preámbulo LGTC que excluye expresamente de su regulación los contenidos difundidos a través de servicios de comunicación audiovisual, del que dice «constituyen parte del régimen de los medios de comunicación

social, y que se caracterizan por ser transmitidos en un solo sentido de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios».

⁷¹ «Programa»: un conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario dentro de un horario de programación o de un catálogo elaborado por un prestador del servicio de comunicación y cuya forma y contenido son comparables a la forma y el contenido de la radiodifusión televisiva. Como ejemplo de programas se pueden citar los largometrajes, las manifestaciones deportivas, las comedias de situación, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales.

⁷² Directiva 98/48/CE que reformaba la Directiva 98/34, al aportar un concepto de «servicios de la sociedad de la información», en su Anexo V, expresamente excluye la radiodifusión sonora y la radiodifusión televisiva; esta última actividad por estar contemplada en el artículo 1 Directiva 89/552/CEE que se modifica a su vez por la Directiva 97/36/CE. La definición actual tanto de la radiodifusión televisiva o «emisión televisiva» (es decir, un servicio de comunicación audiovisual lineal) como de un servicio de comunicación audiovisual a petición se reproducen casi en los mismos términos en las letras e) y g) artículo 1 de la actual Directiva de servicios de comunicación audiovisual o Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembro relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual.

⁷³ «Las comunicaciones comerciales audiovisuales relativas a bebidas alcohólicas no deberán dirigirse específicamente a menores ni fomentar el consumo inmoderado de esas bebidas».

⁷⁴ «Los Estados miembro adoptarán las medidas adecuadas para velar por que los servicios de comunicación audiovisual a petición ofrecidos por los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción que puedan dañar gravemente el desarrollo físico, mental o moral de los menores se faciliten únicamente de manera que se garantice que, normalmente, los menores no verán ni escucharán dichos servicios de comunicación audiovisual a petición».

⁷⁵ LINDE, VIDAL y MEDINA, *Derecho Audiovisual*, Colex, 4.^a edición, 2011, 5.^a edición, 2013, 580 págs.

⁷⁶ Artículo 16. Protección de los menores frente a la publicidad.

«La publicidad por televisión no contendrá imágenes o mensajes que puedan perjudicar moral o físicamente a los menores. A este efecto, deberá respetar los siguientes principios:

a) No deberá incitar directamente a tales menores a la compra de un producto o de un servicio explotando su inexperiencia o su credulidad, ni a que persuadan a sus padres o tutores, o a los padres o tutores de terceros, para que compren los productos o servicios de que se trate.

b) En ningún caso deberá explotar la especial confianza de los niños en sus padres, profesores u otras personas.

c) No podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas».

⁷⁷ Artículo 17. Protección de los menores frente a la programación.

«1. Las emisiones de televisión no incluirán programas ni escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, ni programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

2. La emisión de programas susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en todo caso, de aquellos que contengan escenas de pornografía o violencia gratuita solo podrá realizarse entre las veintidós y las seis horas y deberá ser objeto de advertencia sobre su contenido por medios acústicos y ópticos.

Lo así dispuesto será también de aplicación a los espacios dedicados a la promoción de la propia programación».

⁷⁸ Obviamente, antes de entrar en la entonces Comunidad Europea, España tras la Constitución tenía aprobada la Ley 1/1982, de 24 de febrero, por la que se regulan las Salas Especiales de Exhibición cinematográfica, la Filmoteca Española y las tarifas de las tasas por licencia de doblaje. En esta normativa, como su nombre indica se hace una clasificación de las salas de exhibición entre las llamadas especiales y las demás, que eran para las películas

llamadas de «Arte y Ensayo» y no una calificación de películas por edades, aunque lógicamente y tenor de la mayoría de edad constitucional, ya el artículo 1 de esta norma afirmaba: «Las películas de carácter pornográfico o que realicen apología de la violencia serán calificadas como películas X por resolución del Ministro de Cultura, previo informe de la Comisión de Calificación, y se exhibirán exclusivamente en salas especiales, que se denominarán salas X. En dichas salas no podrá proyectarse otra clase de películas y a ellas no tendrán acceso, en ningún caso, los menores de dieciocho años».

⁷⁹ «Son varias las razones que justifican la presente Ley. Es urgente y necesario equiparar la obra cinematográfica de los países miembros de la Unión Europea a la obra cinematográfica española y resulta conveniente flexibilizar el cumplimiento por los exhibidores de la cuota de pantalla. Es igualmente inaplazable adaptar la cuota de distribución a las exigencias del mercado, estableciendo para esta medida una vigencia máxima de cinco años, a partir de la promulgación de la presente Ley, de modo que al final de este periodo se liberalice plenamente el doblaje de películas de terceros países a las lenguas oficiales españolas» (Exp. Mot. párr. 2.^º).

⁸⁰ BOE núm. 138, 10 de junio.

⁸¹ Así lo denomina la Exp. Motivos de la Ley en su párrafo 3.^º

⁸² BOE de 19 de julio de 1983.

⁸³ BOE núm. 167, de 14 de julio de 1997.

⁸⁴ La Disposición adicional tercera denominada «Promoción de la autorregulación» dice: «Con independencia de lo previsto en el capítulo VI de esta Ley los poderes públicos promoverán el desarrollo de organizaciones de autorregulación del sector, pudiendo acudir, también, a ellas cualesquiera personas o entidades que se consideren perjudicadas».

⁸⁵ Debe su nombre al segundo apellido de la entonces Ministra de Cultura.

Dice el párrafo 5.^º del Preámbulo. «La Ley introduce el concepto de integración de la cinematografía en el conjunto del audiovisual, considerando este como un todo, con sus especificidades, para beneficio del cine y la televisión, concibiendo la producción cinematográfica y audiovisual como contenido básico de la televisión y a esta como elemento importante de difusión, promoción y financiación de la cinematografía».

⁸⁶ Un consuelo nos queda por acabarles *grossos* modo esta historia, el Real Decreto-Ley 6/2015, de 15 de mayo, que ha modificado la Ley 55/2017 y, concretamente su artículo 8.2., haciendo mención al artículo 7.6 LGCA, precepto que recuerda de nuevo la inmutabilidad de la calificación de una obra cinematográfica o audiovisual decidida por el ICAA o por el órgano competente de la CCAA cuando vaya a emitirse por TV.

⁸⁷ Programa «Sin Distancias» de Radio 3 UNED, Entrevista de BENDITO CAÑIZARES a D. ALEJANDRO PERALES ALBERT, Presidente de AUC, Asociación de Usuarios de la Comunicación, https://canal.uned.es/video/5a6fae01b111f50318b4656?track_id=5a6fae04b111f50318b4659

En el programa se analiza la legislación en esta materia y la necesidad de una armonización. En especial, se hace referencia a la Resolución de la Comisión Nacional de mercado y Competencia (CNMC) que determina unos criterios de calificación de contenidos audiovisuales, que son los que deben seguir todas las televisiones para una mejor defensa y protección del menor. Se analiza de esta Resolución y del CACTI. El Ministerio de Cultura es el que tiene la competencia en materia del cine y es el primero que clasifica la obra cinematográfica y el Ministerio de Industria.

⁸⁸ Del Consejo de Europa se derivan estos otros textos: Recomendación CM/Rec (1984) 3 del Comité de Ministros sobre los principios de la publicidad en televisión; Recomendación CM/Rec (1990) 10 del Comité de Ministros sobre cinematografía para niños y adolescentes; Recomendación 1286 (1996), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre una estrategia europea para los niños, de 24 de enero de 1996; Recomendación CM/Rec (2001) 8 del Comité de Ministros relativa a la autorregulación en materia de ciber contenidos; Recomendación CM/Rec (2006) 12 del Comité de Ministros relativa a la educación de los menores en el nuevo entorno de la información y las comunicaciones; Recomendación CM/

Rec (2007) 11 del Comité de Ministros relativa a la promoción de la libertad de expresión e información en el nuevo contexto de la información y las comunicaciones.

⁸⁹ ...relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana (98/560/CE), DOUE L 270/48, 7/10/98.

⁹⁰ Su CDO (13) dice textualmente: «Considerando que, por tanto, es importante impulsar a las empresas a que establezcan un marco nacional de autorregulación mediante la cooperación entre sí y con las restantes partes interesadas; que la autorregulación puede ofrecer a las empresas los medios para adaptarse rápidamente a la aceleración del progreso técnico y la mundialización de los mercados»; así, ahonda su [CDO (20)] que, de forma complementaria y respetando los marcos normativos pertinentes al nivel nacional y comunitario, la mayor autorregulación de los operadores debe contribuir a la aplicación rápida de soluciones concretas a los problemas de protección de los menores y de la dignidad humana, a la vez que se mantiene la flexibilidad necesaria para adaptarse a la rápida evolución de los servicios audiovisuales y de información.

⁹¹ De hecho la industria española de publicidad, representada por la Asociación AUTOCONTROL de la que luego hablaremos, no deja de rememorar en la última y reciente modificación de su Código por autonomía, el Código de Confianza Online 2015, que precisamente su elemento que lleva a considerarla *hard law*, a saber, el Jurado de la Publicidad, es un sistema de resolución de controversias de AUTOCONTROL que «es el único organismo privado español que ha sido reconocido por la Comisión Europea por cumplir los requisitos y principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, establecidos en la Recomendación 98/257/CE.

⁹² Textos autorregulativos tenemos antes de 1999 pero pertenecen al sector de la publicidad y del comercio electrónico. *El Código de Publicidad en Internet* (CPI) de AUTOCONTROL es de 1996 y el *Código Ético de Protección de Datos Personales en Internet* (CEPDPI) de AECE es de 1998; de hecho fue el pionero en España, Europa e incluso en Norteamérica, no solo por su aparición en el tiempo sino porque de entre los cuatro pilares sobre los que asienta esta protección de datos en Internet, el segundo atiende a la protección de menores a través de la limitación y clarificación del uso de datos que aporten; fue posteriormente derogado y sustituido por el *Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva*, el cual deroga y sustituye también al *Código Ético de Publicidad en Internet* de 1996 de AUTOCONTROL mencionado. Tuvo repercusión en Europa porque, como se afirmó entonces, (Computerworld Digital núm. 1338, 11 de diciembre de 1998, <http://www.computerworld.es/archive/la-aece-crea-un-codigo-de-proteccion-de-datos-personales-en-internet>), la Federación Europea de Marketing Directo (FEDMA) decidió adoptar este texto como modelo para la protección de datos personales en Internet para Europa.

⁹³ Criterios/dtsa/001/15, https://www.cnmc.es/sites/default/files/964426_6.pdf

⁹⁴ Su origen está en la Circular 1/1999, de 24 de marzo de 1999 del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (ICAA), tras la que quedó claro que se dejaba a merced de las empresas titulares de salas de cine la responsabilidad de emitir una publicidad idónea o no a la calificación de la obra cinematográfica que se proyectara pues no existía la obligación para los exhibidores ni de presentar a dicho organismo la obra publicitaria para su calificación previa junto con la película ni tampoco el tener otros certificados de calificación que aquellos referentes a las películas que exhibieran en sus locales. Por ello, nace con el deseo de enmendar dicho margen de posible irresponsabilidad social el deseo de compromiso por parte de la industria publicitaria, en concreto, de las agencias en exclusiva de publicidad cinematográfica DISTEL, MOVIERECORD Y RMB ESPAÑA MULTIMEDIA, miembros de AUTOCONTROL, el suscribir el Código.

⁹⁵ Excepciona la publicidad de bebidas alcohólicas y de tabaco que tienen sus propios CDC (*vid. arts. 6/7 y 7/8 nuevo CEPEC*).

⁹⁶ RODOTA, *Códigos de conducta: entre hard law y soft law*, 23 y 25, DE LA CUESTA RUTE, *La autorregulación como regulación jurídica*, 38. BENDITO CAÑIZARES, *La auto-*

rregulación: una alternativa para la protección de los «menores digitales», Self-regulation: an option for the protection of «digital natives», UNED, 2013, 178.

⁹⁷ En concreto, merece destacarse el Estudio denominado «Evaluación del cumplimiento del Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia», que se ha realizado en 2011 en el marco del Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y la Asociación de Usuarios de la Comunicación, y cuya dirección y elaboración del Informe final ha sido llevado por D. ALEJANDRO PÉRALES ALBERT, Presidente de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC).

⁹⁸ Resolución de 23 de junio de 2015 por la que se verifica la conformidad con la normativa vigente de la modificación del código de autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia solicitada por el comité de autorregulación y se dispone su publicación verificación/ DTSA/001/15/verificación código autorregulación.

⁹⁹ MARTÍNEZ OTERO, *La protección de los menores en la política audiovisual de la Unión Europea: un objetivo prioritario*, UNED, *Revista de Derecho Político*, número 84, mayo-agosto de 2012, 493-528.

¹⁰⁰ Por Decisión núm. 2256/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, se adopta un nuevo programa plurianual (2003-2005) para el seguimiento del plan de acción Europa 2005, la difusión de las buenas prácticas y la mejora de la seguridad de las redes y la información (Modinis). DOCE L 336, 23-12-2003 (2256/2003 CE), que será la continuación del Plan de Acción eEurope 2000.

El Plan de Acción Safer Internet 1998-2004 de la UE se crea en 1999 por la Decisión núm. 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet y las nuevas tecnologías en línea mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos, principalmente en el ámbito de la protección de los niños y de los menores. Sigue a dicho Plan el *Programa Safer Internet plus* pensado para el periodo de 2005 a 2008, que es otro programa comunitario de cuatro años pensado para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea, que se crea por Decisión núm. 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005. Tras el tercer Programa pensado para el periodo 2009-2013, que fue adoptado en 2008 por Decisión núm. 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se establece un programa comunitario plurianual sobre la protección de los niños en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación, DO n° L 348 de 24/12/2008, 0118-0127), la Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños COM (2012) 196 final, considera que a partir de 2014 las acciones que debe poner en marcha la Comisión son las previstas en el Mecanismo «Conectar Europa» (MCE) (el MCE ha sido creado en virtud del Marco Financiero Plurianual —Un presupuesto para Europa 2020, COM(2011) 500, partes I y II; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea el Mecanismo «Conectar Europa» COM (2011) 665—, sin perjuicio de la decisión final y los importes definitivos sobre las propuestas del MCE y el Marco Financiero Plurianual de la UE, teniendo en cuenta el contexto político más amplio de la estrategia Europa 2020) y Horizonte 2020 o Programa Marco de Investigación e Innovación de la UE, sin perjuicio de la decisión final y los importes definitivos sobre la propuesta relativa a Horizonte 2020 y el Marco Financiero Plurianual de la UE, teniendo en cuenta el contexto político más amplio de la estrategia Europa 2020.

¹⁰¹ Se puede constatar como las españolas Telefónica o Tuenti son miembros fundadores junto con otros fabricantes de teléfonos móviles, proveedores de sistemas operativos, proveedores de servicios de Internet, organismos de radiodifusión, redes sociales y operadores de telefonía móvil entre los que se encuentran Appel, Microsoft, Facebook, France Telecom-Orange, etc., de la nueva Coalición de las principales empresas de tecnología y medios de comunicación para hacer de Internet un lugar mejor para nuestros niños que impulsó en 2011 la Vicepresidenta de la Comisión Europea responsable de la Agenda Digital —*Making internet a better place for children*— a shared responsibility, Neelie Kroes. Los miembros de esta Coalición en su Declaración de intenciones acuerdan adoptar medidas en

cinco ámbitos: Herramientas de notificación sólidas y sencillas, Parámetros de privacidad ajustados a la edad, Uso más amplio de la clasificación de contenidos, Mayor disponibilidad y uso del control parental y Retirada efectiva de los materiales de pornografía infantil; ámbitos que más tarde, en mayo de 2012, sigue para su desarrollo la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños [COM (2012) 196 final].

¹⁰² La Directiva 2000/31/CEE, acoge la definición de «servicios de la sociedad de la información» que da el artículo 1.2 de la Directiva 98/34/CE modificada por la Directiva 98/48/CE (ex. art. 2).

¹⁰³ Vid. artículo 8.d de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), modificada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (LMISI).

¹⁰⁴ Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso. Otras Directivas sobre servicios de la sociedad de la información son: Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

¹⁰⁵ *Código de Confianza Online y el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva* es su nombre completo.

¹⁰⁶ Por otra parte, se integra en Asociaciones Internacionales como EASA-ALLIANCE, que, en el año 1995 lanza una encuesta sobre los niños y la publicidad.

¹⁰⁷ ...de la antigua Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (ADESE), actual Asociación Española de Videojuegos (AEVI), cuya última versión ha sido de 2018.

¹⁰⁸ Es el llamado Código de Conducta de la industria europea del software interactivo relativo a la clasificación por edades, el etiquetado, la promoción y la publicidad de productos de software interactivo.

¹⁰⁹ Su última versión es de 2015.

¹¹⁰ También los Preámbulos de los dos códigos, el Código Ético de comercio electrónico y Publicidad Interactiva de AECE y el COECO de AUTOCONTROL se asemejan.

¹¹¹ El artículo 26.5 habla de adolescente, esto es, la persona física que es mayor de trece años [(art. 1.m)], a quien se le puede pedir su consentimiento en el tratamiento de sus datos personales y por tanto, no es necesario la autorización de los padres.

¹¹² Consejería de Economía y Hacienda de la Dirección General de Consumo.

¹¹³ Adigital según consta en su Memoria Anual 2015-2016, (<https://www.adigital.org/media/memoria-adigital-2015.pdf>), gestiona la única lista de exclusión publicitaria o lista Robinson del mercado con más de 400.000 ciudadanos inscritos que no desean recibir publicidad y que las empresas tienen obligación de consultar. Además, —dice— tras el III análisis sobre la situación del ecommerce en España y el I Estudio sobre la Confianza de los Españoles en las Compras Online, elaborado junto con Showroomprive y en el que sale fortalecida la importancia de sellos como el nuestro, como herramienta para generar confianza en los consumidores (pág. 23).

¹¹⁴ Vid. RUIZ NÚÑEZ, Cap. III, Códigos de Conducta, artículo 18 LSSI-CE, La nueva Ley de Internet, LA LEY, abril de 2003, pág. 301, otros CDC además de los reseñados, como el debido a la Asociación Multisectorial de Empresas españolas de Electrónica (ASIMELEC), el de la AUI (Asociación de Usuarios de Internet) con su *convenio de autorregulación* con el que se quiere favorecer el apropiado uso de Internet por parte de usuarios y proveedores de

información y de acceso y de infraestructuras de telecomunicaciones o el CERMI de discapacitados por el que se dota la ONCE y el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

¹¹⁵ Esta Federación representa a nivel europeo al sector del comercio directo y reúne no solo a un gran número de Asociaciones de usuarios y de proveedores de servicios del ramo de la comercialización directa de todos los países europeos (a la excepción de Bélgica, Luxemburgo y Dinamarca), sino a un número importante de compañías de servicios de comercialización directa. Formando parte de esta Federación está la Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo (AECEM/FECEMD), a la que se debe el *Código de Protección de Datos personales en Internet de 1998*. La Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (AECE-FECEMD) nace en el año 2005 fruto de la fusión de la Asociación Española de Marketing Relacional (AEMR-FECEMD) y la Asociación española de Comercio Electrónico (AECE-FECEMD). Esta asociación ha devenido Asociación Española de Economía Digital, *adigital*, en 2010.

¹¹⁶ La FEDMA desde su creación ha producido en solitario tres códigos: el *FEDMA European Code of Practice for the Use of Personal Data in Direct Marketing*, el *FEDMA Code of Practice for Listbroking* y el *FEDMA Code of Conduct for e-Commerce and Interactive Marketing*, denominado *Code on e-Commerce*. En concreto, el *FEDMA European Code of Practice for the Use of Personal Data in Direct Marketing*, es una corregulación pues fue negociado con la Comisión Europea y, en particular con el Grupo de Trabajo del artículo 29 DPD, constituyéndose como un código general; por ello, se aplica no solo a los actuales miembros de FEDMA sino a otras compañías y asociaciones de marketing directo; su Anexo es el *FEDMA European Code of Practice for the Use of Personal Data in Direct Marketing - Electronic Communications Annex (the On-line Annex)* de junio 2010, el cual debe implementarse con la llamada *FEDMA guidance document for the implementation of the On-line Annex*. El *FEDMA Code on e-commerce & interactive marketing*, fue adoptado por la FEDMA en el mismo año 2000 pero antes que el Código FEDMA 1. No obstante, preferimos llamarlo «Código FEDMA 1» porque es el que recibió en junio 2003 el visto bueno del GT29, al entender su Dictamen 3/2003, GT29 núm. 13 que se ajustaba al artículo 27 Directiva 95/46, consagrado a la publicidad y que uno de los temas principales que se subrayan y por el que es considerado que aporta un valor añadido a la norma europea fue que incluye especiales normas de protección de menores, tratando en particular los casos en los que los datos personales son recabados del propio menor cuando participa en juegos o cuando obtiene un precio o similar actividad promocional (2.2); no obstante, la opinión de la BECU (the European Consumers' Organisation), refrendada por el GT29 (4.), es que precisamente ese inicio de protección que se da en el epígrafe 2.6 del Código debería completarse y aumentarse pues no es comparable con la protección que brinda la *American COPPA Act*; por eso, se añade un Anexo a este Código que finalmente, tras el visto bueno del GT29, ve la luz en 2010 (2.3); No obstante, el «Código FEDMA 2», importante también puesto que incluye, en el ámbito tan cercano del comercio electrónico disposiciones sobre comunicaciones comerciales (3.), sobre protección de datos y privacidad en el consumo (5.) y un epígrafe especial sobre la protección de menores (6.).

¹¹⁷ El propio Código FEDMA 1, define «*Direct Marketing*» como «*The communication by whatever means (including but not limited to mail, fax, telephone, online services etc...) of any advertising or marketing material, which is carried out by Direct Marketer it-self or on its behalf and which is directed to particular individuals*». Ya desde temprano el GT29 considera dicha definición adecuada y lo expresa en la *Opinion 5/2004 on unsolicited communications for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC*, de 27 de febrero de 2004, WP 90 (11601/EN), (3.3) argumentando que aunque en el CDO (30) de la Directiva 95/46, no recoge una definición de «marketing directo», sin embargo sí que se describen sus fines cuando dice: «... que los Estados miembro pueden asimismo establecer previamente las condiciones en que pueden efectuarse comunicaciones de datos personales a terceros con fines de prospección comercial o de prospección realizada por una institución benéfica u otras asociaciones o fundaciones, por ejemplo de carácter político,

dentro del respeto de las disposiciones que permiten a los interesados oponerse, sin alegar los motivos y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan»; de esa forma el GT29 puede afirmar que el artículo 13 Directiva 2002/58 cubre cualquier tipo de promoción de venta, incluyendo las campañas de recaudación de fondos que realicen organizaciones benéficas o políticas.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE) en su versión electrónica permite acceder al contenido de la 22.^a edición y las enmiendas incorporadas hasta 2012 y en ella, la voz inglesa «marketing» es traducida por «mercadotecnia» que a su vez define con dos significados: 1. f. Conjunto de principios y prácticas que buscan el aumento del comercio, especialmente de la demanda y 2. f. Estudio de los procedimientos y recursos tendentes a este fin. Por ello, «material marketing» podemos traducirlo como «material de propaganda publicitaria».

En definitiva, «Direct marketing» es un tipo de publicidad que se dirige, sin intermediario alguno, directamente al consumidor; y «material marketing» podría traducirse como material de mercadotecnia, esto es, material de propaganda publicitaria.

¹¹⁸ *Vid. 5.1 Código FEDMA 2.*

¹¹⁹ Este GT-29 ha sido sustituido en el RGPD por el Comité Europeo de Protección de Datos, organismo de la Unión, que gozará de personalidad jurídica (art. 68) que emitirá dictámenes sobre los códigos de conducta elaborados a escala de la Unión de conformidad con el artículo 40, apartado 9 [(70.x)].

¹²⁰ Otras Opiniones del GT29 sobre la geolocalización (Opinión 5/2005) y sobre Visados y Biometría (Opinión 3/2007) incluyen determinados principios o recomendaciones en relación con la protección de datos de los niños. Una última Opinión sobre publicidad comportamental en línea (*Opinion 2/2010 on on-line behavioural advertising*), de 22 de junio de 2010, es decisiva de consultar pues es relativa a la última modificación llevada a cabo por la Directiva 2009/136/CE, que vino a modificar la Directiva 2002/58/ CE o Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, añadiendo un artículo 5.3 que viene a insistir en las exigencias de información del artículo 22.2 LSSI-CE pero trayendo la novedad que tiene aparejado el problema del tratamiento de las cookies; es decir, que es necesario que un usuario conozca con transparencia y pueda consentir después si la plataforma puede emplear su trazabilidad para que le llegue la publicidad acorde con ella: Principio «*opt-in*» por el que opta Europa.

¹²¹ Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre.

¹²² *Vid. VIDAL BELTRÁN, «Regulación y realidades de autorregulación de contenidos audiovisuales en España», en Contenidos y mercado en la regulación de la comunicación audiovisual, El nuevo marco normativo de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, bajo la codirección de Belando Garín y Montiel Roig, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 77, nos resume los distintos preceptos de la LGCA que abren espacios de autorregulación aunque antes de dicha legislación puedan contarse seños textos de autorregulación como el relativo a lo audiovisual denominado con un título excesivamente largo: «Convenio sobre Principios para la autorregulación de las cadenas de televisión en relación con determinados contenidos de su programación referidos a la protección de la infancia y la juventud» adoptado por el Ministerio de Educación y Ciencia, las Conserjerías de Educación de las Comunidades Autónomas y las Cadenas de televisión de 26 de marzo de 1993.*

¹²³ No en vano se puede leer en el punto 1 de la Introducción al Informe Explicatorio de la Convención 108 que «It has also influenced policy and legislation far beyond Europe's shores.

¹²⁴ Recordemos que la revisión del Convenio se inició en 2010 con la autorización otorgada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa pero que hasta en noviembre de 2012, no se presentó una propuesta definitiva de texto articulado por el Comité Consultivo del Convenio, ya que el Consejo de Ministros la había a su vez remitido a la Comisión CA-HDATA presidida por el Comité Consultivo a propuesta de *Standing Committee on Media and Information Society*, para su estudio.

Por otra parte, es claro que ya se han superado los dos factores que según la Memoria de la AEPD 2013 (pág. 59), ralentizaban el último peldaño hacia la modificación de la Conven-

ción, a saber, que la competencia de la Comisión para negociar en el seno de CAHDATA no se da sino hasta junio 2013 y que entonces se estaban gestando el RGPD y la Directiva sobre protección de datos.

¹²⁵ El Protocolo fue adoptado por Decisión del Comité de Ministros en su 128 Sesión, celebrada el 18 de mayo de 2018. Según el punto 4 de la Decisión el Protocolo queda abierto a la firma de los Estados Miembro y demás partes contratantes el 25 de junio de 2018.

El artículo 37 del Protocolo establece que su entrada en vigor se producirá cuando todas las partes firmantes lo hayan ratificado, estableciendo no obstante que, transcurridos 5 años desde la apertura del Protocolo a la firma, resultará vinculante para los Estados Miembro que lo hubiesen ratificado.

¹²⁶ Este precepto debe completarse con el artículo 1 del *Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows* de 8 de noviembre de 2001.

¹²⁷ «e) shall promote: iii awareness of controllers and processors of their responsibilities under this Convention; specific attention shall be given to the data protection rights of children and other vulnerable individuals».

¹²⁸ «Each Party shall provide that data processing can be carried out on the basis of the free, specific, informed and unambiguous consent of the data subject or of some other legitimate basis laid down by law». Es decir, valora que puede haber un doble camino para que sea válido el consentimiento: el que cumpla con los requisitos establecidos en la Convención o el que sea válido según el principio previsto por la ley (*vid.* el punto 41, II. Informe Explicatorio).

¹²⁹ A estos adjetivos hay que añadir, para datos especiales (datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física) o sensibles el término «explícito» (*vid.* art. 9).

¹³⁰ También los Preámbulos de los dos códigos, el Código Ético de comercio electrónico y Publicidad Interactiva de AECE y el COECO de AUTOCONTROL se asemejan.

¹³¹ GARCÍA CASTILLEJO, La regulación de los contenidos digitales: escenario de la convergencia, <https://philpapers.org/rec/CASLRD-3>, pág. 5, describe este fenómeno diciendo que la convergencia tecnológica consiste en que los diferentes servicios (por ejemplo, servicio telefónico y el de acceso a internet) puedan ser soportados por una misma red.

¹³² El documento de trabajo, así como a las respuestas al Libro Verde sobre la convergencia, está disponible en <http://www.ispo.cec.be/convergencecg>

¹³³ Explica: «una mayoría clara se inclinó por la opción 1 —partir de las estructuras reguladoras actuales—, sugiriéndose en algún caso que la opción 3 podría aplicarse a las redes y a la transmisión. Muchos temían que la opción 2 desarrollo de un nuevo modelo regulador de los servicios nuevos paralelo a los marcos ya existentes se tradujera en nuevas áreas de indefinición y estratos adicionales de reglamentación. Los partidarios de la opción 3 introducción progresiva de un marco regulador integrado para todos los servicios subrayaban que podría ser un objetivo válido a largo plazo, pero insistiendo en el carácter gradual que presenta actualmente el proceso de convergencia».

¹³⁴ Dirá expresamente: «Hay también acuerdo en que, en el mundo en línea, la autorregulación será de aplicación cada vez en mayor medida. Por ello, la mayoría de los participantes en la consulta desean conservar un planteamiento sectorial de los contenidos audiovisuales,...».

No nos extraña; en 1998 también se lanzan por la Comisión y el Parlamento dos resoluciones, resolución de 28 de octubre de 1999 sobre la función de la normalización en Europa, (DO C 141 de 19.5.2000) y resolución de 12 de febrero de 1999 sobre el informe de la Comisión (DO C 150 de 28.5.1999) que atienden a la llamada «normalización» del sector tecnológico porque el producto tecnológico, el servicio de telecomunicación, audiovisual o de la sociedad de la información necesita también «normalización» o «interoperatividad», es decir, normas técnicas que vayan consensuándose. Por ello, se crea pues —digamos— en

paralelo al RGPD, en 2012, Reglamento núm. 1025/2012, sobre la normalización europea en el que, por cierto se distingue «norma» de «especificación técnica».

Y en aquellos momentos también se habla de la necesidad de los CDC, Directrices, Buena Gobernanza... (*vid.* para el ámbito de las TIC, el punto 14 del Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre acciones emprendidas con arreglo a las resoluciones sobre normalización europea adoptadas por el Consejo y el Parlamento Europeo en 1999.

Vid. SANZ GIL, *La sociedad de la información. Convergencia tecnológica con Europa: eEurope 2010/eEspaña 2010* para los planes de acción con objetivos y políticas concretas de la Sociedad de la Información, englobados en eEurope.

¹³⁵ Denominado ahora Comité europeo de protección de datos y con la PRGPD «Consejo Europeo de Protección de Datos» [*ex. art.* 64, punto 3.4.7.3 Exp. Mot. y CDO (110)], es un organismo que sustituye al GT29 tiene personalidad jurídica (art. 68) independiente (art. 69) y entre sus funciones debe alentar la elaboración de CDC [*ex. art.* 70.n)].

¹³⁶ Propuesta de 25 de enero de 2012, COM (2012) 11 final.

¹³⁷ El reciente Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, cumple en el ámbito español las nuevas exigencias del RGPD respecto a la forma de llevar a cabo la investigación del artículo 58.1 por la AEPD: personal competente, procedimiento a seguir... (arts. 1 y 2 II Exp. Motivos).

¹³⁸ Desde el principio lo tuvo claro. *Vid.*, el punto 3.4.4.5. Cap. IV Exp. Mot. PRGPD.

¹³⁹ El COECO 2018 de AUTOCONTROL, por ejemplo, ya tiene este consentimiento acorde con el RGPD, otra cosa es el nombre con el que distinga a los menores. El artículo 26.5 habla de adolescente, esto es, la persona física que es mayor de trece años [(art. 1.m)], a quien se le puede pedir su consentimiento en el tratamiento de sus datos personales y por tanto, no es necesario la autorización de los padres.

¹⁴⁰ *Vid.*, la división en este tema de la doctrina en VIGIL QUIÑONES OTERO, VIGIL DE QUIÑONES OTERO, El Registro, Hipoteca, los consumidores y la autorregulación de los acreedores, *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*, Dykinson, 2013, 59 y 60.

¹⁴¹ BENDITO CAÑIZARES, ¿Nuevos Avances en la ponderación de los intereses legítimos del nativo digital y del responsable en el tratamiento de datos?, *Aranzadi Nuevas Tecnologías*, número 39, diciembre 2015, 105-147.

¹⁴² BENDITO CAÑIZARES, *La autorregulación: una alternativa para la protección de los «menores digitales»*, *Self-regulation: an option for the protection of «digital natives»*, UNED, 2013, 20.

¹⁴³ BENDITO CAÑIZARES, *La autorregulación: una alternativa para la protección de los «menores digitales»*, *Self-regulation: an option for the protection of «digital natives»*, UNED, 2013, 19.

¹⁴⁴ Pues las CCAA entre otros objetivos tienen el principal de identificar y reparar las situaciones de desamparo de personas menores de edad, de ahí que todas contemplen por ejemplo, la medida tutelar del acogimiento familiar. El fin de estas legislaciones es reflejar el compromiso de las Administraciones públicas en cada Comunidad Autónoma competentes en estos tres planos: el respeto de dichos derechos en el ejercicio de sus actuaciones, su garantía y defensa y la previsión de su violación a través, fundamentalmente, del desarrollo de los derechos a la educación de los menores (arts. 5 y 10 LMU, arts. 13 y 17 LM) y a la información-divulgación de los mismos. *Op. cit.* UNED, 2013, 20.

¹⁴⁵ Es el término que prefiere junto con «niños y niñas y adolescentes» o «infancia y adolescencia», la LP-V (su Exposición de Motivos), pues explica que el término «menores» debe ser relegado al tener ciertas connotaciones paternalistas. *Op. cit.*, 20.

¹⁴⁶ Es un hecho que se está siguiendo de cerca el RGPD fuera del Espacio Europeo. Desde su aprobación ha habido interés por Estados como Japón. En el extenso Documento European Union General Data Protection Regulation, Privacy Commissioner for Personal data, Hong Kong, 2016, se hace una comparativa entre el RGPD y la Ley de Hong Kong sobre la materia. https://www.pcfd.org.hk/english/data_privacy_law/eu/files/eugdpr_e.pdf

¹⁴⁷ COM (2016) 176 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Prioridades de normalización en el sector de las TIC para el mercado único digital, de 19 de abril de 2016.

¹⁴⁸ Recuerda la frase de MÉNDEZ GONZÁLEZ, (en «La función económica de los sistemas registrales» en *RCDI*, Año LXXVIII, número 671, mayo-junio de 2002, 875-900), VIGIL DE QUIÑONES OTERO, El Registro, Hipoteca, los consumidores y la autorregulación de los acreedores, *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*. Coord. Díaz Ruiz, Dykinson, 2013, 55.

¹⁴⁹ Se dice por FERNÁNDEZ MARTÍN, El compromiso de los Registradores de España con la protección de datos, Blog Registradores de España, <http://registradores.org/blog/el-compromiso-de-los-registradores-de-espana-con-la-proteccion-de-datos-antonio-fdez-martin/>

¹⁵⁰ La misma hace mención a una anterior de 2009.

¹⁵¹ En esta resolución una de las alegaciones de la registradora para denegar la información solicitada es que esa investigación jurídica de unos bienes gananciales se podía conseguir en el proceso por la autoridad judicial conforme al artículo 59 LEC (Hecho II). Esta alegación decae en el FD 7.

¹⁵² Vid. cómo se pregunta por qué llegan más datos al Registro que los razonables y por qué en MANRIQUE DE PLAZA, El conflicto entre la publicidad registral y la protección de datos personales, <http://www.elnotario.es/hereroteca/revista-33?id=1079:el-conflicto-entre-la-publicidad-registral-y-la-proteccion-de-datos-personales-0-6135732369623829&tmpl=component&print=1&layout=default&page=1> (punto 2)

¹⁵³ En la «Política de Privacidad» de la www.registradores.org de Registradores de España se explica a sus usuarios que «el uso y fin del tratamiento es facilitar la obtención de la información registral solicitada, así como dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 15 de la LOPD, y por el apartado Sexto de la Instrucción de la DGRN de 17 de febrero de 1998, conforme al cual «Las solicitudes de publicidad formal quedarán archivadas, de forma que siempre se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y documento nacional de identidad o número de identificación fiscal durante un periodo de tres años». A estos efectos, se advierte que será objeto de tratamiento y archivo, entre otros, el dato de la dirección IP del usuario». El artículo 322.5 RH habla en el párr. 1.^º de la que nota simple, informativa, consistirá en un extracto sucinto del contenido de los asientos y en 2.^º de los datos contenidos en los asientos registrales, para luego repetirlo en el núm. 6.

¹⁵⁴ Dicen el FD 6 de la RDGRN de 20/07/10 y el FD 3 de la RDGRN 27/02/18 que «Reducida, en nuestro sistema registral, por razones de seguridad, eficacia, eficiencia y economía, la investigación jurídica de la propiedad y de las empresas a la mera solicitud de publicidad formal, es preciso cohonestar esta simplicidad procedimental con la finalidad que le atribuyen sus normas rectoras y conciliarla con los principios que inspiran nuestra legislación en materia de protección de datos».

¹⁵⁵ BENDITO CAÑIZARES (2015), ¿Nuevos Avances en la ponderación de los intereses legítimos del nativo digital y del responsable en el tratamiento de datos?, *Aranzadi Nuevas Tecnologías*, número 39, diciembre, 109.

¹⁵⁶ Dice el artículo 40.2 RGPD: Las asociaciones y otros organismos representativos de categorías de responsables o encargados del tratamiento podrán elaborar códigos de conducta o modificar o ampliar dichos códigos con objeto de especificar la aplicación del presente Reglamento, como en lo que respecta a: b) los intereses legítimos perseguidos por los responsables del tratamiento en contextos específicos.

¹⁵⁷ Somos conscientes de la gran construcción que deberán hacer o seguir haciendo. Vid. los esfuerzos realizados por ciertas Asociaciones europeas en este campo como European Land Registration Association o ELRA; solo hay que leer cierta publicaciones que recoge su web; a título de ejemplo, vid. MIHAI TAUS Romanian Land Registry Association Protection of personal data in the context of registration of the real rights, publications of 7th Annual Publications, Studies (2018) ELRA <https://www.elra.eu/wp-content/>

uploads/2017/02/5.-Mihai-Taus-Protection-of-personal-data-in-the-context-of-registration-of-the-real-rights.pdf, LÓPEZ, J. Guidelines on legal elements for land Register information in Europe publications, 7th Annual Publications, Studes (2018), ELRA, <https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2017/02/3.-Jorge-LopezGuidelines-on-Legal-Elements-for-European-Land-Register-Information.pdf> y MÉNDEZ 7th Annual Publications, Studes (2016) The land registrar as a legal profesional, <https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2017/02/6.-Fernando-P.-Mendez-The-Land-Registrar-as-a-Legal-Professional.pdf>

(Trabajo recibido el 27-8-2018 y aceptado para su publicación el 19-9-2018)

DICTÁMENES Y NOTAS

La condición resolutoria en la cesión del aprovechamiento a cambio de obra futura y su mecanismo

The Resolutoriy Condition in the transmission of urban development in exchange for future construction

por

ESTER MOCHOLÍ FERRÁNDIZ

Doctora en Derecho

Directora Departamento de Derecho Universidad Nebrija

FERNANDO TOMÉ BERMEJO

Doctor en Derecho

Decano Facultad de Ciencias Sociales Universidad Nebrija

RESUMEN: Hasta la actualidad en la tradicional permute de solar a cambio de obra futura, la inclusión de un pacto con inclusión de la condición resolutoria expresa, para el caso de falta de cumplimiento de la prestación por parte de cessionario, ha sido una fórmula, ágil y eficaz para garantizar a quien se ve desprovisto de su propiedad sin obtener al menos inicialmente, la prestación que le es debida en cambio. No obstante, la tradicional permute, se ha visto superada por otras fórmulas que permiten una mayor flexibilidad y margen de negociación entre las partes, como la cesión de solar, o la aportación y puesta común. Sin embargo proponemos de nuevo la fórmula de la cesión del aprovechamiento urbanístico, que es perfectamente asimilable, y entendemos puede ser muy eficaz para la finalidad a la que se orienta en

este contrato, pudiendo garantizarse igualmente con la condición resolutoria expresa.

ABSTRACT: Up to the present in the traditional exchange of solar in exchange for future work, the inclusion of a pact including the condition resolutorily expresses, in the case of non-compliance with the provision by the transferee, has been a formula, agile and effective to guarantee those who are deprived of their property without obtaining at least initially, the benefit that is due in exchange. However, the traditional swap has been overtaken by other formulas that allow greater flexibility and negotiation margin between the parties, such as the transfer of land, or common input and sharing. However, we propose again the formula of the cession of the urban development, which is perfectly assimilable, and we understand it can be very effective for the purpose to which it is oriented in this contract, being able to be guaranteed also with the express resolutory condition.

PALABRAS CLAVE: Condición Resolutoria. Permuta. Cesión. Aprovechamiento urbanístico.

KEY WORDS: *Resolutory Condition. Swap. Transfer land. Urban development.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. EFICACIA DE LA CONDICIÓN.—III. REQUISITOS Y FORMA DEL REQUERIMIENTO AL DEUDOR.—IV. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La realidad práctica que demanda el urbanismo, en vinculación con la figura de la cesión del aprovechamiento a cambio de obra futura, lleva a tener que resolver el principal obstáculo que se le plantea a las partes, derivado de la necesidad de proteger al cedente, si llegado el caso el cesionario no hubiere llevado a cabo y entregado la obra futura. El negocio de cesión de solar a cambio de obra, o la figura que he propuesto como mejor opción, de cesión de aprovechamiento urbanístico a cambio de obra futura, sigue presentando diferentes carencias, que dificultan en gran medida poder expandir su utilización en la práctica, pese a los beneficios que con este se pueden obtener.

El principal problema que se plantea es la necesidad de garantizar al cedente, que anticipa el cumplimiento de la obligación impuesta a su cargo, e incluso

en función de las diferentes configuraciones del negocio, anticipa la transmisión de la propiedad, sin tener aun la seguridad de que el cessionario llevará a cabo su obligación de ejecutar la obra y entregar la parte de la misma que le corresponde al cedente.

La inclusión de una condición resolutoria puede ser una manera eficaz de compelir al cessionario a llevar a cabo el cumplimiento de sus obligaciones, so pena de resolver el negocio, procediéndose a la reinscripción de los terrenos o del aprovechamiento a favor del antiguo propietario, es decir, el cedente.

Como destaca la DGRN deberá ser una resolución judicial la que pueda anular la reinscripción a favor de los cedentes, pero, desde luego, la oposición no puede parar el mecanismo de reinscripción *per se*, como detallaremos a continuación.

PASCUAL MAIQUES¹, resumía los requisitos exigidos para obtener la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código civil, dichos requisitos son:

1.º. Aportación del título del vendedor (art. 59 RH). Lógicamente se refiere al título de la transmisión en virtud del cual resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada;

2.º. La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. En caso de formularse oposición por el adquirente, el transmitente deberá acreditar en el correspondiente proceso judicial la concurrencia de los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento, de carácter grave que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta;

3.º. El documento que acredite haber consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o a quien corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguídos por la resolución (art. 175.6 RH). Este requisito se justifica porque la resolución produce, respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubiera percibido», en los términos que resultan del artículo 1123 del Código civil. Se trata de un deber que impone recíprocas prestaciones y que, como ocurre en la ineficacia por rescisión, uno de los contratantes solo estará legitimado para exigir del otro la devolución cuando cumpla por su parte lo que le incumba (cfr. art. 175.6 RH).

Respecto a la posibilidad de deducir cantidad alguna de la cláusula penal que se haya estipulado para el caso de resolución de la transmisión por incumplimiento, no cabe deducción alguna de la cantidad que deba ser consignada,

basándose en la cláusula, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el artículo 1154 del Código civil, sin que queda pactar otra cosa en la escritura. Todo ello implica que en el importe que en tal caso se consignará por el transmitente podrán existir cantidades que fueron indebidamente consignadas porque la deducción posible no pudo de momento inicialmente ser determinada.

Destaca la Dirección General de los Registros y Notariado que los terceros han de estar a las vicisitudes del cumplimiento de la obligación de pagar la contraprestación que incumbe al adquirente según el contrato en que se estipuló la condición resolutoria, pudiendo, si así les interesa, pagar lo que falte (art. 1158 CC). Pero esto no quiere decir que los terceros hayan de soportar necesariamente cualquier acto de admisión del incumplimiento o de los demás presupuestos de la resolución.

En relación al último requisito, la obligación de consignación, señala ROCA SASTRE², que fue la resolución de la Dirección General de 3 de junio de 1961, la que introdujo la necesidad de consignación limitándola al objeto de cancelar aquellos derechos inscritos a favor de terceros, y reducida al importe de los bienes o reintegro del precio que se hubiere satisfecho, con excepción de las cantidades retenidas en concepto de cláusula penal.

Esta necesidad y su contenido, se ha ido ensanchando tanto en sentido objetivo como subjetivo. Esta evolución se pone de manifiesto en la resolución de 14 de abril de 2014³ recogiendo la doctrina ya iniciada en la resolución de 17 de noviembre de 1978 que exigía esta necesidad de consignación haya o no terceros; y en sentido objetivo, la resolución de 29 de diciembre de 1982, que la amplía también a las cantidades reservadas en concepto de cláusula penal. Así como las resoluciones de 11 y 14 de octubre de 1991, que concretan que también debe comprender los intereses y no solo el precio abonado.

Realmente la extensión subjetiva, no encaja con el artículo 175, 6.^º del Reglamento Hipotecario, en cuya aplicación por analogía se pretende fundar. En relación a la extensión objetiva, la ampliación a los intereses es lógica, pero la indeducibilidad de la cláusula penal, no es coherente con la admisión de una renuncia semejante como la posibilidad que se recoge en el artículo 1477 del Código civil, «cuando el comprador hubiere renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea este, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiere hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias».

Desde este punto de vista, afirma MARTÍNEZ SÁNCIZ,⁴ que puede encajarse en la interpretación que del artículo 175, 6.^a hace la Dirección General, la configuración de la cláusula penal como indeducible, salvo que el comprador renuncie a este beneficio, con pleno conocimiento de los riesgos inherentes y sometiéndose a sus consecuencias. Ello requiere pues que se objetivice el conocimiento de causa por parte del comprador, lo que puede hacerse indicando la

cifra máxima que estaría exenta de consignación, unida a la expresa advertencia hecha por el notario.

II. EFICACIA DE LA CONDICIÓN

La resolución de 19 de junio de 2007⁵, recogió la doctrina jurisprudencial y la de la misma DGRN en relación a la condición resolutoria, al detallar los requisitos necesarios para que la resolución de un contrato de cesión de aprovechamiento o de permuta de solar por obra futura, pueda producir efectos, y que estos se hagan constar en el Registro de la Propiedad, todo ello en aplicación del artículo 1504 del Código civil.

Así pues podemos concluir que los requisitos para obtener la reinscripción a favor del transmitente del aprovechamiento o de la propiedad de la finca, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código civil, son los siguientes:

- a) Como para cualquier transmisión, ha de aportarse el título del transmitente de la finca al Registro de la Propiedad.
- b) Debe realizarse necesariamente la notificación judicial o notarial de quedar resuelta la transmisión, hecha al adquirente por el transmitente, pero es necesario que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución, invocando que falta algún presupuesto de la misma, pues en este caso solo cabe acudir al juicio correspondiente ante un Tribunal, sin que quepa resolución automática. En relación con este requisito, debemos poner de manifiesto, que lo realmente significativo, no solo es la exigencia de notificación judicial o notarial de quedar resuelta la transmisión, sino que no resulte que el adquirente al que se ha requerido se oponga a la resolución, y este extremo es la pieza clave (objeto de recurso) en la resolución de la DGRN de 10 de julio de 2013⁶, que entendemos de esencial importancia, recogiendo la doctrina anterior, cuando en su Fundamento Primero señalaba:

«La única cuestión que se plantea en el presente recurso, al ser el único defecto impugnado por el notario recurrente, es la de dilucidar si, constando inscrita la permuta de un solar a cambio de pisos en un edificio futuro y habiéndose pactado la condición resolutoria para el caso de que, transcurrido un plazo, no hubiesen sido entregadas las entidades registrales pactadas por la sociedad cessionaria a la cedente, puede reinscribirse el dominio a favor de esta, aportando escritura de resolución unilateral del contrato, acompañada de acta notarial en la que se requiere al cessionario llevar a cabo la resolu-

ción del contrato de cesión, sin que dicho cessionario haya contestado al expresado requerimiento al no haber sido hallado en el domicilio señalado a dicho efecto»⁷.

La misma DGRN señala en este punto que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado (cfr. sentencia de 31 de julio de 1995⁸) que el artículo 1504 del Código civil, es también aplicable a la permuta de solar a cambio de pisos en edificio futuro siempre que se haya pactado condición resolutoria explícita, extremo que sin duda también ha reconocido esta Dirección General en relación a la permuta y a otros contratos inmobiliarios generadores de obligaciones sinalagmáticas, entendiendo aplicable por analogía a la cesión de aprovechamiento a cambio de obra futura. La DGRN⁹ en relación a la condición resolutoria explícita, también conocida como pacto comisorio, señala que con esta fórmula se introduce en el negocio de que se trate, la facultad atribuida al contratante que ya ha cumplido la prestación a la que se obliga, de resolver el contrato en el caso de no recibir en el plazo acordado bien el precio, cuando se trata de una compraventa, o en su caso la contraprestación que le era debida. El ejercicio de la facultad de resolver presupondrá siempre un incumplimiento grave, tanto si se trata de la resolución por incumplimiento, que contempla el artículo 1124 del Código civil, inherente a todas las obligaciones recíprocas, como si de una condición se tratara; o en el caso de tratarse de la facultad resolutoria que, a modo de variante específica de la anterior, puede pactarse al amparo del artículo 1504 del mismo código, como medio de garantía para el vendedor (o en su caso para el cedente) de cosa inmueble o derecho susceptible de protección registral, para el caso de que el comprador o cessionario no proceda a pagar el precio, o realizar la contraprestación a su cargo. En virtud de este pacto la parte que ha cumplido, y ha transmitido la propiedad o el aprovechamiento de la finca inmobiliaria, gozará de una importante potestad de activar, por decisión unilateral, la ineeficacia contractual como consecuencia del mecanismo de la resolución. Mediante este acuerdo, el contratante que transmite el inmueble o derecho, antes de recibir el precio o contraprestación, atempera su riesgo contractual al conservar en su poder una clara garantía, que es oponible frente a terceros, si media la correspondiente inscripción registral. Por ello, como declaró la resolución de 17 de noviembre de 1978, «el enérgico sistema de autotutela que supone la facultad resolutoria pactada a favor del vendedor, ha de ser examinada en su aplicación con todo tipo de cautelas, a fin de salvaguardar los derechos de todos los interesados, y evitar en lo posible que el vendedor pueda, sin intervención de los Tribunales, decidir unilateralmente una cuestión tan delicada». Es por ello que necesariamente, la eficacia del ejercicio de la facultad resolutoria, dependerá del estricto cumplimiento de ciertos requisitos. Tal y como recuerda la resolución de 19 de junio de 2007 (en relación a un supuesto de cesión de solar a cambio de parte de la obra futura), los requisitos

para obtener la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código civil, fuera del proceso, son los siguientes: *1. Aportación del título del vendedor* (*cfr. art. 59 del Reglamento Hipotecario*), es decir, *el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada, por ser el título de donde nace el derecho y por recoger la integridad de la realidad contractual afectada por la resolución*; *2. La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma*¹⁰. Y, *3. El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguídos por la resolución* (*art. 175.6 del Reglamento Hipotecario*).

Es patente que si bien, la facultad resolutoria se ejerce de forma unilateral, sin embargo su eficacia (que en el orden registral alcanzará a la reinscripción de la titularidad dominical a favor del que activa la resolución) dependerá del aquietamiento de la otra parte ante tal decisión. La resolución presupone el incumplimiento grave del adquirente (pero no su prueba); por lo que si este formula su oposición a aquella, será el cedente quien habrá de acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustren el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin que concurra causa razonable que la justifique (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993, 20 de febrero y 16 de marzo de 1995).

III. REQUISITOS Y FORMA DEL REQUERIMIENTO AL DEUDOR

Como contrapeso de aquel ejercicio unilateral, la norma exige que se pratique un requerimiento (notarial o judicial), que no podemos olvidar, cumple una doble función: sirve para comunicar de forma fehaciente la decisión del vendedor de haber optado por la resolución, en el caso de que el comprador, o el deudor de la contraprestación, no haya cumplido lo que le incumbe, incluso tras haber expirado el plazo, antes de que le llegue la comunicación de tal decisión. Pero además también constituye un mecanismo de defensa; sirve para consignar —en el mismo documento, desactivando su eficacia resolutoria inmediata— la oposición del contratante a quien se imputa el incumplimiento.

Por tanto esta notificación constituye una pieza clave dentro del mecanismo resolutorio. Y cuando se practica mediante notario, ha de ajustarse a las previsiones del Reglamento que regula la función notarial. En particular deberá

estarse a lo que establecen los artículos 202, 203 y 204 del Reglamento Notarial, que básicamente se centran en regular los modos de practicar la diligencia notificadora y en consagrar el derecho de contestar del requerido o notificado. Como dice el artículo 202 *in fine* del citado Reglamento, *la notificación o el requerimiento quedarán igualmente cumplimentados y se tendrán por hechos en cualquiera de las formas expresadas en este artículo. Sin embargo, no es imprescindible que, en todo caso, se haya de entregar materialmente la cédula al requerido (que en este supuesto es la contraparte del contrato que se resuelve)*. Apoya esta consideración el artículo 203 del mismo cuerpo normativo cuando establece que si «*el interesado, su representante o persona con quien se haya entendido la diligencia se negare a recoger la cédula o prestase resistencia activa o pasiva a su recepción, se hará constar así, y se tendrá por realizada la notificación*». La propia norma reglamentaria reconoce que en muchas ocasiones la falta de entrega puede ser imputable al propio notificado, como ocurre (en caso de ausencia o negativa) cuando se pacta en el contrato un domicilio a efectos de notificaciones, que como todo pacto contractual (arts. 1091 y 1257 del Código civil) vincula a ambas partes. Todo ello sin olvidar que conforme al principio de buena fe contractual (arts. 7 y 1258 del Código civil), el cesionario, que en última instancia es quien debe ser requerido, ha de comunicar cualquier cambio del domicilio fijado a dicho fin, en aras a la plenitud de la eficacia del requerimiento resolutorio que eventualmente hubiera de practicarse. Pues en otro caso, se produciría un incumplimiento de lo previsto por el artículo 1256 del Código civil cuando señala que «*la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*», puesto que bastaría que el vendedor-cesionario adoptara una actitud pasiva, o rebelde a la entrega, para que quedara enervada la posibilidad de acudir a la resolución prevista en el artículo 1504 del Código civil.

Debe recordarse que el artículo 1504 del Código civil habla de «requerimiento judicial o notarial», por tanto se atribuye al vendedor-cedente la facultad de optar por cualquiera de estas dos vías, sin que el resultado fallido, en cuanto a la entrega, de una de ellas (en este caso la notarial) le obligue necesariamente a acudir a la otra para entender cumplido el requisito del requerimiento, pues no se exigen con carácter cumulativo.

Lo esencial es que se hayan cumplido las reglas que rigen los distintos tipos de notificación, que como toda norma procedural —cualquiera que sea el cuerpo en que se integre— son de carácter imperativo y de interpretación estricta. Como antes se advirtió, las reglas que rigen la notificación notarial (al no haber norma específica que introduzca para este procedimiento resolutorio una regulación alternativa) son las establecidas en el Reglamento Notarial para las actas de notificación.

Por último se debe acreditar la consignación del importe percibido por el transmitente en un establecimiento bancario o Caja oficial, y que deba ser

devuelto en su caso al adquirente, o bien lo que a este le corresponda, por su brogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución, pues no cabe que se realice unilateralmente deducción del importe pactado por razón de la cláusula penal documentada en el contrato.

Los terceros adquirentes, si bien no se verán afectados directamente, registralmente son interesados porque quedan afectados por la resolución, y así para ellos, también la documentación ha de cumplir un mínimo de garantías, o en su defecto, deberá el transmitente que resuelve el contrato, obtener la correspondiente resolución judicial en la que hayan sido citados los terceros, así como los titulares de otros asientos posteriores, por cuanto ha de acreditarse que han sido parte o han tenido conocimiento para su intervención en el procedimiento judicial entablado. La DGRN justifica esta postura señalando que se trata de evitar que a espaldas de los terceros, transmitente y adquirente concierten acuerdos sobre la resolución (anticipación de la resolución, disminución de las cantidades a consignar, etcétera) en menoscabo de la posición que corresponde a los terceros. Consecuentemente deberá declararse judicialmente la resolución de la transmisión. Además, para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores deberán ser citados en el procedimiento para alegar lo que a su derecho convenga en cuanto a ser cumplidos todos los presupuestos de la resolución, intervención prevista en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como intervención provocada o sobrevenida.

IV. CONCLUSIONES

I. Terminaremos señalando que en relación a la cancelación de la condición resolutoria la resolución de 2 de diciembre de 2015¹¹, marcará la diferencia de ámbito de aplicación en los artículos 82.5 y 210.8 de la Ley Hipotecaria, y reconoce que en aquellos supuestos en los que no cabe aplicar el artículo 82.5.^º de la Ley Hipotecaria, conforme a la resolución de 25 de marzo de 2014, ni tampoco cabe en la literalidad del artículo 210.8, ya que este precepto está previsto para aquellos supuestos en los que no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada podrá, no obstante, solicitarse la cancelación cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía, sin perjuicio, todo ello, de poder acudir a los procedimientos generales de los expedientes de liberación de cargas que regula el mismo artículo 210 de la Ley Hipotecaria en sus apartados anteriores.

II. Concluimos pues que es perfectamente asimilable la doctrina expuesta, a los casos donde la transmisión del cedente se limita a la cesión del aprove-

chamiento urbanístico, siendo incluso posible la inscripción de la condición en el Registro de la Propiedad, y aplicándose el mecanismo expuesto para el caso de una falta de cumplimiento de la obligación del cesionario, volviendo tras el cumplimiento de los requisitos analizados, el citado aprovechamiento transmitido al cedente, con eficacia frente a terceros, recordando en este punto la STS de 30 de mayo de 2012¹², Sala Primera, en relación a la condición o cláusula resolutoria y la interpretación de la voluntad de las partes. En ella se estimó la demanda y se declaraba el incumplimiento por parte de la promotora, y cualesquiera otras entidades subrogadas en sus obligaciones, de los contratos de permuta de solar por obra futura. También se acordaba el derecho de los demandantes a recuperar la propiedad de los solares, con todo lo edificado sobre ellos, en virtud de la condición resolutoria explícita incorporada a los mismos contratos.

III. Si no se hubiera expresado en la inscripción, la fecha límite en que debió haberse efectuado el pago o la entrega de las unidades edificadas al cedente, ni consta reclamación alguna, se podrá también obtener su cancelación por el simple transcurso de cuarenta años desde el último asiento, o acudir al expediente de liberación de cargas.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- Resolución de 19 de junio de 2007 (BOE de 20 de julio de 2007)
- Resolución de 10 de julio de 2013 (BOE de 8 de agosto de 2013)
- Resolución de 14 de abril de 2014 (BOE de 13 de mayo de 2014)
- Resolución de 2 de diciembre de 2015 (BOE de 28 de diciembre de 2015)

BIBLIOGRAFÍA

- CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios de Derecho Hipotecario*, T. I, Marcial Pons, Madrid 1994.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil III bis, Derecho Inmobiliario Registral*, Segunda Edición, Dykinson, Madrid, 2003.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J. A., El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia hipotecaria, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-noviembre de 1989.
- PASCUAL MAIQUES, R., Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado. Marzo de 2008, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*.
- PLANA ARNALDOS, M. C., La transmisión de dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, Tomo 78, número 674.
- ROCA SASTRE, R., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*. T. III, Octava Edición, Bosch, Barcelona.

RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Dykinson, Madrid, 1997.

RUDA GONZÁLEZ, A.: *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

NOTAS

¹ PASCUAL MAIQUES, Ramón, Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado. Marzo de 2008, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*.

² ROCA SASTRE, Ramón, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*. T. III, Octava Edición, Bosch, Barcelona, 446.

³ Resolución de 14 de abril de 2014 (BOE de 13 de mayo de 2014).

⁴ MARTÍNEZ SÁNCIZ, José Ángel, El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia hipotecaria, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-noviembre de 1989, 1193 y sigs.

⁵ Resolución de 19 de junio de 2007 (BOE de 20 de julio de 2007).

⁶ Resolución de 10 de julio de 2013.

⁷ En este supuesto de hecho se pactó a favor del cedente del solar la facultad de resolver el contrato si la prestación a que tenía derecho no se cumplimentaba en el plazo convenido. Y tanto la transmisión, como la condición resolutoria pactada tuvieron acceso al Registro de la Propiedad.

Llegado el incumplimiento, el cedente procede a optar por la facultad de resolución que se reservó y le notifica al cesionario de la siguiente forma: primero por un acta de notificación autorizada por el notario recurrente en la que exhortaba a la notario competente para actuar en el domicilio en que había de practicarse el acto notificatorio, para que lo llevase a cabo. La fedataria se personó en el domicilio pero no encontró a nadie. No volvió a intentar de nuevo, personalmente o por correo, practicar la notificación; en segundo lugar al no haberse podido entregar la cédula de notificación, se autorizó una nueva acta —que se denominó también de acta de notificación, número 240 de orden— bajo la que se practicó la diligencia de enviar por correo certificado al domicilio pactado, y al propio del representante de la compañía, una copia de dicho acta, que incluía la decisión resolutoria aludida. Dicho envío no fue recogido en ninguno de los domicilios a donde se dirigió, situados ambos en poblaciones no pertenecientes al ámbito de la competencia territorial del notario autorizante.

⁸ STS de 31 de julio de 1995 (*RJ* 1995, 5923).

⁹ Resolución de 10 de julio de 2013 (BOE de 8 de agosto de 2013).

¹⁰ Como pone de manifiesto esta resolución la notificación al deudor de la resolución, y su falta de oposición, son el presupuesto básico para que pueda tener efecto la resolución por incumplimiento. El propio artículo 1504 del Código civil, exige que se pratique un requerimiento (notarial o judicial), mediante el que el vendedor notifica su voluntad, su decisión de que ha optado por la resolución. Esta facultad resolutoria, si bien es de ejercicio unilateral, requiere para que pueda ser eficaz —sin tener que recurrir a una decisión judicial que la declare— su adecuada notificación al otro contratante, y que este no se oponga.

Con lo que como ya tiene declarado este Centro Directivo, *a la vista de los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial, habría de concluirse que siempre que se cumplan los procedimientos establecidos en el primer precepto, ya se haga la entrega de la documentación objeto de notificación personalmente o a través del servicio de Correos, ya se constate la negativa a la recepción, o en su caso (si en el domicilio que corresponda no hay persona idónea para recibirla) se lleven a cabo los dos intentos infructuosos de entrega de la cédula de notificación (uno de ellos por el notario de forma personal), ha de tenerse por efectuada la notificación*. Es decir, con carácter general bastará con asegurar la posibilidad razonable de

que el notificado pueda informarse y conocer el contenido de lo que haya de comunicársele, sin que se exija o se imponga el resultado de que tenga un conocimiento efectivo.

Sin embargo, en este caso estudiado las actas autorizadas no acreditaban que ese doble intento de entrega (de la cédula o documento que incorpore la decisión resolutoria) se haya ajustado a las pautas reglamentarias, ya que tras un primer intento de notificación mediante la personación en una notaría que sí era competente para acudir al domicilio, que resultó infructuosa, posteriormente se trató de realizar la comunicación mediante la remisión por correo certificado, bajo conducto notarial, de otra acta que contenía la decisión resolutoria, al mismo domicilio y a otro más (el particular de la persona física destinataria de la comunicación). Pero sin embargo, esta segunda remisión (que tampoco fue recibida por el destinatario) no suple ni constituye una actuación notificatoria, el simple envío a través de notario de un documento, por correo certificado, (del que se deja constancia en el acta, tal y como ocurre en el supuesto que regula el artículo 201 del Reglamento) citado no constituye en sentido propio una notificación notarial si no se cumplen todos los requisitos apuntados que se consagran en aquel precepto reglamentario. Y ello por cuanto como señala la Dirección sus efectos son más limitados, al no conllevar las cautelas más tuitivas propias de un acta de notificación: entrega de cédula (reproducción completa del documento notarial), advertencia del derecho y plazo para contestar y su carácter (con ciertos límites) gratuito para el que contesta. Es inherente la necesidad de incluir un derecho de contestación a favor del notificado, se trata de una exigencia encaminada, que actúa en un doble sentido: permite al notificado del derecho de oposición al contenido de la notificación (derecho que se puede ejercer coetáneamente a la práctica de aquella o en el despacho de notario con competencia en el territorio donde ha de tener lugar la diligencia notificatoria), y, al propio tiempo, garantiza el derecho de ambas partes a la constancia íntegra de todo lo ocurrido en el proceso de notificación. Por eso, no puede el notificante obtener un traslado parcial del acta que acredite su notificación, sin incluir en el mismo la contestación del notificado, si la hubiera. Y al tiempo, para hacer efectivo este derecho, se prohíbe la expedición de copias hasta que no termine el plazo de ejercicio de este derecho. De esta forma se hace viable que el requerido o notificado contrarreste, extrajudicialmente, los eventuales efectos de la notificación practicada, plasmando documentalmente su disconformidad, en la contestación misma.

¹¹ Resolución de 2 de diciembre de 2015, (BOE de 28 de diciembre de 2015) señala en relación al último inciso del artículo 13 del Reglamento Hipotecario (en la parte que se mantiene vigente tras la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001) que *la inscripción de las garantías reales que se hubiesen pactado para garantizar la contraprestación a la cesión del solar, debe entenderse pues a los efectos de dotar de eficacia frente a terceros al derecho del cedente. Contribuye además a la misma conclusión el concepto de precio que recoge la legislación hipotecaria, y que como dice la registradora en su informe es distinto al de contraprestación, así el artículo 10 de la Ley Hipotecaria señala el precio como una circunstancia esencial para las inscripciones de contratos en que hayan mediado precio o entrega de metálico, debiendo hacerse constar el que resulte del título, y la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago, el artículo 58 del Reglamento Hipotecario, al referirse al precio aplazado, regula el pago de cantidades por cuenta o saldo del precio aplazado o abono de las diferencias en las permutas o adjudicaciones en pago, pudiendo hacerse constar este hecho por medio de una nota marginal, el propio artículo 11 se refiere al aplazamiento de pago, «conforme al artículo anterior» haciendo alusión a la permuta solamente «cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie», por otra parte el citado artículo 13 del Reglamento Hipotecario, único de referencia específica a la permuta de solar por obra futura, habla de contraprestación.*

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con el pago del precio en la compraventa, en el caso de este tipo de permuta concurren muy diversas circunstancias que pueden impedir tanto la apreciación indubitable del cumplimiento o incumplimiento de la obligación, por ejemplo en casos de cumplimiento parcial o en forma distinta a la pactada, o de mora debida al retraso en la concesión de las licencias, etc., como la restitución de las prestaciones, por

ejemplo, en el caso de construcciones comenzadas y no terminadas, o como sucede en el caso de este expediente, el hecho de figurar inscritos a favor de otras personas las viviendas que originariamente debió recibir la cedente. Dichas circunstancias en la mayoría de los casos solo pueden apreciarse si hay pacto entre las partes o por vía judicial. Y de hecho es profusa la jurisprudencia en la materia.

Por lo tanto la interpretación teleológica de las disposiciones reseñadas unida al carácter ciertamente excepcional del sistema de cancelación previsto en el artículo 82.5.^º de la Ley Hipotecaria, reiterado por esta Dirección General en distintas resoluciones, entre ellas la de 26 de abril de 2006, que ha de ser objeto de interpretación restrictiva, permiten concluir que dicho artículo, no es aplicable a la cancelación de condición resolutoria pactada para garantizar el cumplimiento de la contraprestación en la permuta de finca por obra futura.

Sentado lo anterior, tras la Reforma de la Ley Hipotecaria llevada a cabo por la Ley 13/2015 de 24 de junio y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo), en vigor desde el pasado día 1 de noviembre, en la nueva redacción del artículo 210, y en concreto, en su regla octava, párrafo segundo, se establece que «*las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía.*

Con esta nueva norma que convive con la ya citada del artículo 82.5.^º, tendrán que separarse para delimitar su contenido, pues pese a tener una redacción ligeramente parecida, tiene un enfoque distinto, no es tan restrictiva como ella, e introduce algunas importantes novedades que no estaban contempladas en la del artículo 82. En efecto, mientras que el artículo 82.5.^º limita la legitimación para pedir la cancelación al «titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada», el nuevo artículo 210 la extiende a «cualquier interesado».

Por otra parte, el artículo 82.5.^º tiene su fundamento en la figura de la prescripción y hace referencia expresa al plazo legal de prescripción de las acciones según la legislación civil aplicable, con lo que puede ocurrir que tales plazos varíen de unas legislaciones civiles a otras, o incluso resulten modificados dentro de la misma legislación civil, como de hecho ha ocurrido con la reforma del artículo 1964.2 del Código civil, relativo al plazo de prescripción de las acciones personales, modificado por la disposición final 1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

*En cambio, el artículo 210 de la Ley Hipotecaria no se fundamenta directamente en la institución de la prescripción de las acciones, sino que fija unos plazos propios, cuyo cómputo es estrictamente registral, con lo que más bien está regulando un auténtico régimen de caducidad de los asientos, al exigir que «*hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía.**

Además el artículo 82.5.^º se aplica exclusivamente a hipotecas y condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado, no como ha quedado dicho a las condiciones resolutorias en garantía de cesión de suelo por edificación futura (cfr., resolución de 25 de marzo de 2014), mientras que el artículo 210.8 tiene un ámbito mayor al referirse a hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, dentro de cuyo ámbito puede incluirse la indicada condición resolutoria en garantía de cesión de suelo por edificación futura.

También existen diferencias entre el referido artículo 82.5.^º de la Ley Hipotecaria y el 210.8 de la misma Ley, por cuanto el primero presupone que el plazo de cumplimiento conste en el Registro pues aquel precepto dice «...contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro...», mientras que el artículo 210.8 presupone que no conste, al decir «cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada...».

Así, sin pretender ser exhaustivos el artículo 82.5.^o se aplicará a las hipotecas y condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado cuando el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías o el más breve que a estos efectos se hubiere estipulado al tiempo de su constitución, siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca.

Por el contrario, el artículo 210.8 de la Ley Hipotecaria se aplicará a las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía.

En un supuesto como el del presente expediente que no tiene encaje en el artículo 82.5.^o de la Ley Hipotecaria, conforme a la resolución de 25 de marzo de 2014, ni tampoco en la literalidad del artículo 210.8, por cuanto este precepto está previsto para aquellos supuestos en los que no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, mientras que en este caso del cumplimiento debió verificarse en el plazo de tres años desde la fecha de formalización del contrato, 27 de junio de 1990, podrá, no obstante solicitarse la cancelación cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía, sin perjuicio, todo ello, de poder acudir a los procedimientos generales de los expedientes de liberación de cargas que regula el mismo artículo 210 de la Ley Hipotecaria en sus apartados anteriores.

¹² STS de 30 de mayo de 2012 (Tirant on line TOL2.549.911).

(Trabajo recibido el 16-5-2018 y aceptado para su publicación el 17-9-2018)

DERECHO COMPARADO

El reconocimiento legal de los matrimonios de creencia en Jersey
tras la aprobación de la *Marriage and Civil Status (Amendment no. 4) (Jersey) Law 2018*

The legal recognition of belief marriages in Jersey by the Marriage and Civil Status (Amendment no. 4) (Jersey) Law 2018

por

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Málaga

RESUMEN: Recientemente acaba de ser aprobada una reforma legal del sistema matrimonial en la Bailía de Jersey, con la que se ha dado entrada en este territorio al reconocimiento del llamado matrimonio de creencia, a semejanza de lo que viene aconteciendo en otros países próximos también de la órbita del *common law*. En este trabajo se estudian las principales características de este cambio legislativo y se contextualizan en ese más amplio contexto de la evolución experimentada en este terreno por los ordenamientos de las Islas Británicas.

ABSTRACT: Very recently it has been enacted the Marriage and Civil Status (Amendment no. 4) (Jersey) Law 2018, by which the legal recognition of the so called belief marriages has finally taken place in this particular Crown dependency, as such recognition had already taken place in most legal systems of the British Islands with the exception of those of England and Wales. This paper deals with the study of the main features of this new Law of the Bailiwick of Jersey.

PALABRAS CLAVE: Relaciones Iglesia-Estado. Sistema matrimonial. Matrimonio religioso. Matrimonio de creencia. Derecho anglosajón.

KEY WORDS: *Church and State. Marriage law. Religious marriage. Belief marriage. Common law.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL NOVEDOSO RECONOCIMIENTO DE LOS *MATRIMONIOS DE CREENCIA* EN LA LEGISLACIÓN DE JERSEY.—III. CONCLUSIONES: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROGRESIVA GENERALIZACIÓN DEL *MATRIMONIO DE CREENCIA* O *MATRIMONIO SECULAR* EN LOS ORDENAMIENTOS DE LAS ISLAS BRITÁNICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Muy recientemente ha sido aprobada en la Bailía de Jersey (*Bailiwick of Jersey*) una ley que introduce cambios importantes en el sistema matrimonial vigente en ese territorio dotado de un notable grado de autogobierno pero que constituye, como se sabe, uno de los tres territorios insulares situados en el Canal de la Mancha que dependen de la Corona británica (*Crown dependencies*).

Hasta ahora la legislación de Jersey, en similitud con lo que sucede en el Derecho vigente en Inglaterra y Gales¹, básicamente aceptaba dos formas válidas de celebración del matrimonio, la forma civil y la forma religiosa, admitiendo ambas a su vez diversas modalidades y, en el caso de la segunda, instaurándose por razones históricas un estatuto particular —y particularmente beneficioso— para la forma conyugal propia de la Iglesia Anglicana.

Entre otros aspectos, la aprobación de la *Marriage and Civil Status (Amendment no. 4) (Jersey) Law 2018*², (en adelante MCSL) ha traído consigo la introducción de dos cambios fundamentales en este sistema como lo son, sin duda, de un lado la posibilidad de convertir una de las uniones civiles legalmente reconocidas (*civil partnerships*) en un matrimonio y, de otro, la admisión del

matrimonio entre personas del mismo sexo³, y especialmente esto último, como suele acontecer cuando entra en escena el debate acerca del llamado matrimonio igualitario en un determinado ordenamiento, en gran medida ha acaparado la atención tanto de los medios de comunicación en ese territorio como, también, de la propia comunidad jurídica, quedando así un tanto eclipsadas algunas otras facetas de la reforma legal que sin embargo no carecen de importancia como es el caso, concretamente, de la no menos llamativa admisión en la legislación de Jersey de los denominados *matrimonios de creencia (belief marriages)*, esto es de aquellos matrimonios en los que el consentimiento conyugal se presta en la forma propia de una de esas organizaciones que, sin ser religiosas, encuentran no obstante también su razón de ser en la defensa y la profesión conjunta de unos valores éticos y de unas determinadas convicciones ideológicas o filosóficas; paradigma de este tipo de organizaciones lo es el grupo de los llamados humanistas que, como es notorio, goza en el Reino Unido en general de una significativa implantación social y, de hecho, ha estado muy involucrado desempeñando un papel protagonista en el impulso político que ha precedido a la mayor parte de las iniciativas de reforma legal en este terreno.

A quien no esté familiarizado con la evolución que vienen experimentando en los últimos años los sistemas matrimoniales de los países de la órbita del *common law*, tal vez le parezca que la aprobación de esa ley en un pequeño rincón de Europa tan peculiar como este carece de una gran trascendencia pero, visto todo ello en perspectiva, desde la óptica del estudio del Derecho comparado eso no es ni mucho menos así en la medida en la que la introducción en Jersey del *matrimonio de creencia* (unida al similar reconocimiento de estas formas de celebración marital que, como es previsible, tendrá lugar también en la Bailía de Guernsey en un futuro próximo⁴) se alinea con la tendencia imperante en el más amplio proceso de transformación que viene afectando muy especialmente a los ordenamientos europeos de raíz anglosajona, a lo que me referiré con algún mayor detalle en el último epígrafe de este trabajo.

Así pues y con la intención de extraer ulteriormente algunas conclusiones relevantes a propósito de su significación en ese otro más amplio contexto, expondré seguidamente los caracteres esenciales con los que ha tenido lugar el novedoso reconocimiento de estas formas ideológicas o filosóficas de celebración del connubio en esta dependencia de la Corona británica.

II. EL NOVEDOSO RECONOCIMIENTO DE LOS *MATRIMONIOS DE CREENCIA* EN LA LEGISLACIÓN DE JERSEY

Como anticipé y expuesto ello ahora en forma algo menos resumida para mejor contextualizar el sentido y alcance de la nueva regulación, el sistema matrimonial que estaba vigente en Jersey hasta la aprobación de la reforma

de 2018⁵ se caracterizaba, en lo esencial y como es propio de los modelos de inspiración anglosajona, por la presencia de un único tipo de matrimonio, concretamente el matrimonio civil, que a su vez y tras cumplir en todo caso unos requisitos comunes en la fase previa a su celebración⁶, podía ser válidamente solemnizado ya sea en forma civil o en forma religiosa.

Respecto de la forma estrictamente civil, la ley arbitraba un sistema mediante el que se establecía un catálogo de lugares oficialmente aptos para la celebración en ellos de matrimonios (*approved premises*) que, tras haber sido debidamente autorizados a esos efectos por la Administración una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para ello, eran inscritos en el correspondiente Registro público⁷. En cualquiera de esos lugares el enlace podía ser válidamente celebrado en presencia del encargado del Registro Civil (*Superintendent Registrar*) o de un delegado de este nombrado reglamentariamente⁸, bajo la observancia en ambos casos de los pertinentes requisitos normativamente especificados⁹.

Por lo que concierne a la forma religiosa de celebración conyugal, la normativa anterior contemplaba, de un lado, todo un régimen particular aplicable exclusivamente a los matrimonios anglicanos y cuya existencia se explicaba entonces —como ahora— básicamente por razones históricas y sociológicas¹⁰, y, de otro, el sistema precedente articulaba también un concreto mecanismo de atribución de la eficacia civil a los restantes ritos religiosos maritales.

Este último, en alguna similitud con lo que acontece en el marco del modelo actualmente vigente en Inglaterra y Gales, giraba en torno a un sistema de registro de inmuebles (*registered buildings*), en cuya virtud una confesión religiosa (*an established and recognized religion or church*) —a excepción de la Iglesia Anglicana, claro está— podía solicitar, bajo ciertas condiciones, el reconocimiento oficial de cualquiera de sus inmuebles que estuviese siendo utilizado para el ejercicio público del culto religioso (*a place of meeting for public religious worship*) como un lugar asimismo apto para la válida celebración de matrimonios (*a building registered for the solemnization of marriages*)¹¹. El mecanismo se complementaba con la instauración de un procedimiento ordenado a la específica autorización concedida a determinadas personas, a solicitud de la correspondiente confesión religiosa, para asistir válidamente como celebrantes del matrimonio en los mencionados inmuebles registrados¹². Finalmente, la ley determinaba el modo en el que había de desarrollarse la ceremonia conyugal para producir los pertinentes efectos civiles, lo que en esencia requería de la satisfacción de unos requisitos elementales vinculados a la imprescindible prestación mutua del consentimiento por parte de los contrayentes en presencia de testigos —cualificado y comunes—, observando unas solemnidades esenciales en la fórmula de la declaración que no dejassen lugar a dudas acerca de que efectivamente dicha manifestación recíproca de una válida voluntad marital había tenido lugar en aquel acto¹³.

Así pues, como quedó inicialmente apuntado, una de las novedades importantes que ha conllevado la reforma legal de 2018 ha sido la del reconocimiento de la eficacia civil ya no solo de las formas conyugales mencionadas sino, ahora también, de los ritos matrimoniales propios de aquellos otros grupos que, sin ser organizaciones religiosas, se caracterizan similarmente a estas por la defensa y promoción de un conjunto de valores y convicciones en torno a los que se estructuran y en los que encuentran su misma razón de ser como sujetos colectivos. Son, en efecto, los comúnmente llamados grupos u organizaciones de creencia (*belief bodies*)¹⁴, de naturaleza ideológica o filosófica y entre los que, ya se dijo, particularmente en el entorno de las Islas Británicas se destaca el grupo de los denominados humanistas que goza en estos países de una nada desdeñable implantación social.

Precisamente esta última organización, que promueve entre sus miembros la celebración de sus propios ritos matrimoniales como parte integrante de su singular cosmovisión, tal y como ha venido sucediendo en otros países de ese más inmediato entorno geográfico ha sido en efecto la principal impulsora de este aspecto de la reforma legal del sistema matrimonial de Jersey hasta el punto de que, muy significativamente, la proposición de reforma legal originalmente presentada ante el Parlamento local llevaba por título «*Humanist and open-air marriages*», al tiempo que, también de manera inequívoca, ya en el planteamiento inicial de las cuestiones que se sometieron a la consideración de esa institución por el proponente se evidenciaba ese protagonismo de los humanistas en el impulso político que se aspiraba a satisfacer aquí normativamente¹⁵; además y en confirmación de todo ello, en las explicaciones que acompañan al correspondiente Proyecto de Ley que ulteriormente fue presentado por el Gobierno local¹⁶, al enunciar los objetivos específicos de la reforma en este punto, amén de aludir al propósito de extender ese reconocimiento legal genéricamente a los matrimonios de los grupos de creencia no religiosos se hace también una reveladora mención explícita entre ellos al matrimonio de los humanistas¹⁷.

Desde estas premisas, la MCSL ha procedido a derogar el anterior modelo basado en la admisión únicamente de los ritos religiosos junto a la forma estrictamente civil para dar entrada también a los ritos maritales de los grupos de creencia, y lo ha hecho básicamente a través de la articulación de un procedimiento genérico mediante el que cualquier persona, por tanto también quienes pertenecen a uno de esos grupos ideológicos o filosóficos y no solo quienes son designados por una confesión religiosa como ocurría hasta ahora, cumpliendo determinados requisitos puede quedar oficialmente habilitada para actuar como celebrante en estas ceremonias nupciales.

De este modo, el nuevo sistema se vertebría en torno a la instauración de un Registro de celebrantes autorizados que, en lo fundamental y dejando al margen la normativa particular de reconocimiento del matrimonio anglicano que se mantiene sustancialmente inalterada, supone la implantación de un régimen

estructuralmente común de atribución de la eficacia civil aplicable tanto a las formas religiosas como a las ideológicas o filosóficas de celebración conyugal. El legislador de Jersey, en este sentido, sigue una orientación semejante a la que ha guiado la reforma de los sistemas matrimoniales de Escocia y de la República de Irlanda, pues en estos modelos la admisión de los matrimonios de creencia o de los matrimonios seculares, como han sido denominados en uno y otro sistema respectivamente, se ha verificado también mediante un procedimiento de autorización y registro de celebrantes, con algunos matices propios en cada uno de ellos pero esencialmente similar al que se acaba de adoptar en Jersey¹⁸.

Así pues, la MCSL establece la nueva estructura básica del sistema matrimonial en Jersey, implementando esa referida opción legislativa por un régimen sustancialmente común de reconocimiento para las formas religiosas no anglicanas, de un lado, y las ideológicas o filosóficas, de otro, a través de la figura de los celebrantes autorizados. A este respecto, el artículo 6 «*Persons authorized to solemnize marriages in Jersey*» de la MCSL, en sus seis primeros apartados, establece lo que sigue:

«(1) A marriage may only be solemnized by — (a) the Superintendent Registrar or a Deputy Superintendent Registrar; (b) a clergyman; (c) an authorized civil celebrant; or (d) an authorized religious official.

(2) Every civil marriage celebrant has a duty to solemnize the marriage of 2 persons — (a) whether or not they are of the same sex or the opposite sex; and (b) whether or not the marriage is by conversion.

(3) The Minister shall prescribe a scheme for the authorization by the Superintendent Registrar of persons as authorized civil celebrants or authorized religious officials, which must include — (a) the procedures for applying to be authorized; (b) the matters to be taken into account in determining whether to authorize a person provisionally or fully; (ba) in the case of persons to be authorized as civil celebrants, such qualifications, awarded by such persons or bodies, as the Minister may consider appropriate; (c) the duration and renewal of an authorization; (d) the conditions that shall or may be imposed on the grant or renewal of an authorization, including any condition in respect of the circumstances in which — (i) an authorized civil celebrant or authorized religious official may solemnize a marriage, or (ii) a marriage must be solemnized by an authorized civil celebrant; (e) the training and monitoring of marriage celebrants; (f) the determination and charging of prescribed fees in respect of the grant of or renewal of an authorization and for the charging by the Superintendent Registrar for the training of a person authorized or to be authorized as a marriage celebrant; (g) the circumstances in which an authorization shall or may be granted, renewed, suspended or revoked; and (h) the review or appeal of any decision to refuse to grant or renew an authorization, impose a condition on the grant or renewal of an authorization or suspend or revoke an authorization.

(4) *The Superintendent Registrar shall not authorize a person as both an authorized civil celebrant and an authorized religious official.*

(5) *Before solemnizing any marriage, an authorized civil celebrant must take an oath before the Royal Court to well and faithfully perform the duties imposed on him or her by or under this Law and to carry out such duties relating to the solemnization and registration of marriages as the Superintendent Registrar directs.*

(6) *An authorized civil celebrant or an authorized religious official must carry out the solemnization of marriages – (a) in compliance with the requirements of this Law and with any guidance issued by the Superintendent Registrar; and (b) in such a way as to uphold the dignity and solemnity of marriage»¹⁹.*

En concordancia con la concepción del nuevo régimen básicamente común de reconocimiento al que se ha aludido, todo este mecanismo de atribución de la eficacia civil a unas y otras formas conyugales mediante el instituto de los celebrantes autorizados se complementa, además, con la sustitución del anterior mecanismo del Registro de inmuebles, del que se hacía depender el reconocimiento de las formas religiosas no anglicanas, por un nuevo procedimiento general de aprobación y registro de lugares considerados oficialmente aptos para la válida celebración del connubio (*approved locations*) aplicable tanto a estas como también a las formas maritales ideológicas o filosóficas.

Este nuevo sistema en su estructura elemental se detalla en los cinco primeros apartados del artículo 23 «*Approved locations*» de la MCSL en los siguientes términos:

«(1) *Subject to Article 24, a marriage shall not be solemnized at a location unless it is an approved location.*

(2) *The Minister shall by Order establish a scheme for the approval by an approving authority of any location for the purpose of solemnizing marriages at that location.*

(3) *The scheme shall not permit approval to be given in respect of a location unless the approving authority is of the opinion that the location is suitable for upholding the dignity and solemnity of marriage.*

(4) *An approval for a location under the scheme must be – (a) an approval for religious marriages only to be solemnized at that location; or (b) approval for any marriage to be solemnized at that location.*

(5) *An Order made under paragraph (2) may include provision in respect of any of the following matters – (a) the kinds of locations in respect of which approvals may be granted; (b) the type and nature of an approval and any matter that is or is not relevant to an approval given; (c) the procedures in relation to applications for approval and the determination of applications; (d) the information required to be given in an application for approval and any*

supporting documents to be supplied; (e) the persons to be consulted in relation to the application, revision or revocation of any approval; (f) the inspection of any location; (g) the matters to be taken into account, or not to be taken into account, when determining whether to approve any location; (h) the duration, renewal, revision or revocation of approvals; (i) the conditions that shall or may be imposed on the grant or renewal of approvals; (j) the determination and charging of fees in respect of applications for, or the grant of, the approvals and in respect of renewals, revisions or revocations of approvals, including any that must or may be payable before an application may be considered; (k) the circumstances in which approvals shall or may be revoked; (l) the review or appeal of any decision to refuse the approval, or the renewal of approval, or to impose conditions on the grant or renewal of approval or to revoke approval; (m) any requirements as to the notification of any person of any matter related to the grant, renewal, revision or revocation of any approval, including any appeal; and (n) any other purpose incidental to the approval of a location for the solemnization of marriages»²⁰.

Una vez satisfechos los dos presupuestos señalados, esto es, contando con la presencia de un celebrante autorizado y tratándose además de uno de los lugares oficialmente habilitados para ello, la ceremonia en la que los contrayentes deberán prestarse mutuamente su consentimiento matrimonial ha de observar también unos requisitos legalmente estipulados con los que el legislador, tal y como reclama la naturaleza del matrimonio, pretende asegurarse de que efectivamente se va a producir de manera libre y consciente esa recíproca manifestación de voluntad marital y de que esta va a ser exteriorizada con las debidas garantías de certeza y seguridad jurídicas.

En este sentido, la MCSL dedica su artículo 17 «*Solemnization of marriage*» a detallar el modo en el que ha de desarrollarse la ceremonia de celebración del connubio:

«(1) This Article is subject Article 24.

(2) Where a marriage schedule states that a marriage between the persons named in the marriage schedule is intended to be solemnized in an approved location and by the marriage celebrant named in that marriage schedule, the marriage must be solemnized in that location and by that marriage celebrant in accordance with this Article but otherwise according to such form and ceremony as those persons may see fit to adopt.

(3) A marriage must be solemnized — (a) between the hours of 8 a.m. and 7 p.m.; (b) by a marriage celebrant; and (c) in the presence of 2 or more witnesses, in addition to the marriage celebrant.

(4) The marriage celebrant must display a notice of the solemnization of the marriage, or cause a notice of the solemnization of the marriage to be dis-

played, at the approved location named in the marriage schedule for at least one hour before the commencement of the ceremony and until the conclusion of the ceremony.

(5) The notice of the solemnization of the marriage displayed under paragraph (4) must contain the forenames and surnames of both parties to the marriage and the time, date and location of the solemnization of the marriage.

(6) Members of the public shall be permitted to attend freely the solemnization of a marriage.

(7) Each of the persons to the marriage shall, in some part of the marriage ceremony and in the presence of the witnesses and the marriage celebrant – (a) make the following declaration – ‘I solemnly declare that I know of no lawful reason why I, [AB] may not be joined in marriage to [CD]’; and (b) say to the other person – ‘I call upon the persons here present to witness that I, [AB], take you, [CD], to be my lawful wedded wife [or husband] [or spouse].’.

(8) A civil marriage celebrant must not permit any marriage solemnized by him or her to include any religious ritual or symbol or permit prayers or any religious worship or service to be conducted during the marriage ceremony.

(9) A civil marriage celebrant, if satisfied that the content of the marriage ceremony does not contravene paragraph (8), must permit any marriage solemnized by him or her to contain any of the following – (a) hymns, songs or chants, whether or not they contain any references of a religious nature; (b) readings from the bible or other holy books or any other reading that contains any references of a religious nature; (c) vows or statements of commitment by the persons to each other that make any references of a religious nature, provided that any such vow or statement does not replicate any made in any religious marriage ceremony.

(10) A marriage celebrant must permit candles, lights, incense, ribbons and other decorations provided that, in the case of a civil celebrant, he or she is satisfied that they are not used in contravention of paragraph (8).

(11) After the parties have made the declaration under paragraph (7) the parties to the marriage and the witnesses must sign the marriage schedule and the marriage certificates.

(12) The marriage celebrant, if satisfied that the parties celebrating the marriage are the same parties whose signatures are on the signature verification form given to him or her by the Superintendent Registrar, shall sign and date the marriage schedule and the marriage certificates.

(13) The parties to the marriage shall be married upon the signing of the marriage schedule by the marriage celebrant.

(14) Two of the marriage certificates may be kept by the parties to the marriage.

(15) Nothing in this Article shall be construed as requiring a marriage celebrant to attend the solemnization of a marriage on a particular day or at a particular time»²¹.

En definitiva, bajo el nuevo régimen de reconocimiento que integran en su conjunto los aspectos que han sido aquí expuestos en sus caracteres esenciales, los humanistas, destacados impulsores de esta reforma legal, al igual que cualquier persona perteneciente a otra de esas denominadas organizaciones de creencia tienen ya al fin garantizada la posibilidad de que sus particulares ritos conyugales accedan a la eficacia civil, circunstancia que, dicho ahora en términos resumidos, podrá efectivamente acontecer si se contrae este matrimonio en presencia de un celebrante autorizado (*authorised civil celebrant*) miembro de ese grupo de creencia y en el curso de una ceremonia conyugal acaecida en uno de los lugares oficialmente habilitados para ello, ceremonia en la que además se podrán introducir los ritos y las solemnidades que se deseé, siempre que se respeten unas mínimas formalidades esenciales orientadas a la satisfacción del principio de certeza y de la consiguiente seguridad jurídica en la efectiva prestación del consentimiento matrimonial.

III. CONCLUSIONES: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROGRESIVA GENERALIZACIÓN DEL *MATRIMONIO DE CREENCIA* O *MATRIMONIO SECULAR* EN LOS ORDENAMIENTOS DE LAS ISLAS BRITÁNICAS

A la espera de que se produzca el pertinente desarrollo reglamentario de los aspectos contemplados en el precitado artículo 6(3) de la MCSL y, por tanto, de que sean detallados entre otros los requisitos concretos que se exigirán en orden a la efectiva autorización concedida a una persona para actuar como celebrante civil autorizado, por el momento cabe ya extraer preliminarmente algunas importantes conclusiones derivadas del sentido global de la reforma del sistema matrimonial operada en esta dependencia de la Corona británica.

I. Ante todo cabe destacar que, desde una óptica más general, la ampliación del espectro de las personas que pueden actuar válidamente como celebrantes autorizados del connubio viene a refrendar la idea del carácter básicamente instrumental de la forma de celebración frente a la naturaleza propiamente esencial y constitutiva del mutuo consentimiento de los contrayentes, siendo este último, como se sabe, la verdadera causa eficiente del matrimonio en el plano jurídico. Esa idea, como es lógico, se apoya en el papel fundamentalmente accesorio de la forma conyugal en el seno del esquema legal del matrimonio, concebida dicha forma de celebración como un instituto teleológicamente orientado de manera primordial a la satisfacción del principio de certeza y a la necesaria garantía de la seguridad jurídica, todo lo cual apunta claramente hacia la conveniente flexibilización normativa de la forma de manifestación de la recíproca voluntad marital como un modo además de facilitar a los contrayentes el ejercicio del *ius connubii*, sin por ello dejar de exigir la ley unos requisitos mínimos en la

prestación del consentimiento ligados a esa posición central del *consensus* como génesis del matrimonio.

Ese proceso de flexibilización de la forma marital es detectable en muchos otros ordenamientos y, aunque siempre dentro de una misma orientación general, se ha verificado en cada uno de ellos de una manera distinta, afectando a aspectos del sistema matrimonial diferentes aunque obviamente muy relacionados entre sí.

II. En primer lugar, en algunos países como por ejemplo el nuestro lo que se ha producido es una paulatina ampliación de las modalidades válidas de celebración en el caso de la forma estrictamente civil, al tiempo que se ha experimentado también una notable ampliación del conjunto de las formas religiosas de celebración conyugal civilmente eficaces, anteriormente limitado ese conjunto a aquellos ritos propios de las confesiones que habían suscrito el correspondiente acuerdo de cooperación con el Estado y, en la actualidad, también comprensivo de las formas matrimoniales de las confesiones con notorio arraigo administrativamente reconocido²².

Allí donde se ha producido, ese ensanchamiento del acervo de las formas religiosas conyugales civilmente eficaces ha tenido lugar, como es fácilmente comprensible, sobre todo por presión del principio de igualdad y no discriminación en este caso entre el tratamiento otorgado a unas u otras creencias religiosas —a su exteriorización social— o, si se prefiere, por presión de ese principio en relación con el reconocimiento y disfrute de la libertad religiosa, habida cuenta de que en la celebración del connubio acorde a los propios ritos religiosos de cada cual inciden conjuntamente tanto el ámbito de amparo del *ius connubii* como el de aquella otra libertad. Como es notorio, la atribución de los efectos civiles a estas modalidades religiosas de celebración marital no forma parte estrictamente del contenido esencial de aquel derecho fundamental y así ha sido expresamente declarado por la jurisprudencia de Estrasburgo, pero eso no quiere decir que, en aquellos ordenamientos en los que se ha articulado un procedimiento de atribución de esos efectos civiles a las formas matrimoniales religiosas, ese régimen de reconocimiento no esté sujeto también a la vigencia del principio de no discriminación, lo que asimismo ha quedado sentado en la doctrina del TEDH²³.

III. En segundo término, y este es precisamente el supuesto de la reforma legal que ahora nos ocupa, también en el marco general de una concepción cada vez más flexible de la forma de celebración ligada a la conciencia de la función instrumental que esta desempeña en el seno de la regulación matrimonial, en otros ordenamientos esa flexibilización ha supuesto también la entrada en escena de la figura del matrimonio de creencia o matrimonio secular, en esta ocasión particularmente estimulada por la reivindicación del principio de igualdad de trato concedido a la manifestación social de las convicciones religiosas y a las que responden a otra naturaleza, como es el caso de las de índole ideológica o filosófica.

En consecuencia, la presión aquí del valor de la igualdad y del correspondiente principio de no discriminación se ha producido en cierto modo en línea con las concepciones que, especialmente desde el ámbito científico, han venido cuestionando la especificidad del régimen particular de tutela que comporta el desarrollo especial de la libertad religiosa en uno u otro ordenamiento y han postulado, por el contrario, la necesidad de interpretar los diversos preceptos iusfundamentales en los que esa libertad se ve reflejada en un sentido más amplio, alusivo este a la noción genérica de la libertad ideológica y religiosa —o de la libertad de creencias, por emplear otra de las formulas que podrían designarla— y al correspondiente régimen común de protección para la libre manifestación social de cualesquiera convicciones, ideológicas, religiosas, filosóficas, etc.²⁴.

Esta otra derivada, por así decirlo, a la que acabo de referirme representa una cuestión ciertamente discutida en el ámbito académico pero, en todo caso, de lo que no hay duda es de que la introducción del matrimonio de creencia ahora también en el sistema jurídico de la Bailía de Jersey, como antes lo fue la que paralelamente tuvo lugar en las legislaciones de Escocia y de la República de Irlanda o, también, la que recientemente se ha producido pero en este caso por la vía jurisprudencial en el ordenamiento de Irlanda del Norte²⁵, obedecen todas ellas a un sumamente interesante fenómeno evolutivo que ya de una manera palmaria caracteriza al devenir de los sistemas matrimoniales del entorno geográfico de las Islas Británicas en su conjunto y en el que, globalmente, ha jugado aquí un papel central la reivindicación de la igualdad de trato entre las creencias religiosas y las que no lo son.

Desde luego esto último es claramente perceptible a lo largo de todo el proceso de reforma legal que ha conducido al reconocimiento de los matrimonios de creencia o matrimonios seculares en los tres países que he enumerado²⁶ y, asimismo y de un modo no menos conspicuo, esa defensa de la igualdad jurídica entre las convicciones religiosas y las no religiosas o, para ser más preciso, entre las distintas manifestaciones sociales de unas y otras ha estado también muy presente ya desde los comienzos del proceso que ha conducido a la reforma operada en el sistema matrimonial de Jersey²⁷.

IV. Con todo, tanto en el ordenamiento de este territorio insular como en el de los otros países a los que se ha hecho mención, cabe señalar que el principio de igualdad no ha sido llevado en esta materia hasta sus últimas consecuencias, puesto que se aprecian todavía algunas diferencias en los respectivos regímenes de reconocimiento de los matrimonios religiosos respecto de los aplicables a los matrimonios de creencia. En este sentido, desde una perspectiva teórica quizás lo que hubiera reclamado la plena e incondicionada vigencia del principio de igualdad y no discriminación no es otra cosa que la instauración de un mismo estatuto verdaderamente común aplicable a ambas modalidades conyugales de manera indiferenciada, y ello, por ejemplo, hubiese evitado algunos problemas de calado tales como el que se deriva de la necesidad de definir lo que

legalmente se haya de entender por grupo de creencia o grupo secular como paso previo para el acceso al particular régimen de reconocimiento de sus ritos maritales, un aspecto en el que entran en juego muy similares dificultades hermenéuticas a las que se desprenden de la paralela necesidad de definir lo que haya de entenderse legalmente por una confesión o un grupo religioso o, más ampliamente, lo que deba ser tenido por una finalidad de esta naturaleza a esos mismos efectos del reconocimiento de las formas religiosas de celebración conyugal; estos problemas, por ejemplo, se han puesto de relieve con particular eminencia en el caso del sistema matrimonial irlandés²⁸, pero obviamente tienen un alcance general y habrá que ver el modo en el que son afrontados por la normativa reglamentaria que próximamente tendrá que promulgarse en Jersey en desarrollo de la nueva legislación.

En cualquier caso y sin perjuicio de lo que acaba de señalarse, más allá de las peculiaridades que en algunos aspectos diferencian a ambos regímenes de reconocimiento —el del matrimonio religioso y el del matrimonio de creencia—, y, por supuesto, al margen por completo de todo el estatuto particular de que goza el matrimonio anglicano por razones históricas y no estrictamente jurídicas, lo cierto es que el esquema al que responde el procedimiento de atribución de la eficacia civil a ambos tipos de matrimonio a través de la figura del celebrante autorizado es básicamente el mismo en la MCSL, circunstancia que en su trasfondo obedece, como decía, al hecho de que ha sido la preocupación por dar una más cabal satisfacción al principio de igualdad la que primordialmente ha estado tras el impulso político que ha desembocado en la promulgación de esa ley.

V. Así las cosas, teniendo en cuenta que, como anticipé al comienzo de estas páginas, también en la Bailía de Guernsey se anuncian importantes cambios normativos en su sistema matrimonial orientados en el mismo sentido y estimulados, paralelamente, por la demanda de una mayor igualdad en el tratamiento otorgado a las creencias religiosas y no religiosas en este terreno²⁹, cuando estos cambios se produzcan ya solo restarán por sumarse a este generalizado reconocimiento de los matrimonios de creencia en las islas británicas los ordenamientos de Inglaterra y Gales —amén del de la Isla de Man, la tercera de las dependencias de la Corona en el Canal de la Mancha—. De hecho, recientemente el sistema matrimonial de esos dos países se vio también inmerso en un ambicioso proceso de revisión llevado a cabo con vistas a una posible reforma legal y en el que la *Law Commission*, entre otros aspectos, planteó abiertamente la conveniencia de que la legislación inglesa reconociese también los matrimonios de creencia, asimismo bajo la convicción de que en esta materia era necesario dar cauce a una más plena satisfacción del principio de igualdad entre quienes profesan creencias religiosas y quienes tienen convicciones de otra naturaleza, aunque esa pretensión se vio ulteriormente frustrada al abandonar el Gobierno sus iniciales propósitos de cambio legal en esta materia, quedando por ahora pospuesta la cuestión³⁰.

En definitiva, parece cada vez más probable que también en Inglaterra y Gales —donde además la presencia social de los humanistas es muy notable— en algún momento no muy lejano habrá de producirse el mismo reconocimiento de los matrimonios de creencia. Si tenemos en cuenta que el informe de la *Law Commission* al que acaba de hacerse referencia tomaba muy en consideración, entre otros, el dato de que estos matrimonios habían sido ya reconocidos en otros países cercanos de la órbita del *common law*, es fácil suponer que las autoridades inglesas se verán sometidas a una presión política cada vez mayor en ese sentido si, como es previsible, la Corte de Apelación norirlandesa ratifica en las próximas fechas la admisión de estos matrimonios que recientemente realizó el Tribunal Supremo de este país y si, junto a ello, la reforma legal que en esa misma orientación se anuncia también en la Bailía de Guernsey llega próximamente a buen puerto. El transcurso del tiempo nos dirá si este mi particular pronóstico se ve o no finalmente confirmado.

BIBLIOGRAFÍA

- POLO SABAU, J. R. (2013) El significado constitucional de la libertad religiosa, *Laissez-faire y Libertades. Escritos Jurídicos*, número 13, 329-374.
- (2015). Sistema matrimonial y concepto legal de confesión religiosa en el ordenamiento jurídico inglés, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI, 595-635.
- (2015) La eficacia civil del matrimonio religioso y el nuevo *matrimonio de creencia* en el ordenamiento jurídico de Escocia, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVIII, Fasc. 1, 93-157.
- (2015) Anotaciones sobre la eficacia civil del matrimonio religioso en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, número 54, 13-53.
- (2015) El matrimonio en forma religiosa y el matrimonio de los grupos ideológicos o filosóficos en el ordenamiento jurídico irlandés, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 752, 3467-3562.
- (2015) La función de la forma de celebración del matrimonio y el principio de igualdad: algunas observaciones a la luz del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, *Revista de Derecho Civil*, vol. II-1, 25-55.
- (2016) El nuevo régimen jurídico de las formas religiosas de celebración matrimonial en el Derecho español, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, número 20, 1-31.
- (2016) Las modificaciones en las formas civil y religiosa de celebración conyugal introducidas por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en M. T. ARECES (coord.), *Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción Voluntaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 49-138.
- (2017) El reconocimiento del llamado matrimonio de creencia en Irlanda del Norte: la revolucionaria sentencia de la *High Court* de 9 de junio de 2017, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, número 29, 1-16.

- (2017) Una reciente propuesta de reforma del sistema matrimonial inglés: el informe de la *Law Commission* de 17 de diciembre de 2015, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 762, 1333-1366.

NOTAS

¹ Una exposición del sistema matrimonial vigente en esos dos países puede verse en mi trabajo *Sistema matrimonial y concepto legal de confesión religiosa en el ordenamiento jurídico inglés*, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXI (2015).

² El texto íntegro de la ley puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.jerseylaw.je/laws/enacted/Pages/L-19-2018.aspx#_edn12.

³ Según establece el artículo 2 «*Right to marry or convert civil partnership to marriage*» de la MCSL, «(1) It shall be lawful - (a) for 2 persons of the same sex to marry; and (b) for civil partners to marry by converting their civil partnership to a marriage, if the marriage is solemnized in accordance with this Law. (2) Nothing in this Article affects the rights of 2 persons of the opposite sex to marry in accordance with this Law».

⁴ Sobre el proceso de revisión del sistema matrimonial actualmente en curso en Guernsey puede consultarse este enlace oficial: <https://www.gov.gg/article/165546/Review-of-Marriage-Law-could-see-restrictions-relaxed>.

⁵ Este sistema previo a la normativa actualmente en vigor derivaba medularmente de lo establecido en la *Marriage and Civil Status (Jersey) Law 2001* (En adelante MCSL 2001). El texto de esta ley accesible en el siguiente enlace: https://www.jerseylaw.je/laws/revised/Pages/12.600.aspx#_Toc329781060.

⁶ Estas exigencias preliminares se regulaban, bajo el encabezamiento *Marriage under licence or certificate*, en los artículos 8 a 14 de la MCSL 2001.

⁷ Según estipulaba el artículo 18 «*approved premises*» de la MCSL 2001, «(1) The following shall be approved premises for the purposes of this Law — (a) in the case of a specified marriage, the premises approved by the Connétable of the parish in which the premises are situated under this Article for the purposes of that marriage; and (b) in any case — (i) premises for the time being approved by the Connétable of the parish in which the premises are situated for a specified period of time under this Article, and (ii) the premises provided for the Superintendent Registrar pursuant to Article 44. (2) The Minister shall by Order establish a scheme for the approval of premises for a specified marriage or for a specified period of time. (3) An Order made under paragraph (2) may include provision — (a) for the kinds of premises in respect of which approvals may be granted; (b) for the procedure to be followed in relation to applications for approval; (c) for the considerations to be taken into account by a Connétable in determining whether to approve any premises; (d) for the duration and renewal of approvals; (e) for the conditions that shall or may be imposed on the grant or renewal of approvals; (f) for the determination and charging of fees in respect of applications for and the grant of the approval of premises and in respect of renewals of approvals; (g) for the circumstances in which approvals shall or may be revoked; (h) for the review of any decision to refuse approval or the renewal of approval, to impose conditions on the grant or renewal of approval or to revoke approval; (i) requiring a Connétable to inform the Superintendent Registrar of the grant, renewal or revocation by the Connétable of any approval; (j) requiring the Superintendent Registrar to maintain a register of approved premises and make the register available for public inspection».

⁸ Las condiciones en las que había de producirse la delegación estaban reguladas en el artículo 19 de la MCSL 2001.

⁹ Según disponía el artículo 20 «*Solemnization of marriage on approved premises*» de la MCSL 2001, «(1) Where a notice of marriage and a licence state that a marriage between the persons named in those documents is intended to be solemnized on approved premises also

named in those documents, the marriage may be solemnized on those premises in accordance with this Article. (2) A marriage solemnized on approved premises shall be solemnized – (a) between the hours of 8 am and 7 pm; (b) in the presence of 2 or more witnesses; and (c) by the Superintendent Registrar or the Superintendent Registrar's delegate. (3) Members of the public shall be permitted to attend freely the solemnization of a marriage on approved premises. (4) Where a marriage is solemnized on approved premises, each of the persons contracting the marriage shall, in accordance with Article 17(4), make the declarations and use the forms of words set out in that paragraph. (5) No religious service shall be used at the solemnization of a marriage on approved premises. (6) The Superintendent Registrar may charge such fees as may be prescribed for the solemnization of a marriage by the Superintendent Registrar or the Superintendent Registrar's delegate on approved premises and, in the case of a marriage on the premises provided for the Superintendent Registrar, for the use of those premises. (7) Nothing in this Article shall be construed as requiring the Superintendent Registrar or the Superintendent Registrar's delegate to solemnize a marriage on any approved premises on a particular day or at a particular time. (8) The States may by Regulations amend paragraph (2)(a) so as to vary the hours between which a marriage may be solemnized».

¹⁰ A la prolífica y pormenorizada regulación de este estatuto particular se dedicaba toda la Parte 3 «Marriage according to rites of Anglican Church» de la MCSL 2001.

¹¹ En estos términos lo especificaba el artículo 15 «Registration of buildings» de la MCSL 2001: «*(1) The owner or trustee of a building used as a place of meeting for public religious worship by an established and recognized religion or church, other than a building of the Anglican Church, may apply to the Connétable of the parish in which the building is situated for the building to be registered for the solemnization of marriages in it. (2) An application for registration of a building shall be in such form and accompanied by such information as the Connétable may require. (3) Where an application is made in accordance with this Article the Connétable shall, if satisfied that the building is used as described in paragraph (1), direct the Superintendent Registrar to – (a) enter in the register of buildings the name and full postal address of the building, the name and address of the applicant, the date the entry is made and such other information as the Connétable may require; (b) issue a certificate of registration, in such form as may be prescribed, to the applicant; and (c) give notice of the registration of the building in the Jersey Gazette. (4) For every entry, certificate and notice made, issued or given under paragraph (3), the Superintendent Registrar shall be entitled to receive from the applicant such fee as may be prescribed. (5) A building may be registered for the solemnization of marriages under this Article whether it is a separate building or forms part of another building. (6) Where the Connétable of the parish in which a registered building is situated is satisfied that the building has ceased to be used for public religious worship by the religion or church which so used it at the time of registration, the Connétable shall cancel the registration of the building and direct the Superintendent Registrar to – (a) enter in the register of buildings the fact and date of cancellation; and (b) give notice of cancellation of the registration of the building in the Jersey Gazette. (7) Where the registration of a building has been cancelled under this Article, it shall not be lawful to solemnize any marriage in that building, unless the building has been registered again in accordance with this Article».*

¹² El procedimiento estaba regulado en el artículo 16 «Authorised persons» de la MCSL 2001 de este modo: «*(1) Upon the request of the owner or trustee of a registered building, the Connétable of the parish in which the building is situated shall authorize a person or persons nominated by the owner or trustees to solemnize and register marriages in that building, for the purpose of enabling marriages to be solemnized in that building without the presence of the registrar of the parish in which that building is situated. (2) Upon authorizing a person under paragraph (1), the Connétable shall direct the Superintendent Registrar to enter in the register of authorized persons – (a) the name of the person so authorized; (b) the name of the registered building in relation to which he or she is authorized; and (c) the date the authorization is given by the Connétable. (3) Upon the request of the owner or trustee of a registered building, made at any time, the Connétable of the parish in which the building is*

situated shall – (a) cancel the authorization of the person in relation to that building; and (b) direct the Superintendent Registrar to enter in the register of authorized persons the fact and date of cancellation. (4) Any request under this Article shall be in such form as the Connétable may require. (5) A person may be authorized – (a) in relation to a registered building, on more than one occasion; and (b) in relation to more than one registered building. (6) An authorized person shall carry out such duties relating to the solemnization and registration of marriages in the registered building as may be specified in and prescribed under this Law».

¹³ A este respecto, el artículo 17 «*Solemnization of marriage in registered building*» de la MCSL 2001 estipulaba lo que sigue: «(1) Where a notice of marriage and a licence state that a marriage between the persons named in those documents is intended to be solemnized in a registered building also named in those documents, the marriage may be solemnized in that building in accordance with this Article but otherwise according to such form and ceremony as those persons may see fit to adopt. (2) A marriage solemnized in a registered building shall be solemnized – (a) between the hours of 8 am and 7 pm; (b) in the presence of 2 or more witnesses; and (c) by an authorized person or in the presence of the registrar of the parish in which the building is situated. (3) Members of the public shall be permitted to attend freely the solemnization of a marriage in a registered building. (4) Where a marriage is solemnized in a registered building, each of the persons contracting the marriage shall, in some part of the ceremony and in the presence of the witnesses and the authorized person or registrar – (a) make the following declaration – «I solemnly declare that I know not of any lawful reason why I, AB, may not be joined in marriage to CD»; and (b) say to the other person – «I call upon the persons here present to witness that I, AB, take you, CD, to be my lawful wedded wife [or husband]». (5) A registrar may charge such fee for his or her attendance at the solemnization of a marriage in a registered building as may be prescribed. (6) Nothing in this Article shall be construed as requiring a registrar to attend the solemnization of a marriage in a registered building on a particular day or at a particular time. (7) The States may by Regulations amend paragraph (2)(a) so as to vary the hours between which a marriage may be solemnized».

¹⁴ Aunque esta, junto con la de los *grupos seculares*, como después se verá son las dos denominaciones que han recibido estos grupos en las legislaciones de Escocia o de la República de Irlanda precisamente en relación con la reforma de sus respectivos sistemas matrimoniales, tanto entre las construcciones teóricas de la doctrina científica en general como en el seno de otros ordenamientos jurídicos podrán encontrarse otras fórmulas con las que igualmente se ha etiquetado a ese tipo de organizaciones. Así por ejemplo, en el caso del Derecho de la Unión Europea, el artículo 17 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea nos habla de las iglesias, asociaciones o comunidades religiosas y, asimismo, de las *organizaciones filosóficas y no confesionales*.

¹⁵ Se trata de la Proposición P.65/2015. *Humanist and open-air marriages*, (*Lodged au Greffe on 15th June 2015 by Deputy L.M.C. Doublet of St. Saviour*), en la que puede leerse, como la primera de las cuestiones sometidas a la consideración del Parlamento, lo que sigue: «*THE STATES are asked to decide whether they are of opinion - (a) to agree, in principle, that celebrants approved by the Superintendent Registrar and accredited by the British Humanist Association (or by similar organisations whose principal or sole purpose is the advancement of a system of non-religious beliefs which relate to morality or ethics) should be permitted to solemnise marriages in Jersey; [...]*» (pág. 2). El contenido íntegro de la propuesta se encuentra accesible en el siguiente enlace: <https://statesassembly.gov.je/AssemblyPropositions/2015/P.65-2015.pdf>.

¹⁶ *Draft Marriage and Civil Status (Amendment no. 4) (Jersey) Law 201-*, presentado el 3 de octubre de 2017 y accesible en el siguiente enlace: <https://statesassembly.gov.je/AssemblyPropositions/2017/P.91-2017%20WITH%20CORRIG%20AMDT.pdf>.

¹⁷ Así en efecto, bajo el significativo encabezamiento «*Humanist and non-religious belief weddings*» puede allí leerse: «*The amended 2001 Law provides for humanist and other non-religious belief celebrants to be authorized to solemnize marriage in Jersey on the same*

terms as all other civil celebrants» (Draft Marriage and Civil Status (Amendment no. 4) (Jersey) Law 201-, 13).

¹⁸ He tenido ocasión de estudiar con cierto detalle la evolución recientemente experimentada por los sistemas matrimoniales de ambos países y, con ello, la novedosa introducción en estos modelos de ese tipo de formas conyugales propias de los aquí denominados grupos de creencia o grupos seculares, respectivamente, en mis trabajos La eficacia civil del matrimonio religioso y el nuevo matrimonio de creencia en el ordenamiento jurídico de Escocia, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVIII, Fasc. 1 (2015) y El matrimonio en forma religiosa y el matrimonio de los grupos ideológicos o filosóficos en el ordenamiento jurídico irlandés, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 752 (2015).

¹⁹ Asimismo, en el último apartado del artículo 6 se establece un régimen transitorio aplicable a quienes, en el momento de la entrada en vigor de la nueva normativa, estaban ya oficialmente habilitados para actuar válidamente como celebrantes en el caso de los matrimonios en forma religiosa no anglicana, desarrollándose dicho régimen transitorio en los siguientes términos: «(7) Every person who immediately before the coming into force of the Marriage and Civil Status (Amendment No. 4) (Jersey) Law 2018 was authorised to solemnize marriages in registered buildings – (a) shall be deemed to be an authorized religious official for a period of 12 months beginning on the day of the coming into force of that Law; (b) during that period shall only be authorized to solemnize marriages of persons in buildings in respect of which he or she was authorized to solemnize marriages before the coming into force of that Law, unless the Superintendent Registrar, upon the application of that person, authorizes him or her to solemnize marriages in another approved location; (c) during that period shall only be authorized to solemnize marriages of persons of the opposite sex unless the Superintendent Registrar, upon the application of that person, authorizes that person to solemnize marriages of persons of the same sex». Esta última previsión ha de ser puesta en relación con el hecho de que la nueva normativa ha supuesto también, como se dijo, la introducción en este ordenamiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que ha venido acompañado de la instauración de una serie de salvaguardas que permiten a las confesiones religiosas y a sus miembros quedar eximidos de la obligación legal de asistir a la celebración de estos enlaces. A este propósito, el nuevo artículo 7 «*Marriages according to religious rites: no compulsion to solemnize marriage etc.*» establecido por la MCSL dispone lo que sigue: «(1) A person shall not be compelled by any means (including by the enforcement of a contract or a statutory or other legal requirement) to do any of the following in respect of 2 persons of the same sex or of a person whom the marriage celebrant reasonably believes to be a person of an acquired gender, within the meaning of Article 1(2) of the Gender Recognition (Jersey) Law 2010 – (a) to solemnize same sex marriages; (b) to solemnize the marriage of the person believed to be of an acquired gender; (c) to be present at or participate in the solemnization of a same sex marriage or a marriage of a person believed to be of an acquired gender; (d) to consent to the solemnization of a same sex marriage or a marriage of a person believed to be of an acquired gender; (e) to apply for authorization for a person to solemnize a same sex marriage or a marriage of a person believed to be of an acquired gender; or (f) to give consent or certify any matter relating to a same sex marriage or a marriage of a person believed to be of an acquired gender, where the reason for not doing so is that the marriage concerns 2 persons of the same sex or a marriage of a person believed to be of an acquired gender. (2) For the avoidance of doubt – (a) a person cannot be compelled by any means to refrain from doing any of the activities described in paragraph (1)(a), (b), (c), (d), (e) or (f); and (b) a person may withdraw, and shall not be compelled to refrain from withdrawing, a consent or certificate previously given or an application previously made. (3) In paragraphs (1) and (2), ‘person’ includes a religious organization, an authorized religious official or a clergyman but does not include a civil marriage celebrant. (4) In paragraphs (1) and (2), ‘person’ applies to an individual whether or not the religious organization to which he or she may belong consents to marriages of 2 persons of the same sex being solemnized according to the rites or usages of that religious organization. (5) Any duty of a member of the clergy

to solemnize marriages (and any corresponding right of persons to have their marriages solemnized by members of the clergy) is not extended by this Law to marriages of 2 persons of the same sex or marriages of persons of an acquired gender».

²⁰ Este régimen se completa con toda una extensa serie de previsiones que terminan de delimitar el mecanismo de la autorización de lugares para la válida celebración de matrimonios y que conciernen a aspectos tales como las salvaguardas que también aquí se establecen en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo, las peculiaridades que respecto de las formas religiosas atañen a la autorización a esos efectos de lugares que habitualmente son utilizados para el culto religioso o, también, la instauración de un régimen de Derecho transitorio respecto de los lugares que ya estaban habilitados a este propósito matrimonial antes de la reforma. Así, el resto del artículo 23 dispone lo que sigue: «(6) Approval shall not be given for the solemnization of same sex marriages at a location that is the usual place of public religious worship according to the rites of the Church of England. (7) Subject to paragraph (14), approval shall not be given for the solemnization of same sex marriages at a location that is certified by the Minister as the usual place of public religious worship of any religious organization unless — (a) the governing authority of every religious organization in respect of which that location has been certified as its usual place of public worship has given written consent to the use of that location for the solemnization of same sex marriages; and (b) the owner or trustee of the location has given written consent to the use of that location for the solemnization of same sex marriages. (8) Neither a governing authority of a religious organization nor the owner or trustee of a location described in paragraph (7) shall be compelled to consent, or refrain from giving consent, to the approval of that location for the solemnization of same sex marriages where the reason for not consenting is that such marriages would be between 2 persons of the same sex and, where the governing authority or owner or trustee does so consent, they shall not be compelled by any person not to withdraw their consent. (9) An authorized civil celebrant shall not be authorized to solemnize any marriage in any building or part of a building which has been certified under paragraph (7) as a usual place of public religious worship. (10) An authorized religious official shall not be authorized to solemnize any marriage except in a location that — (a) has been certified under paragraph (7) as a usual place of public religious worship of the religious organization to which the official is affiliated; or (b) is approved by that religious organization for the purpose of solemnizing marriages according to the rites or usages of that religious organization to which the official is affiliated. (11) An approving authority shall not approve a location belonging to the Connétable or the parish unless the Minister consents to that location being an approved location. (12) The Minister may delegate the power to consent to a matter referred to in paragraph (11). (13) The Minister shall certify locations as usual public places of public religious worship for the purposes of this Law. (14) The Minister shall prescribe the process by which a location may be certified as a place of public religious worship including — (a) the information that must be supplied with an application; (b) the persons who may apply for the certificate; (c) the locations that may or may not be certified; and (d) the process by which a location may be certified. (15) Any building that was registered under this Law for the solemnization of marriages immediately before the coming into force of the Marriage and Civil Status (Amendment No. 4) (Jersey) Law 2018 — (a) shall be deemed to have been certified under paragraph (13) as a place of public religious worship of the religious organization in favour of whom it was registered; and (b) shall be deemed to be an approved location under this Article for the purpose of solemnizing marriages according to the rites or usages of that religious organization for a period of 12 months commencing on the day that the Marriage and Civil Status (Amendment No. 4) (Jersey) Law 2018 comes into force. (16) Despite the repeal of the Marriage and Civil Status (Approved Premises) (Jersey) Order 2002 — (a) an approval of premises for the solemnization of marriages that was granted under that Order before the coming into force of the Marriage and Civil Status (Amendment No. 4) (Jersey) Law 2018 shall be deemed to be an approval of a location under the scheme established under this Article; (b) any premises

that are deemed to be an approved location under subparagraph (a) shall be deemed to be an approved location for the purpose of solemnizing civil marriages of persons of the same sex and persons of the opposite sex; (c) the deemed approval of a location shall end on the earlier of – (i) the day on which the approval of the premises would have ended if the Marriage and Civil Status (Approved Premises) (Jersey) Order 2002 had not been repealed, or (ii) the day on which the trustee or proprietor of the premises notifies the Superintendent Registrar that the trustee or proprietor no longer wishes to permit the solemnisation of civil marriages to be conducted at that location».

²¹ El artículo 24 al que inicialmente alude esta norma contempla una serie de modalidades formales que pueden válidamente tener lugar bajo determinadas circunstancias especiales, y lo hace en los siguientes términos: «*(1) This Article applies where special circumstances exist such that persons intending to solemnize their marriage on the authority of a marriage schedule or conversion declaration wish to – (a) solemnize their marriage in a location that is not an approved location; (b) solemnize their marriage at a time outside the hours of 8.00 a.m. and 7.00 p.m.; (c) solemnize their marriage earlier than 25 clear days after the publication of notice of marriage under Article 11; or (d) change the date, time or location of the marriage specified in the notice of intended marriage or application for a conversion. (2) For the purposes of paragraph (1), special circumstances are any of the following – (a) one or both of the parties to the intended marriage are expected to die within 3 months of applying for notice of intended marriage under Article 8 or applying for a conversion under Article 19; (b) one or both of the parties to the intended marriage are physically incapacitated such that it would be impossible to solemnize the marriage in an approved location; (c) one or both of the parties to the intended marriage are unable to solemnize the marriage by reason of illness or unforeseen or unavoidable circumstances; (d) one or both of the parties to the intended marriage are detained in prison or under the Mental Health (Jersey) Law 1969, such that it would be impossible to solemnize the married at an approved location; or (e) an emergency has arisen such that it is impractical or impossible for the approved location named in the marriage schedule or conversion declaration form to be used, or for the marriage celebrant named in the marriage schedule or conversion declaration form to solemnize the marriage. (3) The Minister shall prescribe the requirements and procedures that shall apply for allowing persons to solemnize their marriage according to a wish referred to in paragraph (1), which may include any of the following – (a) the application process for seeking to solemnize a marriage in special circumstances; (b) the fees payable; (c) the medical evidence, information or documents that must be provided, or need not be provided, in support of an application for permission to solemnize a marriage in special circumstances; (d) the timescales that apply or may be disapplied for making applications, giving notice, issuing declarations, schedules or certificates or searches in relation to a marriage or a conversion in special circumstances; (e) the requirements for providing original documents and attending the office of the Superintendent Registrar; (f) the time and location for the solemnization of a marriage; and (g) the requirements for annotating any applications, notice, register or other document in consequence of any marriage being solemnized in special circumstances».*

²² Me he ocupado extensamente del estudio de toda esta evolución del sistema matrimonial español en mis trabajos La función de la forma de celebración del matrimonio y el principio de igualdad: algunas observaciones a la luz del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II-1 (2015); El nuevo régimen jurídico de las formas religiosas de celebración matrimonial en el Derecho español, en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 20 (2016); Las modificaciones en las formas civil y religiosa de celebración conyugal introducidas por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en M. T. Areces (coord.), *Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción Voluntaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

²³ Al respecto puede verse mi trabajo Anotaciones sobre la eficacia civil del matrimonio religioso en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, 54 (2015).

²⁴ Un extenso análisis del significado y alcance de este tipo de planteamientos puede verse, por ejemplo, en mi trabajo *El significado constitucional de la libertad religiosa*, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 13 (2013).

²⁵ He realizado una primera valoración de este importante cambio en el sistema matrimonial norirlandés en el trabajo que lleva por título *El reconocimiento del llamado matrimonio de creencia en Irlanda del Norte: la revolucionaria sentencia de la High Court de 9 de junio de 2017*, en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 29 (2017).

²⁶ Junto a lo que en efecto es detectable en el caso de la introducción por la vía juríspudencial de estos matrimonios en Irlanda del Norte, tal y como puede constatarse en lo expuesto en el trabajo al que acabo de referirme, más ampliamente, respecto a la incidencia del principio de igualdad de trato entre las creencias religiosas y las no religiosas en los respectivos procesos de reconocimiento de este tipo de matrimonios acaecidos en Escocia y en la República de Irlanda, pueden también verse mis dos trabajos sobre la evolución de esos sistemas a los que aludí en la nota 18.

²⁷ Así se constata ya en la previamente mencionada Proposición P.65/2015. *Humanist and open-air marriages*, (*Lodged au Greffe on 15th June 2015 by Deputy L.M.C. Doublet of St. Saviour*), que está en el origen de esta reforma legal y en la que se avanzan estos argumentos a favor del reconocimiento del matrimonio de creencia: «*Humanist marriages are distinct from civil ceremonies, and would grant humanist couples the same choice religious people have of a meaningful ceremony composed by a person who shares their values and approach to life. The legal recognition of humanist marriages would be just and fair, meeting genuine public demand and solidifying Jersey's reputation as a progressive, innovative jurisdiction*» (P.65/2015, 3); «*The responses in favour of both same-sex and humanist marriage put forth similar arguments for their stance: most believed that the law should treat all couples equally, saw marriage as a loving, long-term commitment and could see no impediment to different kinds of couples making the same declaration. This applied to, in the first instance, sexual orientation and, in the second, personal beliefs*» (Ibidem, 4); «*Couples who wish to marry on Jersey have the option of a legal civil marriage. Religious couples also have the option of a legal marriage based on their deepest beliefs and values conducted by a person who shares those beliefs and values. But adherence to profound and life-shaping beliefs is not confined to those who profess a religion. Humanist weddings are deeply significant and moving occasions but at present they have no legal significance. [...] The legalisation of humanist marriage adheres to the same principles of equal treatment that impelled the Chief Minister to support same-sex marriage, which will directly benefit a similarly small number of people (an estimated 44). Moreover, the response to the Equal Marriage and Partnership consultation clearly stated that, regardless of the eventual number who benefit from reforms to marriage laws, 'all Islanders potentially benefit from living in a community which treats people with greater equality'. The legalisation of humanist marriage is concordant with these principles*» (Ibidem, 5).

²⁸ He estudiado con cierto detenimiento esta cuestión específica en «*El matrimonio en forma religiosa y el matrimonio de los grupos ideológicos o filosóficos en el ordenamiento jurídico irlandés*», loc. cit.

²⁹ En el documento «*Marriage Law Reform Public Consultation*», que ha sido sometido a consulta pública en el marco del proceso de revisión legal actualmente en curso en Guernsey, puede leerse: «*Today, there is a growing demand for an alternative to traditional religious and civil marriage ceremonies, people who do not follow a religion or who have different nonreligious beliefs (such as Humanists) want the option of personalising their ceremony to reflect their beliefs. [...] Non-religious belief-based ceremonies can be conducted in Guernsey, but they are not legally recognised. Couples often hold two ceremonies, one at the Greffe to recognise the marriage legally and one to exchange vows that reflect their beliefs. Feedback received from marriage celebrants and couples is that they would much prefer to be able to combine the civil and non-religious ceremonies rather than having two ceremonies often on different days. [...] Consideration is being given to legally recognising non-religious belief*

ceremonies. This would mean that non-religious belief celebrants, such as Humanists, would be able to conduct legal ceremonies. [...] This would be more inclusive of those with non-religious beliefs and allow couples who wish to do so to have one legally recognised ceremony». El texto íntegro de la consulta está disponible a través de este enlace: <https://www.gov.uk/government/articles/review-of-marriage-law-could-see-restrictions-relaxed>.

³⁰ Sobre este a la postre fallido proceso de revisión puede verse mi trabajo Una reciente propuesta de reforma del sistema matrimonial inglés: el informe de la *Law Commission* de 17 de diciembre de 2015, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 762 (2017).

(Trabajo recibido el 13-6-2018 y aceptado para su publicación el 17-9-2018)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 16-7-2018
(BOE 7-8-2018)
Registro de la Propiedad de Villacarrillo.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA Y LA AFECTACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Ha sido definido el exceso de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación a su naturaleza y alcance, y en base a los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquel procedimiento y solución en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del Registro. Solo debe permitir la corrección de un dato mal reflejado en su término inicial al inmatricular la finca.

El procedimiento del artículo 199 LH será objeto de calificación por el registrador sobre la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. En el presente caso, las dudas del registrador, manifestadas antes de la tramitación del procedimiento, se refieren a que la finca procede por segregación de otra anteriormente inscrita y a la posibilidad de invasión del dominio público por hallarse una de las parcelas catastrales que parcialmente se afirma corresponde con la finca «en investigación, artículo 47 Ley 33/2003», según resulta de certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada al título.

Aun constando ya inscrita una segregación conforme a una licencia o autorización administrativa concedida, no puede negarse la posibilidad de rectificar con posterioridad la descripción de las fincas resultantes. Aunque, considerando la magnitud del exceso en el presente caso pudiera concluirse que concurre una nueva reordenación de terrenos, lo cierto es que no se plantea la calificación en estos términos y la motivación de la misma no puede estimarse suficiente.

Es doctrina reiterada y consolidada que la protección que el Registro de la Propiedad brinda al dominio público no debe referirse únicamente a aquel que conste inscrito, tutela que se hace más evidente a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2015. El hecho de que en el Catastro figure la titularidad de la finca «en investigación», de conformidad con el artículo 47 de la Ley 33/2003, no debe determinar la atribución del carácter demanial a una finca, sin que tal afirmación que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica quede corroborada por otros indicios o principios de prueba que, además, pueden obtenerse directamente por el registrador a través de la aplicación informática para el tratamiento registral de bases gráficas y de la información gráfica asociada a la misma; más aún cuando de la descripción literaria de la finca resulta que esta linda por el sur con el llamado «Arroyo del Sitio», quedando así delimitada por su colindancia con el dominio público.

Por todo ello debe estimarse la alegación del recurrente en el sentido de que lo que procede es la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, a los efectos de que durante su tramitación la Administración pueda pronunciarse sobre dicha eventual invasión, previamente a emitir la calificación.

Resolución de 16-7-2018
(*BOE* 7-8-2018)
Registro de la Propiedad de Escalona.

RECTIFICACIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 153 RN. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Por regla general, toda rectificación de una escritura pública, debe ser realizada con el consentimiento de todos los intervenientes o de sus causahabientes. Lo que permite el artículo 153 del Reglamento Notarial es la subsanación de errores materiales, omisiones y defectos de forma padecidos en los instrumentos públicos, pudiendo afectar, incluso, a elementos relevantes del negocio de que se trate, pero solo cuando pueda comprobarse, con claridad, que se trata de mero error material, por resultar así atendiendo al contexto del documento y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado. La posibilidad de rectificación por el notario por sí solo, dado que no concurren las partes interesadas a la rectificación, debe ser interpretada con carácter restrictivo. Ahora bien, el citado precepto en modo alguno habilita para modificar, suplir, presuponer o eliminar declaraciones de voluntad que están exclusivamente reservadas a las partes.

En el presente caso, se subsana primeramente la superficie de la finca no inmatriculada y objeto de adición de herencia. Se trata de una subsanación que no precisa el consentimiento de los otorgantes. En segundo lugar, se procede a subsanar el porcentaje de participación de cada uno de los propietarios en la finca agrupada. Es relevante que en la escritura calificada disponen que «a los comparcientes de la finca agrupada les pertenecen los mismos derechos y en la misma

proporción en la que eran dueños de las fincas agrupadas». Por ello, si se tiene en cuenta que en la misma escritura esos derechos y proporción —con los valores respectivos— constan perfectamente determinados respecto de las fincas originarias que se agrupan, el traslado de los mismos a la finca resultante de la agrupación puede realizarse por el notario mediante la correspondiente operación matemática.

En la nueva redacción del artículo 205 de la LH se ha regulado más minuciosamente la inmatriculación por título público. En cuanto a la forma documental para acreditar la previa adquisición, ya no basta cualquier medio de acreditación fehaciente, categoría amplia dentro de la cual el Reglamento Hipotecario, en alguna de sus sucesivas reformas, ha considerado comprendidos incluso a simples documentos privados que reunieran los requisitos del artículo 1227 del Código civil. Y en cuanto al momento temporal en que debía haberse producido la previa adquisición por el ahora transmitente, no se exigía ninguna antelación mínima con respecto a la fecha del otorgamiento del título público traslativo y que opera como inmatriculador. Dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior. Ello permite interpretar que en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad se otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia.

Lo expuesto no obsta la también reiterada doctrina de esta Dirección General acerca de que queda fuera de toda duda el que no supone una extralimitación competencial, sino todo lo contrario, que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados *«ad hoc»* de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos. En primer lugar, en cuanto a la acreditación de la titularidad del causante, como ya señaló este Centro Directivo en la resolución de 18 de abril de 2018, con carácter general no es exigible tal acreditación, pues, de ser exigido este requisito, implicaría la necesidad de acreditar tres títulos diferentes en el procedimiento de inmatriculación, más allá de lo previsto en la propia redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria. A parte de exponer la falta de acreditación de la previa titularidad (que ya se ha indicado que no es exigible), Solo se señala como indicio de elaboración instrumental el otorgamiento consecutivo de los títulos. La transmisión que sirve de base al título inmatriculador no es meramente declarativa ni tiene coste fiscal nulo, ni existe circularidad de la operación, sino que se trata de una compraventa.

Resolución de 18-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Manzanares.

INSCRIPCIÓN DE AGUAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: OPCIONES Y REQUISITOS.

De acuerdo con la legislación de aguas existen varias posibilidades de reflejar en el Registro los derechos privados sobre el agua: a) agua inscrita

como finca independiente, en propiedad; b) agua inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como cualidad de la finca de que forme parte o en la que esté situada; c) derecho a beneficiarse (cualidad del predio dominante) de aguas de propiedad ajena, situadas en otra finca o inscritas ellas mismas como finca independiente (predios sirvientes en ambos casos); d) agua inscrita en propiedad en favor de una comunidad especial considerada como entidad con personalidad propia; e) cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad como finca independiente, y f) cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como cualidad de la finca a que se destina (que debe pertenecer al titular de la cuota).

La propiedad privada existente al entrar en vigor dicha Ley podrá ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, tanto si ya había tenido acceso al Registro antes de dicha vigencia como si se pretendiera inmatricularla. Sin embargo, tanto en el supuesto de primeras como de segundas inscripciones, será imprescindible acompañar al título o documento principal en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción (cfr. art. 33 del Reglamento Hipotecario), el complementario consistente en la certificación del Organismo de cuenca o Administración hidráulica de comunidad autónoma competente en la correspondiente cuenca intracomunitaria, acreditativa del contenido de la oportuna inscripción en el Catálogo de Aprovechamientos de aguas privadas o negativa del propio Catálogo y del Registro de Aguas.

Desde el punto de vista formal, y como consta en el expediente, se exhibe a la notaría fotocopia de un escrito de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, pero este documento protocolizado ni es original, ni copia compulsada la que se le exhibió al notario, por lo que no cumple el requisito de titulación pública a efectos de practicar inscripción conforme a los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento. Y desde el punto de vista de su contenido, tampoco se puede dar la razón al recurrente por cuanto el titular del aprovechamiento que consta en el documento no es el mismo que el titular registral, no pudiendo hacer constar en el Registro de la Propiedad el aprovechamiento de las aguas a su favor.

Resolución de 18-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 2.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Como señaló la resolución de 22 de julio de 2014, de esta Dirección General, el instituto de la prescripción para declarar obras nuevas (acogido en el artículo 20.4 texto refundido de la Ley de Suelo, hoy 28.4) puede ser alegado tanto por un otorgante que edifica sin obtener ningún permiso de la autoridad municipal competente, como por el que sí lo obtuvo, pero eventualmente se extralimitó en lo edificado. En el presente caso, con base en todos los hechos que resultan del expediente, debe considerarse que se trata de la declaración de una obra nueva «por antigüedad».

El hecho de que la obra que se declara terminada no corresponda a la declarada en construcción e inscrita, no debe obstar a la aplicación de la citada

doctrina en el plano registral, pues se trata de una situación fáctica que se encuentra expresamente prevista en la norma reguladora de los requisitos de inscripción, en particular, el artículo 28.3 de la Ley estatal.

El artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, tan solo exige, junto a la aportación de los documentos que acrediten «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», de los que resulte además, como aclara el artículo 52, apartado b), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que dicha fecha sea «anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido ocurrir el edificante». La prueba de tal extremo, unida a la simple constatación sobre «la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate» constituyen los únicos requisitos necesarios para el acceso de la obra al Registro.

Resolución de 18-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Burgos, número 4.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO Y PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD.

La distinción entre actos colectivos y actos individualizados solo afecta a la forma de expresión del consentimiento de los titulares, que en los actos colectivos basta que se produzca a través de un acuerdo en junta de propietarios por unanimidad o quasi unanimidad conforme al artículo 17 de la Ley sobre Propiedad Horizontal cuando se trata de supuestos como el presente; mientras que cuando se trata de actos individualizados se exige el consentimiento individual de los propietarios respectivos en aquello en que les afecte singularmente. Fuera de la especialidad del principio de consentimiento en relación con la forma de prestarlo en los actos colectivos, deben aplicarse los demás principios hipotecarios.

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) según la cual en los supuestos de modificación del título constitutivo de la Propiedad Horizontal, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, la misma no puede afectar a los titulares registrales de departamentos que adquirieron con posterioridad al acuerdo de modificación y accedieron al Registro con anterioridad a la pretensión de inscripción de la modificación del título constitutivo y ello con independencia de la formulación de los consentimientos en acto colectivo o individualizado.

El consentimiento unánime de los propietarios que para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal exige el artículo 5 de la Ley sobre Propiedad Horizontal ha de ser no solo de los propietarios que lo fueran en la fecha de adopción del acuerdo de modificación del título constitutivo, sino de los que sean titulares registrales a la fecha en que dicho acuerdo y la consiguiente modificación estatutaria haya de acceder al Registro, y ello por cuanto para los propietarios actuales no pueden producir efectos aquellas modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente.

Resolución de 18-7-2018
(*BOE* 7-8-2018)
Registro de la Propiedad de Alcañiz.

DERECHO ARAGONÉS: ESCRITURA DE PARTICIÓN DE HERENCIA REDACTADA EN UNA ESPECIALIDAD LINGÜÍSTICA ARAGONESA.

Hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la reciente resolución de 25 de abril de 2018) según la cual la subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del registrador.

Del artículo 3 de la CE resulta, por tanto, una distinción constitucional entre, por un lado, las lenguas que tienen carácter y rango de lenguas oficiales (el castellano en todo el territorio del Estado y las demás lenguas españolas en las respectivas comunidades autónomas de acuerdo con sus respectivos Estatutos) y, por otro lado, las «distintas modalidades lingüísticas» de España, que tienen la consideración de «patrimonio cultural», objeto de especial respeto y protección, pero que carecen del rango y régimen jurídico propio de las lenguas oficiales. El artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, determina que las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón no tienen carácter y rango de lenguas oficiales.

El artículo 7 del Estatuto de Autonomía de Aragón, al igual que la norma recién transcrita, vincula la protección, fomento y derecho de uso de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón a determinados territorios o zonas, que, conforme al Estatuto, deberá definir una ley de las Cortes de Aragón. Esta Ley es la citada Ley 3/2013. En cuanto a la regulación específica sobre el uso de las lenguas aragonesas en los instrumentos notariales, dispone el artículo 21 de la reiterada Ley 3/2013, de 9 de mayo, de que «los instrumentos notariales podrán redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas propias de Aragón en los supuestos y con las condiciones previstas en la legislación civil aplicable». Remisión a la legislación civil aplicable que reconduce al régimen que sobre el particular se contiene en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón».

De ello se colige fácilmente que el derecho al uso de las citadas lenguas y modalidades lingüísticas aragonesas no se garantiza mediante la imposición de una obligación del conocimiento de las mismas al notario autorizante (a diferencia del supuesto de la lengua oficial). Si este régimen resulta aplicable en el momento de la redacción del testamento autorizado por notario, el cual puede ser elegido por el otorgante, entre otros motivos, por su idoneidad lingüística, *«a fortiori»* ha de quedar excluida toda interpretación que pase por imponer o presuponer un conocimiento de tales lenguas y modalidades lingüísticas aragonesas al registrador que haya de calificar e inscribir la herencia a que se refiera el testamento redactado en las mismas. El artículo 37 del Reglamento Hipotecario, que prevé la aportación de una traducción para los documentos no redactados en idioma oficial español que sean ininteligibles para el registrador y respecto del que no tenga una obligación de conocimiento.

La importancia que en este contexto tiene la aportación de una traducción del título sucesorio, junto con este, en el Registro a efectos de su inscripción, ha sido destacada recientemente por este Centro Directivo en su resolución de 11 de enero de 2017 en el que se planteaba si resulta suficiente una traducción parcial

del título sucesorio a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad. La respuesta no puede ser otra que la negativa de acuerdo a la doctrina que respecto de la integridad del título sucesorio tiene establecida esta Dirección General.

Resolución de 18-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Albacete, número 1.

RECURSO GUBERNATIVO: LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLO. PRINCIPIO DE PRIORIDAD: ORDEN DE DESPACHO DE LOS TÍTULOS PRESENTADOS.

Según la doctrina de este Centro Directivo, el ámbito de la representación a que se refiere el artículo 39 RH está circunscrito a una mera actuación material —la presentación del documento en el Registro— pero no incluye la interposición del recurso contra la calificación registral que atribuya al título algún defecto, para lo cual el citado artículo 325 de la Ley Hipotecaria exige claramente que ha de ostentarse notoriamente o acreditarse en forma auténtica la representación legal o voluntaria de los interesados en el asiento. Y la referencia que en el apartado a) de este precepto legal se hace a «quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de esta [la inscripción], como transferente o por otro concepto» excluye claramente la legitimación de quien no ostente en nombre propio un verdadero interés jurídico sustantivo en la extensión del asiento. Del presente expediente no resulta que por parte de la registradora se haya efectuado un requerimiento de subsanación, ni que por tanto el mismo haya sido desatendido por parte de la recurrente, por lo que inadmitir el recurso podría provocar indefensión de esta.

Dada la vigencia del asiento de presentación anterior al del documento cuya calificación ha motivado el presente recurso, lo procedente es aplazar o suspender la calificación de dicho documento mientras no se despache el título previamente presentado, como resulta implícitamente de lo dispuesto en los artículos 111, párrafo tercero, y 432.2.o del Reglamento Hipotecario al regular las prórrogas del asiento de presentación. Este criterio se encuentra confirmado en el artículo 18.2 de la Ley Hipotecaria. Además, en este caso el título posterior (mandamiento de cancelación de cargas) en ningún caso puede despacharse sin que se inscriba el anterior (auto de adjudicación), como resulta de lo establecido en el artículo 133 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 19-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana.

HIPOTECA EN GARANTÍA DE UN PRÉSTAMO CONCEDIDO POR PRESTAMISTA PROFESIONAL NO ENTIDAD FINANCIERA: CALIFICACIÓN DE SUS CLÁUSULAS.

Como consideración previa debe tenerse en cuenta que, de conformidad con los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008 y 1 de agosto de 2014), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad y mercantil es exclusivamente la determinación

de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del Registro en que debe inscribirse el negocio celebrado, también exclusivamente en cuanto a los puntos de la misma que hayan sido objeto del recurso, es o no ajustada a Derecho tanto formal como sustantivamente; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura.

Existen dos tipos de cláusulas abusivas a efectos de calificación registral: a) por un lado, aquellas estipulaciones respecto de las cuales la apreciación de la abusividad solo es posible considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, lo que exige la disponibilidad de unos medios probatorios de los que el registrador carece; y b) por otro lado, aquellas cláusulas que sean subsumibles en la llamada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley de Defensa de los Consumidores, que al ser abusivas en todo caso podrán ser objeto de calificación registral con base en la nulidad *«ope legis»* de las mismas declarada por la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013; así como aquellas cláusulas que vulneren normas específicas sobre la materia, como, por ejemplo, el artículo 114.3.o de la Ley Hipotecaria sobre intereses moratorios o el artículo 6 de la Ley 1/2013, sobre las cláusulas suelo. Además, el rechazo registral de estas cláusulas solo podrá tener lugar si su subsunción en los conceptos jurídicos legales puede hacerse de forma objetiva y debidamente fundamentada. Además, el registrador también debe velar por la transparencia de las cláusulas contratuales predisuntas, y rechazar la inscripción de aquellas cláusulas hipotecarias respecto de las cuales no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia, y la forma, normal o reforzada, que en cada caso el legislador haya elegido.

Retenciones del importe del préstamo: coste de la intermediación y pagos a terceros. Es práctica frecuente en contratos de préstamos hipotecarios que el acreedor retenga ciertas cantidades del préstamo para el pago de conceptos relativos a los gastos, comisiones e impuestos que la propia operación genera; por lo que no se puede hacer tacha alguna a esta retención ni a la cuantía de la misma siempre que los conceptos a que se refiere se encuentren debidamente identificados y guarden relación con las operaciones asociadas al préstamo —lo que concurre en este caso respecto de todos los conceptos—, no comprendiendo la retención de gastos por servicios no solicitados por el deudor, que resultarían contrarios a lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios»; a lo cual habría que añadir, en paralelo con la cláusula de imputación de gastos, que tampoco se opongan a una norma imperativa que los impute al prestamista, lo que resultaría contrario a lo dispuesto en el artículo 89.3 de la citada ley, y que la información precontractual suministrada contuviera la advertencia de que el préstamo hipotecario comprende otros costes, con relación de los mismos, los cuales correrán, cuando proceda, por cuenta del prestatario.

Como queda expuesto, en el presente supuesto se encuentran debidamente detallados en el contrato de préstamo, en la propia escritura y en la «Ficha de información personalizada —FIPER—» u oferta vinculante a ella incorporada, las distintas partidas y las cantidades que integran la retención. Respecto a los gastos de gestión la cifra retenida tiene la consideración de «provisión de fondos» (así consta en la oferta vinculante) sujeta a devolución en cuanto a la cuantía sobrante. Únicamente si se hubiera pactado la apropiación por el acreedor de las cantidades sobrantes se podría haber catalogado la cláusula como objetivamente abusiva por desequilibrio al amparo del artículo 87 de la Ley General

para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya que no se correspondería a una causa adecuada.

En cuanto a la «comisión de intermediación», que asciende a la cifra alzada de 4.200 euros, no puede ser objeto de apreciación registral acerca de su abusividad ya que tal comisión constituye el precio o parte del objeto principal de un contrato suscrito por el deudor, distinto del contrato de préstamo hipotecario, respecto del que se han cumplido las normas de información precontractual, y cuya cuantía de la tarifa no plantea problemas de comprensibilidad. En relación con la presunta infracción, con esta retención, de la prohibición establecida en el artículo 22.3 de la Ley 2/2009, no debe confundirse la retención como medio de pago de la legal retribución de la empresa de intermediación independiente (número 2 de citado artículo 22), con la percepción por la misma de todo o parte del capital del préstamo para otros fines distintos, como por ejemplo al pago de una deuda anterior que tuviere con su actual cliente. En cuanto al concepto «pagos a terceros», el defecto también debe ser revocado porque responde a una orden de pagos del propio prestatario a la entidad acreedora (lo que equivale a la entrega), solicitando que se hiciera la transferencia de la referida cantidad de 1.200 euros, a otro acreedor que se identifica con su nombre y apellidos.

Según las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 23 de diciembre de 2015 y de 15 de marzo de 2018 (núms. 147 y 148) son nulas por abusivas aquellas cláusulas que atribuyan, indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos de las escrituras de un préstamo hipotecario al prestatario. En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios habrá que estar lo señalado por las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, que aplica las normas recogidas en la Ley y el Reglamento del Impuesto. En cuanto a los gastos de tasación, Notaría, Registro de la Propiedad y gestión: a) cada tipo de gasto debe imputarse a aquella parte del contrato a la que se le asigne una disposición legal; b) a falta de asignación legal los gastos corren a cargo de aquella parte que estuviera interesado en el servicio que se remunera, y c) que, en caso de que ambas partes estuvieran interesadas, cabe una distribución equitativa de los gastos de ese tipo.

Respecto al gasto de tasación, cabe afirmar que en esta materia ambas partes contratantes tienen interés y a ambas beneficia la realización de esa tasación pericial previa. La solicitud de un préstamo hipotecario lleva implícita, en el mercado del crédito hipotecario, la necesidad legal de tasar la finca que se ofrece en garantía o cuya adquisición se pretenda financiar y, en consecuencia, una solicitud implícita de la misma, por lo que su repercusión en el deudor no debería suscitar dudas de legalidad y así parece deducirse de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015. La privación al consumidor del derecho a presentar su propia tasación sí vulneraría el artículo 86 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de forma que la cláusula que así lo establezca será abusiva por limitar o privar al consumidor de sus derechos reconocidos por las normas dispositivas o imperativas.

En relación con los gastos de notaría, se puede concluir, en la misma línea que las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 que, en principio, salvo que se pruebe que el banco ha impuesto al deudor un notario determinado (lo que no es lo mismo que el ofrecimiento a firmar en una notaría), se acredite que ha sido el banco quien ha requerido directamente la función notarial (lo que como lo anterior habrá de hacerse en sede judicial) o hubiera un acuerdo para distribución de estos gastos; el pago del concepto de

escritura matriz corresponde al prestatario; mientras que, respecto de las copias autorizadas, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, siendo lo habitual que la copia autorizada que se expide por defecto tenga como finalidad servir de título ejecutivo (art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a favor de la entidad de crédito, por lo que esta será la obligada al pago.

Respecto a los gastos registrales, cabe concluir, con las mismas salvedades antes expresadas para los gastos notariales respecto del objeto de la norma, que la minuta del Registro de la Propiedad debe ser pagada, como regla, por el prestamista, dado que a su favor se inscribe la hipoteca (el préstamo como tal no es objeto de inscripción, sino únicamente en cuanto sirve para determinar una parte del contenido de la hipoteca: la obligación garantizada), si bien, algunos gastos registrales accesorios referentes a la publicidad registral, serán de cargo del prestatario si él la hubiere solicitado.

Por último, en cuanto a los gastos de gestoría, se trata de una labor que constituye un servicio accesorio y, como tal, la retribución de sus actuaciones correrá a cargo de aquella parte que hubiere solicitado y estuviera interesado en la tramitación a retribuir; por lo que, de conformidad con lo anteriormente expuesto, el obligado al pago será el consumidor, cuando se trate de la tramitación de la liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados, y el obligado al pago será el prestamista cuando se trate de la tramitación de la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad. Es evidente que a la entidad de crédito le interesa la intervención de una gestoría de su confianza para asegurar la debida inscripción de la hipoteca, pero, al desconocer el registrador si ha habido una auténtica imposición de la misma al consumidor o un consentimiento del prestatario, a estos efectos debe considerarse ajustado a derecho la imputación contractual de los gastos de gestoría de forma equitativa, en los términos que se han expresado, es decir, en función del interés que la gestoría satisfaga en cada actuación.

En el presente caso se hace constar expresamente que la cláusula de imputación de gastos ha sido objeto de negociación entre ambas partes, lo que de ser cierto legitimaría este pacto de imputación de gastos y las retenciones verificadas, al haber desaparecido el desequilibrio relevante del consumidor.

Como regla, al constituir el interés ordinario o remuneratorio un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario oneroso (ese carácter tiene el bancario), ya que determina la cuantía de la contraprestación del préstamo que es el objeto principal del contrato de préstamo oneroso, queda al margen tanto de la calificación registral como de la ponderación judicial, por corresponder a la iniciativa empresarial la fijación del interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador. El control de los intereses ordinarios queda circunscrito, en consecuencia, añadián dichas resoluciones, al ámbito de las normas de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, que como tal también queda al margen de la calificación registral al exigir su apreciación la ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, para poder determinar que el prestatario ha aceptado el tipo de interés por las circunstancias de angustia en que se encuentra, lo que tampoco cabe extraer de las afirmaciones del registrador calificador.

No obstante, afirma el Tribunal Supremo que «el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo», sino que tal cláusula se encuentra sujeta a un doble control, el control de incorporación o de información previa ajustada a la normativa según el artículo 7.1 de la Ley General para la Defensa de los Con-

sumidores y Usuarios y la Orden EHA 2899/2011, y el control de transparencia, cognoscibilidad o comprensibilidad real— que exige que la cláusula se encuentre redactada de manera clara y comprensible como exigen los artículos 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y 80.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ambos filtros quedan satisfechos por la cláusula objeto de calificación.

En todo caso, la comparativa debe hacerse respecto del tipo de interés habitual en ese otro mercado de préstamos, 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.

Tampoco se considera que el argumento complementario de esa desproporción entre el importe del préstamo y la tasación de la finca hipotecada aporte nada en favor de la calificación registral del carácter abusivo o usurario de los intereses remuneratorios porque, en primer lugar, el valor de la garantía es indiferente a efectos jurídicos con relación al importe del préstamo u obligación garantizada.

El mero hecho que la adquisición de la vivienda que se hipoteca sea anterior al préstamo actual que se pretende inscribir no excluye *per se* la posibilidad de que ese préstamo actual pudiera tener la finalidad que exige el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, en el expediente que da lugar a la presente resolución resulta, de los datos del historial registral de la finca hipotecada, que la vivienda fue adquirida el día 27 de diciembre de 2001 y que se encuentra gravada con una hipoteca a favor de otra entidad, cuya fecha final de vencimiento fue el 9 de febrero de 2014, sin que conste nota marginal alguna indicativa de haberse promovido su ejecución. A su vez, en el apartado de cargas de la escritura de préstamo hipotecario consta la manifestación de que tal hipoteca se encuentra cancelada económicamente, si bien pendiente de cancelación registral, por lo que no parece que nos encontremos ante uno de los supuestos subsumibles en el citado artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, dado que, como se ha venido exponiendo, este préstamo se encuentra sujeto a la normativa de protección de los consumidores, sí sería aplicable a los intereses moratorios la jurisprudencia del Tribunal Supremo (*vid.*, sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016) que limita los mismos, en términos objetivos de abusividad, a dos puntos por encima de los intereses remuneratorios pactados. Pero esta limitación, aparte de no haber sido alegada en la nota de calificación, se respeta en el presente contrato ya que el interés moratorio máximo posible ascendería al 17% anual.

Resolución de 19-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Villacarrillo.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Ha sido definido el exceso de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación a su naturaleza y alcance, y en base a los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquél procedimiento y solución en el que se hace constar en los libros la correcta

extensión y descripción de la finca como base del Registro. Solo debe permitir la corrección de un dato mal reflejado en su término inicial al inmatricular la finca.

El procedimiento del artículo 199 LH será objeto de calificación por el registrador y la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincide en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. En el presente caso, las dudas del registrador, manifestadas antes de la tramitación del procedimiento, se refieren a que la finca procede por segregación de otra anteriormente inscrita y a la posibilidad de invasión del dominio público por hallarse una de las parcelas catastrales que parcialmente se afirma corresponde con la finca «en investigación, artículo 47 Ley 33/2003», según resulta de certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada al título.

En el presente caso, resulta evidente la variación sustancial que se produce en la descripción de la finca, pasando a estar ahora configurada por la existencia del arroyo que la atraviesa de norte a sur y por la existencia de un lindero, ahora fijo por el este, cuando de la descripción literaria resultaba ser un lindero personal. De la representación gráfica aportada resulta que la finca está constituida por tres suertes o porciones, delimitadas por el curso del arroyo. Ello daría lugar a una finca discontinua sin que del Registro resulte tal circunstancia, sin duda relevante para valorar la correspondencia de la finca. Además, los linderos expresados en el Registro no se corresponden con los que resultan del Catastro.

En el supuesto de hecho de este expediente resulta evidente la alteración de la línea poligonal de delimitación de la finca, como advierte el registrador en su calificación, dada la alteración de linderos y el pasar a configurarse la finca como discontinua, lo que unido a la desproporción en la variación de superficie conduce a considerar fundadas las dudas expuestas por el registrador acerca de que con la inscripción de la representación gráfica solicitada pudiera encubrirse la existencia de negocios traslativos no formalizados debidamente y que tampoco han tenido acceso al Registro.

Resolución de 19-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, número 1.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Es reiterada y consolidada la doctrina de esta Dirección General en los supuestos en los que se pretende la inscripción de una representación gráfica y puede sintetizarse del siguiente modo: a) 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 coincide 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; b) A tal efecto el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, las representaciones gráficas disponibles; c) El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio; e) 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 resultan claramente identificadas y fundamentadas las dudas de la registradora en la nota de calificación, al identificar y exponer detalladamente las circunstancias de hecho que le llevan a concluir que la representación gráfica que pretende inscribirse puede coincidir, siquiera parcialmente, con otra finca inmatriculada.

Resolución de 19-7-2018

(*BOE* 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Nules, número 1.

DOMINIO PÚBLICO: VÍAS PECUARIAS.

Tal y como señaló esta Dirección General en las resoluciones de 15 de marzo y 12 de abril de 2016, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

En lo que concierne al dominio público a que se refiere este expediente, las vías pecuarias son bienes de dominio público y por ello inalienables, imprescriptibles e inembargables cuya propiedad siempre corresponde a la Comunidad Autónoma. Así lo proclama el artículo 2 de Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias.

En el caso de este expediente, a la vista de los datos resultantes de la aplicación auxiliar, de los que resulta que la parcela catastral que en el título se dice corresponder con la finca puede invadir una vía pecuaria, el registrador procede a notificar a la Administración correspondiente, la cual responde en sentido afirmativo que la parcela está afecta por la vía pecuaria. Tal circunstancia, en principio, debería ser determinante de la desestimación del recurso, considerando la doctrina expuesta de esta Dirección General sobre la protección del dominio público.

Sin embargo, las particulares circunstancias concurrentes en este caso, unido a la falta de deslinde de la vía pecuaria conducen a la estimación del recurso.

Resolución de 19-7-2018

(*BOE* 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 10.

PROPIEDAD HORIZONTAL: BASE GRÁFICA DE LOS ELEMENTOS INDEPENDIENTES.

Como ya señaló la resolución de esta Dirección General de 22 de julio de 2016, conforme a los artículos 9.b) y 199 Ley Hipotecaria no es admisible, a efectos de la constancia registral de la representación gráfica, la correspondiente a un elemento en régimen de propiedad horizontal individualmente considerado. Dicha inscripción de representación gráfica de los elementos individuales del

régimen de propiedad horizontal solo se contempla en la Ley Hipotecaria en los casos de inscripción de una obra nueva, en los que tal representación se integre junto con la de todos los elementos del régimen en el Libro del edificio, según prevé el artículo 202 de la Ley Hipotecaria *in fine*.

La rectificación del título constitutivo de la propiedad horizontal por existir errores o inexactitudes en el mismo queda sujeta a la normativa contenida en la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto es una modalidad de modificación del título constitutivo, por lo que se precisa acuerdo previo de la Junta de propietarios que la acuerde. En el caso que nos ocupa, no concurriendo más que el consentimiento del titular registral de uno de los elementos afectados, pero no de los titulares de las fincas colindantes afectadas ni constado la autorización de la Junta de propietarios del edificio en régimen de propiedad horizontal a la rectificación practicada —ni siquiera la constatación por su parte de que no afecta a elementos comunes—, el recurso ha de ser desestimado.

Resolución de 19-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Cangas de Onís.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: ORDEN DE DESPACHO DE LOS TÍTULOS. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Debe partirse de la doctrina de este Centro Directivo sobre la aplicación del principio de prioridad consagrado en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria cuando se encuentra pendiente de despacho un título presentado anteriormente. La resolución de 4 de julio de 2013 considera que en tal caso ni siquiera hubiera tenido obligación el registrador de calificarla mientras no hubiese despachado el documento anteriormente presentado y cuyo asiento de presentación se encontraba vigente.

Es doctrina de este Centro Directivo que una interpretación teológica del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, que exige en toda inmatriculación la certificación catastral coincidente con la que se pretende inmatricular, lleva a la conclusión de que, si coincide, la certificación catastral, con la descripción de la finca resultante de la agrupación, haya de entenderse cumplido el requisito referido, pues lo contrario significaría, como dice el recurrente, obligar al inmatriculante a instar una segregación catastral destinada a quedar sin efecto inmediatamente como consecuencia de la agrupación. De igual modo, como ha señalado la resolución de 8 de junio de 2016, es posible prescindir de la representación gráfica para la inscripción de una modificación hipotecaria en los casos en que la finca resultante de la misma carezca de existencia actual por haberse producido otra modificación posterior en la que se aporte la representación gráfica que en definitiva tiene la finca y ambas operaciones accedan simultáneamente al Registro.

Actualmente debe entenderse inaplicable el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en particular, y en lo que a este expediente se refiere, en cuanto que dispone que el título público de adquisición incorporará o acompañará certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulte además que la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente.

El defecto de la omisión de la superficie no puede mantenerse en este caso respecto a las fincas que no están inmatriculadas y que omiten su superficie conforme al sistema métrico decimal, ya que, según se ha expuesto, la inmatriculación

accederá al Registro simultáneamente con la agrupación y, en cuanto a la finca resultante de la misma sí consta determinada tal superficie, que será la que, en definitiva, constará en el folio real de la finca, cumpliendo con lo prescrito en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.

Como ha reiterado este Centro Directivo (cfr. «Vistos»), «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». Es por ello que no manifestando otras dudas justificadas de identidad que impidan la inmatriculación de la fincas, el defecto, tal y como se formula, no puede mantenerse.

Resolución de 19-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Quintanar de la Orden.

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO DE INTERPOSICIÓN EN LOS CASOS DE CALIFICACIONES SUCESIVAS. EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN: CITACIÓN DE COLINDANTES. IGLESIA CATÓLICA: PERSONALIDAD JURÍDICA.

El recurso debería inadmitirse (si hubiera transcurrido el plazo legal de interposición computado desde la fecha de la notificación de la primera calificación, pero no desde la segunda) si del expediente no resultase que la nota reiterativa trae causa no en una nueva aportación del documento calificado en su día, sino de este junto con otro. Diversamente en caso de que junto con el título inicialmente calificado se haya presentado otro u otros complementarios o subsanatorios que, a juicio del registrador, carezcan de virtualidad para remover el obstáculo señalado en la anterior calificación o adolezcan, a su vez, de otros defectos, procede resolver la impugnación planteada en el recurso interpuesto contra la nueva nota de calificación que rechaza la subsanación.

La doctrina reseñada anteriormente se aplica exclusivamente a los supuestos en que la nueva presentación del título tiene lugar durante la vigencia del asiento del Diario causado por la presentación inicial del título que dio lugar a la calificación inicial, siendo doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. resoluciones de 21 de abril y 22 de julio de 2005, 10 de julio y 9 de diciembre de 2006, 14 de marzo de 2007 y 10 de enero y 29 de septiembre de 2008) que, una vez caducado el asiento de presentación, esa firmeza no es obstáculo para que presentado de nuevo el título deba ser objeto de otra calificación (*vid.*, art. 108 del Reglamento Hipotecario), nueva calificación que puede ser idéntica o diferir de la anterior.

No pueden por tanto tenerse en cuenta a la hora de resolver el recurso documentos no presentados para su calificación.

En el caso de este expediente, el auto objeto de calificación señala que se ha procedido a la notificación de determinados colindantes, omitiendo en tal mención la enumeración de los concretos colindantes notificados, sin referirse, por tanto, a las Administraciones públicas titulares de la carretera y de la vía pecuaria señaladas por el registrador, bienes de dominio público con los que lindan dos de las fincas cuya inmatriculación se pretende (las descritas en segundo y tercer lugar, que corresponden a las parcelas 200 y 205), según resulta tanto de las certificaciones catastrales aportadas con el auto como de las bases gráficas

del Registro. Por ello, es preciso que se exprese en el documento judicial que se ha procedido a la notificación a dichos colindantes.

Tal y como señaló esta Dirección General en las resoluciones de 15 de marzo y 12 de abril de 2016, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Dentro de las entidades religiosas de la Iglesia Católica, las circunscripciones territoriales (tal es el caso de las parroquias y obispados) no están sujetas al trámite de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, ya que gozan «*ope legis*» de personalidad jurídica en cuanto la tengan canónica. En el caso del presente expediente, el recurrente alega que la entidad promotora del expediente de dominio, «Cáritas Parroquial San Antonio de Padua de Denia», es una entidad dependiente orgánicamente de «Cáritas Diocesana de Valencia», la cual sí se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia «puesto que es la única que puede estarlo, dado que Cáritas Parroquial San Antonio de Padua de Denia es un ente dependiente de la misma a efectos eclesiásticos», alegación que apoya en tres documentos que aporta junto con el escrito del recurso.

Nuevamente ha de reiterarse la doctrina de este Centro Directivo sobre la inviabilidad de revisar la calificación de los registradores en el seno del procedimiento del recurso sobre la base de documentos aportados junto con el propio recurso y no presentados en el momento de la calificación (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria). Pero es que, en el presente caso, la documentación aportada con el recurso lejos de apoyar la tesis del recurrente la desvirtúa, pues bien a las claras pone de manifiesto dicha documentación que la entidad «Cáritas Parroquial San Antonio de Padua de Denia» no goza por sí de personalidad jurídica, sino que, como afirma el propio recurrente, es un ente dependiente de «Cáritas Diocesana de Valencia», cuyas funciones desarrolla en el ámbito de la parroquia a la que está adscrita. Por tanto, la inscripción podría practicarse bien a favor de la concreta Parroquia a que se encuentra adscrita «Cáritas Parroquial San Antonio de Padua de Denia», bien a favor de «Cáritas Diocesana de Valencia».

Resolución de 19-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 2.

COTITULARIDAD DE UNA FINCA: ARTÍCULO 54 RH.

La subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del registrador.

El artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario, en aras a la necesaria claridad que impone las exigencias derivadas del principio de especialidad registral, establece que en las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho se precise la porción ideal de cada condeño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente. El recurrente afirma estar de acuerdo con esta exigencia de nuestra legislación hipotecaria si bien entiende que es una exigencia aplicable a la redacción del asiento registral y no del título inscribible. Tal posición no es conforme con la doctrina de este Centro Directivo.

El supuesto de hecho de este expediente produce la disolución del condominio en virtud de la segregación de dos fincas (la segregada y el resto de la matriz), adjudicándose la primera de ellas por mitades indivisas a dos de los cuatro comuneros, con separación de los mismos de la comunidad. Nada se dice en el título, sin embargo, respecto del resto de la finca matriz, siendo así que sobre la misma lógicamente deberá operar una mutación de su titularidad al variar la base subjetiva de la comunidad en virtud de la «separación» de los dos comuneros adjudicatarios de la finca segregada.

No existiendo, pues, disposición de *«ius cogens»* o de *«ius dispositivum»* que establezca, ya sea imperativamente ya en defecto de pacto, que en un supuesto como el del presente expediente la adjudicación de la finca resto deba hacerse o entenderse hecha necesariamente por mitades indivisas al margen de la voluntad de los interesados (en virtud de una expansión automática o forzosa de las cuotas), es preciso integrar o completar el título calificado —como así se ha hecho en el título subsanatorio presentado— dando cumplimiento a la exigencia de la determinación precisa de las cuotas indivisas (iguales o desiguales) correspondientes a cada uno de los cotitulares, conforme a lo exigido por el artículo 54 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 19-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

PROPIEDAD HORIZONTAL: USUFRUCTO SOBRE EL DERECHO DE USO EXCLUSIVO DE LA TERRAZA DEL EDIFICIO.

El régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo —es decir, un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente— y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio. Ahora bien, es igualmente cierto, como ha señalado en varias ocasiones este Centro Directivo (resoluciones de 31 de marzo de 2005, 5 de julio de 2016 y 17 de enero de 2018), que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido reconociendo el hecho de que ciertos elementos comunes no agotan toda su potencialidad en la finalidad que desempeñan, sino que, sin perjudicar la misma, pueden ser de uso exclusivo del propietario de algún elemento privativo.

En este sentido, como ha señalado la doctrina, hay una sutil pero ampliamente compartida distinción entre el concepto de terraza y el concepto cubierta del edificio. La cubierta como elemento necesario de parcelación cúbica o delimitación del vuelo o espacio edificado es siempre elemento común por naturaleza. Sin embargo, las terrazas como zona pisable (o «visitabile» como se dice en el título calificado), no son elemento común por naturaleza.

Por ello, como puso de manifiesto este Centro Directivo en su resolución de 25 de noviembre de 1992, aquellos derechos sobre servicios o usos singulares del inmueble, como el de instalar en la terraza carteles publicitarios, luminosos, o de cualquier otro tipo, como las instalaciones de telecomunicaciones a que se refiere este expediente, que con el consentimiento unánime de los propietarios pueden establecerse en favor de cualquier sujeto como derecho real de servidumbre personal, u otra modalidad de derecho de goce, no están sujetos a limitaciones

distintas cuando en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal se configuran como un derecho anejo al de propiedad sobre determinado elemento privativo sometido a tal régimen.

En el supuesto de hecho de este expediente, la azotea o terraza tiene la consideración de elemento común del edificio (no se ha producido la desafección y en el título constitutivo no se le atribuye carácter privativo), si bien está sujeto al derecho de uso exclusivo atribuido en el mismo título constitutivo a los titulares de dos de los elementos privativos del inmueble. Por ello, es requisito imprescindible el consentimiento de estos titulares del derecho de uso exclusivo de la azotea, al resultar directamente afectados por la constitución del derecho de usufructo. En este caso, los titulares de las viviendas que integran los elementos privativos dos y tres de la propiedad horizontal quedan directamente afectados, al ser restringido el derecho de uso que se les atribuyó con carácter exclusivo en el título constitutivo, y que como tal consta inscrito a su favor, siendo por ende necesario que conste su consentimiento expreso, o resolución judicial que declare la alteración del derecho de uso exclusivo, sin que baste el consentimiento presunto previsto por el artículo 17.8 de la Ley sobre propiedad horizontal.

Como ha destacado la doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, resolución de 21 de diciembre de 2011), el usufructo sobre derechos es una figura claramente admitida por nuestro ordenamiento, pues además de ser la solución más congruente con el principio de la libre transmisibilidad de los bienes y derechos (cfr. art. 1112 CC), cuenta con el refrendo explícito del artículo 469 del Código civil. Este precepto admite expresamente el usufructo de derechos, de todo tipo de derechos, siempre que no sean personalísimos e intransferibles, requisitos ambos que concurren en el derecho de uso exclusivo de la terraza en los términos que han sido ampliamente analizados «supra».

Resolución de 19-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Martorell, número 1.

BIENES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: CANCELACIÓN DEL DOMINIO A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN.

Corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley. Esta doctrina no supone desconocer que a la calificación de los actos y documentos administrativos, de modo coherente con su presunción de validez y eficacia —artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas— y la propia potestad administrativa de autotutela, con el alcance al que se refiere el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, se le aplican también los efectos que señala el artículo 101 del Reglamento Hipotecario.

De la anterior relación de antecedentes de hecho se desprende que tanto la registradora como la Administración recurrente coinciden en la idea de que no procede la cancelación de los derechos de censo inscritos en virtud de título

hereditario a favor de diversos titulares registrales, premisa que la Administración titular del dominio directo de la finca objeto del debate acepta a la vista de los argumentos aducidos en la primera calificación, lo que da lugar a una modificación en el «petitum» de su segunda solicitud de cancelación (la que genera la calificación objeto del recurso) que se limita a postular la cancelación exclusivamente de la inscripción 8.^a de dominio a favor del Estado, excluyendo de tal solicitud el resto del historial registral, a diferencia de lo que se pedía en la primera solicitud que era la cancelación de la finca registral como tal, es decir, de su completo historial registral.

Es evidente que los asientos posteriores que traen causa de otro cuyo título ha sido declarado nulo, no pueden ser cancelados como consecuencia de una declaración de nulidad del primero, si en el procedimiento en que se declara dicha nulidad no han intervenido los titulares respectivos o, añadimos ahora, habiendo intervenido o bien no han consentido o bien en el procedimiento han resultado desestimadas todas las pretensiones ejercitadas contra los mismos.

Como ha señalado este Centro Directivo en su resolución de 8 de mayo de 2018, la nulidad judicialmente declarada de la titularidad dominical inscrita debería llevar a la cancelación de la titularidad dominical reflejada en dicha inscripción sin formal desinmatriculación de la finca, para lo cual resulta precisa la previa aportación del título dominical a favor de los titulares civiles de la finca, sin cuya inscripción no cabe mantener la inscripción soporte de los derechos reales limitados y otros gravámenes inscritos o anotados.

Es cierto que a efectos de inmatriculación en el Registro, el artículo 377 del Reglamento Hipotecario presupone la asunción de la teoría de la desmembración del dominio directo y útil, si bien en la doctrina moderna hay una amplia corriente favorable a la consideración de que el verdadero dueño es el titular del denominado «dominio útil», siendo el censualista, o «dueño directo», titular de un derecho real en cosa ajena, y concretamente titular del derecho real de censo.

Es más, incluso asumiendo la perspectiva del derecho de censo como una desmembración del dominio (perspectiva que no es la aplicable a este caso por razón de la legislación aplicable) la inferencia que el recurrente extrae de la posible inmatriculación separada del dominio directo y útil consistente en su posible cancelación separada e independiente, no se acomoda al supuesto de hecho de la concreta causa de extinción del dominio útil alegada *«in casu»* consistente en la desaparición o pérdida de la finca por imposibilidad de localizarla.

Considera igualmente la Administración recurrente que dicha cancelación del dominio a favor del Estado no perjudica a los titulares del derecho de censo, por lo que estima no procedente el consentimiento de los mismos (ni necesaria la redención del censo). Pero esta afirmación no puede compartirse pues la causa alegada para la cancelación es la pérdida o desaparición de la finca.

Resolución de 20-7-2018
(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

REPRESENTACIÓN INDIRECTA: FIDUCIA CUM AMICO.

Dejando ahora de lado el expreso reconocimiento de efectos directos entre tercero y representado que hace el párrafo segundo *in fine* del artículo 1717 del

Código civil, para la tesis clásica, la gestión del representante en nombre propio determinaba que la única vinculación por efecto del negocio celebrado con el tercero era exclusivamente la suya propia y que los únicos efectos que derivaban de la relación de representación eran internos u obligacionales. Consecuentemente, se negaba cualquier tipo de vinculación entre el tercero y el «*dominus negotii*» y era necesario un acto posterior de transmisión del derecho real o personal a favor del último. Sin embargo, la tendencia hoy dominante se muestra partidaria de afirmar que la denominada representación indirecta o mediata es una auténtica forma de representación que, aunque de manera no exactamente coincidente con la representación directa, permite atribuir efectos directos a la actuación del representante, con lo que se define correctamente la posición de cada una de las partes. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dudado en atribuir efectos directos para el representado cuando el carácter ajeno de la gestión del representante indirecto ha quedado suficientemente acreditado.

Admitida la adquisición inmediata de la propiedad por el «*dominus*», el siguiente problema que se presenta se concreta en la forma de acreditación de su titularidad que, de momento, puede quedar reservada u oculta. En esa situación, la vía recta que permitirá acreditar la titularidad del «*dominus*» podrá ser voluntaria, mediante la escritura otorgada por el representante y aquel en la que el primero reconozca *erga omnes* el derecho del último (cfr. art. 540 CC). O, en caso de que no exista acuerdo entre las partes, la sentencia declarativa de la relación representativa y del dominio del sujeto representado, una vez que en el proceso se haya justificado debidamente la relación representativa. Ahora bien, en relación con la escritura de reconocimiento, no parece suficiente la mera declaración de las partes dirigida a reconocer la titularidad del «*dominus*», sino que esa declaración debe estar suficientemente justificada, a fin de acreditar de manera suficiente la existencia de la relación representativa. En este punto, ha de atenderse a cada supuesto fáctico. Desde este punto de vista, aunque resulte discutible la aplicación de la ratificación a la representación indirecta —el artículo 1259 del Código civil se refiere estrictamente a la actuación en nombre ajeno— lo que no resulta dudoso es la admisibilidad de una declaración de las partes dirigida a suplir la falta de acreditación previa de la representación o, incluso, a completar la eventual falta de poder de representación del actuante (arts. 1727 y 1892 y 1893 CC), siempre que esa declaración vaya acompañada de algún hecho o circunstancia que permita afirmar que, atendidas las circunstancias, ha quedado suficientemente evidenciada la relación de representación, lo que obliga necesariamente a atender a las circunstancias de cada caso.

Las consecuencias anteriores no quedan desvirtuadas por la necesidad de proteger a los terceros de buena fe que confiaron en la situación de titularidad formal o aparente del representante indirecto —por ejemplo, en caso de realizar un acto dispositivo faltando a la confianza en él depositada—.

Es doctrina de este Centro Directivo que lo que accede a los libros registrales es el título material por el que se produce la transmisión o la declaración del dominio que, a su vez, ha de estar consignado en un título formal de los previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por lo que solo si el reconocimiento de dominio tiene la condición de título material transmisor o declarativo del dominio puede acceder al Registro de la Propiedad, y por ello es necesaria la expresión de la causa (cfr. resolución de 19 de enero de 1994). De aquí resulta que el reconocimiento de dominio efectuado sin expresión de causa carece de virtualidad traslativa y no procede su inscripción. Sin embargo, en este caso el

reconocimiento de dominio no es, por tanto, un título carente de causa, sino que en él se exterioriza la relación de representación que hasta ese momento había permanecido reservada.

La doctrina expuesta ha sido claramente corroborada en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo y 10 de junio de 2016, según las cuales en la convención negocial de fiducia «*cum amico*», incluso cuando exista causa ilícita o torpe, no será aplicable la excepción del artículo 1306 Código civil y los bienes dados en esa confianza y bajo esa apariencia formal deberán ser restituidos siempre que se encuentren bajo la titularidad del fiduciario y fueren reivindicables.

Resolución de 20-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Gandía, número 2.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 199 de la Ley Hipotecaria regula el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. En todo caso, en este procedimiento será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Estas dudas en la identidad de la finca pueden ser manifestadas por el registrador al comienzo del procedimiento, evitando dilaciones y trámites innecesarios.

Es doctrina consolidada de esta Dirección General que, a raíz de la reforma operada por la Ley 13/2015 se han habilitado procedimientos específicos para obtener la inscripción de rectificaciones descriptivas, como es el regulado en el nuevo artículo 199 de la Ley Hipotecaria, cuya tramitación se atribuye a los registradores de la Propiedad, el cual puede ser utilizado para inscribir la representación geográfica de una finca previamente inmatriculada, tanto si la descripción, superficie y linderos que consten en su descripción literaria fueran inicialmente coincidentes con la representación geográfica cuya inscripción se pretende, como si necesitaran ser rectificados para acomodarse a ella, y ello incluso cuando la magnitud de la rectificación superficial excediera del 10% de la superficie inscrita o se tratase de una alteración de linderos fijos.

En el presente caso, aunque se haya incorporado al título un levantamiento topográfico del que resulta una superficie diferente de la consignada en la certificación catastral, la solicitud expresa de inscripción de la representación gráfica catastral, no deja dudas en cuanto a cuál es la superficie cuya constancia tabular se solicita y la representación gráfica cuya inscripción se pretende.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de invasión de una senda, procede afirmar aquí que es doctrina reiterada y consolidada que la protección que el Registro de la Propiedad brinda al dominio público no debe referirse únicamente a aquel que conste inscrito. En caso de dudas de invasión del dominio público resulta, por tanto, esencial la comunicación a la Administración titular del inmueble afectado a efectos de valorar si efectivamente se produce dicha

invasión, y tal intervención Solo puede producirse durante la tramitación del procedimiento correspondiente.

Resolución de 20-7-2018
(BOE 7-8-2018)
Registro de la Propiedad de Huete.

CONCURSO DE ACREDITORES: HIPOTECA EN GARANTÍA DE UN CRÉDITO QUE NO CONSTA EN EL CONCURSO.

Los antecedentes expuestos no permiten conocer cuál ha sido el supuesto de hecho, es decir, si el crédito garantizado con hipoteca sobre la finca se había extinguido a la fecha de celebración de la subasta o si, por el contrario, dicho crédito, hubiera sido o no reconocido en el concurso de acreedores, continuaba existiendo.

Si la extinción del crédito garantizado con hipoteca se ha producido antes o durante la tramitación del concurso de acreedores, podría explicar que el administrador concursal haya sacado a subasta la finca hipotecada haciendo constar que se trataba de una finca libre de cargas. Pero el principio de publicidad, característico del sistema hipotecario español, tiene como consecuencia que, si bien en la relación entre acreedor y deudor, la hipoteca se extingue por las causas propias del Derecho civil, la hipoteca subsiste formalmente frente a terceros mientras no se cancele en el Registro.

El segundo caso por considerar —que es el único al que parece referirse la calificación negativa— es que no se hubiera reflejado la existencia del derecho real de garantía, a pesar de existir, en los documentos confeccionados por el administrador concursal. En el sistema concursal español, la regla general en materia de reconocimiento de los créditos concursales es la solicitud del acreedor. Ahora bien, el hecho de que un bien o derecho de la masa activa no figure como gravado con prenda o hipoteca a pesar de existir esa garantía real no significa que el derecho real se extinga.

Estando inscrita la hipoteca en el Registro de la Propiedad, el registrador, en su calificación, no puede revisar el fondo de la resolución judicial, esto es, el registrador no puede calificar sobre la procedencia de la adjudicación pero sí puede y debe comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares del acreedor hipotecario cuando ese mandamiento ordena la cancelación del derecho real de garantía.

Resolución de 20-7-2018
(BOE 7-8-2018)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 5.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Conforme doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en las sentencias relacionadas en «Vistos», que el registrador tiene, sobre las resoluciones judiciales, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro

concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión proscrita, como se ha dicho, por nuestra Constitución (cfr. art. 24 de la Constitución española y 100 del RH).

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial. Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Por eso parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del trámite sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

En el presente caso debe tenerse en cuenta: a) que el Juzgado intentó primero la notificación en el domicilio fijado en la inscripción de hipoteca como referencia para realizar notificaciones y requerimientos; b) que, ante la imposibilidad de cumplimentar dicho trámite en ese domicilio, llevó a cabo diferentes averiguaciones para identificar a posibles herederos del causante; y, c) que fruto de dichas diligencias se requirió sucesivamente a dos primas del finado que comparecieron en el proceso y renunciaron a la herencia. Todas estas circunstancias conducen a entender, conforme a la mencionada doctrina de este Centro Directivo, que ha habido posibilidad suficiente de intervención en defensa de los intereses de la herencia yacente, quedando descartada la indefensión que justificaría la denegación de acceso al Registro del decreto y mandamiento calificados. Debe, por tanto, estimarse el recurso.

Resolución de 20-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 14.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: EFECTOS. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE QUE EL PROCEDIMIENTO SE DIRIJA CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en la sentencia relacionada en el «Vistos», que el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de trámite aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial.

Hay que citar entre los fallos más recientes la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017 que, de una forma contundente, declara: «Esta función revisora debe hacerse en el marco de la función calificadora que con carácter general le confiere al registrador el artículo 18 LH, y más en particular respecto de los documentos expedidos por la autoridad judicial el artículo 100 RH. Conforme al artículo 18 LH, el registrador

de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el artículo 100 RH dispone que la calificación registral se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Esta función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el Registro cuya cancelación se ordena por el tribunal».

Plantea la recurrente que todos los titulares registrales que, según la nota de calificación, no ha sido demandados, en realidad no pudieron serlo porque inscribieron sus respectivos derechos con posterioridad a la fecha en que se dictó la sentencia cuya inscripción ahora se pretende. Debe recordarse a este respecto que, como ha señalado este Centro Directivo en numerosas ocasiones, uno de los principios esenciales de nuestro sistema registral es el principio de prioridad. En consecuencia, aquellas personas que han inscrito sus derechos en el Registro no pueden verse afectadas por una sentencia judicial dictada en un procedimiento en el que no han sido parte, aunque dicha sentencia sea de fecha anterior a la de su inscripción.

Alega igualmente la parte recurrente que, dado que esos nuevos titulares registrales que no han sido demandados han adquirido sus correspondientes participaciones indivisas de la finca por título de herencia, y que los respectivos causantes de dichas herencias sí que fueron demandados en su momento, deben asumir como herederos que son las consecuencias de un proceso en el que intervinieron dichos causantes. Si el fallecimiento de uno de los titulares registrales se produce durante la tramitación del proceso, el artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé los pasos que han de darse para que se produzca la necesaria sucesión procesal de sus herederos. Y si, por el contrario, dicho fallecimiento tiene lugar después de la finalización del proceso judicial, entrarán en juego los principios registrales que determinan los efectos de la inscripción. Piénsese que en el presente caso ningún problema habría habido para la inscripción si la sentencia, dictada el 16 de octubre de 2012, se hubiera presentado de inmediato en el Registro, o, al menos, se hubiera mantenido vigente mediante sucesivas prórrogas (art. 86 de la Ley Hipotecaria) la anotación preventiva de demanda que se practicó al inicio del proceso.

Resolución de 20-7-2018
(BOE 7-8-2018)
Registro de la Propiedad de Priego de Córdoba.

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE.

Tal y como ya ha quedado resuelto en pronunciamientos previos, la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiéndo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen

ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1809 y 1816 del Código civil; mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción. La transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (art. 1817 CC).

El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (art. 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Por ello, y fuera de los supuestos en que hubiese habido oposición entre las partes y verdadera controversia, el acuerdo de los interesados que pone fin al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en atención al principio de titulación formal previsto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la Propiedad.

En el caso objeto de recurso se ha llegado a un acuerdo transaccional entre las partes de un procedimiento ordinario de extinción de comunidad. Como ya se ha señalado, la transacción homologada por el juez constituye un título que lleva aparejada la ejecución (arts. 1816 CC y 415.2 y 517.1.3.a de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello, tratándose de un acuerdo por el que se ejecuta la disolución de una comunidad ordinaria mediante la adjudicación de la finca inventariada, si ambas partes no procedieran voluntariamente a otorgar la correspondiente escritura, cualquiera de ellas puede solicitar la ejecución del mismo a través de lo establecido en los artículos 705 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 20-7-2018
(BOE 7-8-2018)
Registro de la Propiedad de Villacarrillo.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Es reiterada y consolidada la doctrina de esta Dirección General en los supuestos en los que se pretende la inscripción de una representación gráfica y puede sintetizarse del siguiente modo: a) 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; b) A tal efecto el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, las representaciones gráficas disponibles; c) El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe

decidir motivadamente según su prudente criterio; e) 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 cuanto a la solicitud del recurrente de acceder al contenido de las alegaciones, la Ley Hipotecaria no se pronuncia al respecto. Como ya se indicó en las resoluciones de 14 de noviembre de 2016 y 21 de mayo de 2018, el artículo 342 del Reglamento Hipotecario dispone que «también podrán expedir los Registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», documentos entre los que, sin duda, se encuentran los incorporados a la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Esta posibilidad debe entenderse limitada a los efectos informativos que se desprenden de los citados preceptos, sin que en ningún caso pueda traducirse en nuevos trámites no contemplados en el procedimiento que pudieran suponer sucesivas intervenciones de los interesados.

En el presente caso resultan claramente identificadas y fundamentadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes.

Resolución de 20-7-2018

(BOE 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Santa Pola, número 2.

HIPOTECA: INTERÉS VARIABLE A TIPO CERO.

La cuestión que se plantea en el recurso consiste en determinar si en los préstamos hipotecarios a interés variable en que se pacte que la parte deudora nunca podrá beneficiarse de descensos a intereses negativos, es decir, que no podrá recibir importe alguno como en tales supuestos, es precisa la confección de la expresión manuscrita por parte del deudor de comprender los riesgos que asume en presencia de dicha cláusula, a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, siempre que se den, como ocurre en el presente caso, los presupuestos de aplicación de la misma. Cuestión distinta, por tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de las cláusulas contractuales. Sobre tal extremo el registrador, como señala la resolución de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2013, no solo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. Así, frente a la opinión del notario recurrente, que defiende una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros (*vid.*, resolución de 29 de septiembre de 2014). La alegación por el notario recurrente de que la cláusula discutida, no constituye una cláusula suelo del cero por ciento sino una cláusula aclaratoria de la naturaleza del contrato de préstamo que se firma, ya que aunque no existiera, este no podría generar intereses negativos porque en tal caso vería alterada su naturaleza jurídica y, por tanto, esta aclaración no puede provocar

la exigencia de la constancia de la expresión manuscrita, tampoco puede admitirse. Por todo lo cual, concurriendo todos los presupuestos de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 como son haberse hipotecado una vivienda, ser un profesional el prestamista y una persona física el prestatario, y constatarse una limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés pactada, aunque sea por la vía del no devengo, sin concurrir un límite equivalente de variabilidad al alza; esta Dirección General mantiene la necesidad de la expresión manuscrita.

La afirmación acerca de que la cláusula debatida no constituye una auténtica cláusula suelo y que, por tanto, la literalidad del artículo 6 excluirá el requisito a que se viene haciendo referencia, tampoco merece una consideración favorable porque, aun siendo correcto que tal estipulación no constituye propiamente una cláusula suelo, independientemente que la aplicación del principio general antes enunciado de la interpretación pro consumidor de las normas que regulan las condiciones generales de la contratación y la protección de los consumidores conduciría a su asimilación; lo cierto es que dicho artículo y sus concordantes no tienen como ámbito de aplicación las cláusulas suelo estrictamente consideradas sino todas aquellas, del tipo que sean, que limiten de alguna forma la variabilidad de los intereses, entre las cuales se encuadra la que es objeto de este expediente que excluye el devengo de intereses cuando los mismos puedan ser negativos.

Resolución de 25-7-2018

(BOE 4-8-2018)

Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5.

SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA: CARÁCTER DE LA FINCA ADQUIRIDA EN EJERCICIO DE UN DERECHO DE OPCIÓN DE CARÁCTER GANANCIAL.

La sociedad legal de gananciales 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. En la reciente resolución de 17 de septiembre de 2012 se defiende la aplicación analógica de la regla 4.^a del artículo 1346 del Código civil (que atribuye carácter privativo a los bienes y derechos adquiridos en ejercicio de un derecho de retracto privativo, aunque la adquisición se haya realizado con fondos comunes), criterio que «cabría extender, por concurrir la misma *«ratio iuris»*, a los casos en que los comuneros convienen que se adjudique la cosa a uno de ellos indemnizando a los demás (solución que esta Dirección General ha aplicado a los supuestos de partición de herencia con exceso de adjudicación: *Vid.*, resolución de 14 de abril de 2005), por entender, con una parte cualificada de nuestra doctrina, que tales adquisiciones son desenvolvimientos naturales del derecho de cuota (cfr. art. 1523 CC), y que coordina con la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de mayo de 1986 sobre la naturaleza de la comunidad ordinaria (en el sentido de que cada comunero tiene la propiedad total sobre la cosa, limitada por el concurso de las otras propiedades totales de los demás)» (*vid.*, la resolución de 29 de enero de 2013).

Así pues, centrados en el supuesto de este expediente, se trata del ejercicio de un derecho de opción, una vez que se ha disuelto el régimen económico

matrimonial de los adquirentes en el tiempo que media entre la constitución y el ejercicio de la misma. En la misma línea que el TS, este Centro Directivo también ha reiterado que, disuelta la sociedad de gananciales y aun no liquidada surge una comunidad —«postmatrimonial» o «postganancial»—, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa de todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo. Respecto de las adquisiciones como la que es objeto de este expediente, consecuencia de un derecho de adquisición preferente ganancial (*«rectius»* postganancial) ejercitado por los excónyuges, la consideración de que se adquiere *«ipso iure»* en copropiedad ordinaria puede comportar el perjuicio de los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales.

Ahora bien, en el presente caso, habida cuenta de la manifestación expresa de los adquirentes sobre el carácter de su adquisición, por mitad y pro indiviso, debe admitirse la inscripción de la finca con tal carácter, sin perjuicio no solo de las compensaciones que procedan entre ambos cónyuges por las diferencias entre el importe satisfecho por cada uno con dinero de su exclusiva propiedad del precio del arrendamiento financiero y del valor residual —como expresamente disponen en la escritura calificada— sino también sin perjuicio del crédito que surge a favor de la comunidad postganancial por el importe actualizado de los fondos comunes empleados.

Resolución de 25-7-2018

(*BOE* 4-8-2018)

Registro de la Propiedad de Bande.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS DEL ARTÍCULO 205.

En la nueva redacción del artículo 205 de la LH se ha regulado más minuciosamente la inmatriculación por título público. En cuanto a la forma documental para acreditar la previa adquisición, ya no basta cualquier medio de acreditación fehaciente, categoría amplia dentro de la cual el Reglamento Hipotecario, en alguna de sus sucesivas reformas, ha considerado comprendidos incluso a simples documentos privados que reunieran los requisitos del artículo 1227 del Código civil. Y en cuanto al momento temporal en que debía haberse producido la previa adquisición por el ahora transmitente, no se exigía ninguna antelación mínima con respecto a la fecha del otorgamiento del título público traslativo y que opera como inmatriculador. Dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior.

Parece razonable considerar que la posibilidad de que mediante título público, no adquisitivo, sino meramente declarativo, se acredite el hecho y el momento de haberse producido una adquisición anterior, resulta efectivamente admitida por la nueva redacción legal, de modo que, por ejemplo, cuando tal adquisición anterior se acredite mediante una sentencia declarativa del dominio en la que la autoridad judicial considere y declare probado el hecho y momento en que se produjo una adquisición anterior, la fecha declarada probada de esa adquisición

anterior puede ser tomada como momento inicial del cómputo del año a que se refiere el artículo 205. Ello permite interpretar que en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad se otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia.

Resolución de 25-7-2018

(BOE 4-8-2018)

Registro de la Propiedad de Cáceres, número 1.

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO. PROPIEDAD HORIZONTAL: RECTIFICACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN DE LOS ANEJOS.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo, Sala Tercera, en sentencia de 22 de mayo de 2000, el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. Solo son objeto de recurso aquellos concretos pronunciamientos que sean impugnados. Los documentos aportados con el escrito de recurso no pueden tenerse en cuenta por no haber sido presentados al registrador en el momento de la calificación, debiendo resolverse el recurso solo a la vista de los documentos que fueron aportados originariamente en tiempo y forma al solicitar su calificación.

Conviene distinguir los conceptos de inexactitud registral y error. Existe inexactitud cuando concurre cualquier discordancia entre el Registro y la realidad extraregistral (cfr. art. 39 de la Ley Hipotecaria), y existe error cuando, al trasladar al Registro cualquier dato que se encuentre en el título inscribible o en los documentos complementarios se incurre en una discordancia.

Por lo que se refiere la constancia de los linderos y descripción de los anejos, como afirma la registradora en su calificación, se trata de una operación que supone la alteración del título constitutivo, por lo que la rectificación pretendida deberá ser consentida por la comunidad. Este Centro Directivo viene considerando que la alteración en la descripción de los anejos, cuando no constan pormenorizadamente descritos en título constitutivo y pretende hacerse «*a posteriori*», debe ser autorizada por la Junta general de conformidad con las reglas generales del régimen de propiedad horizontal, pues la descripción de linderos y determinación de la superficie puede afectar a otros elementos privativos o a los elementos comunes.

Resolución de 25-7-2018

(BOE 4-8-2018)

Registro de la Propiedad de Mataró, número 4.

RECONOCIMIENTO DE DOMINIO: EXPRESIÓN DE LA CAUSA. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL.

Es doctrina de este Centro Directivo que lo que accede a los libros registrales es el título material por el que se produce la transmisión o la declaración del

dominio que, a su vez, ha de estar consignado en un título formal de los previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por lo que solo si el reconocimiento de dominio tiene la condición de título material transmisivo o declarativo del dominio puede acceder al Registro de la Propiedad, y por ello es necesaria la expresión de la causa. Nuestro sistema jurídico no permite que el solo acuerdo abstracto de voluntades aun cuando vaya seguido de la tradición, opere la transmisión, careciendo por tanto de virtualidad transmisora del dominio o derecho real.

También tiene razón el registrador cuando señala en su calificación que las escrituras (no reseñadas en modo alguno en el título calificado) de cesión onerosa y gratuita de acciones, aportadas al Registro con posterioridad al otorgamiento de la escritura calificada y de las que antes se ha dado cuenta, carecen de relevancia para fijar la existencia de la causa del contrato de restitución (que, según se afirma en la escritura, no es una donación, sino que es vagamente calificado como acto gratuito).

El registrador debe suspender la inscripción por falta de congruencia del juicio notarial acerca de las facultades representativas del apoderado o representante si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, como cuando usa fórmulas de estilo que —a falta de reseña, siquiera somera, de las facultades acreditadas— se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente «para el acto o negocio documentado», en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de acto o negocio que en la escritura se formaliza (cfr., entre otras muchas, la resolución de 14 de julio de 2015). El criterio seguido por este Centro Directivo se adapta plenamente a la doctrina del Tribunal Supremo que resulta de las sentencias, Sala de lo Contencioso-Administrativo en su sentencia de 20 de mayo de 2008 y Sala de lo Civil, en su sentencia de 23 de septiembre de 2011. Todo ello con independencia de que el registrador podría haber consultado el Registro Mercantil.

Resolución de 26-7-2018

(BOE 4-8-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 33.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: HA DE SER ORDENADA POR EL JUEZ. ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE: IMPROCEDENCIA EN CASO DE RECURSO GUBERNATIVO. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE QUE EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SE DIRIJA CONTRA EL TITULAR REGISTRAL AFECTADO.

Con carácter previo ha de manifestarse que de conformidad con el 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 documentos no presentados en tiempo y forma.

Respecto de la anotación destinada a reflejar tabularmente el litigio existente sobre las fincas resulta evidente que este Centro Directivo carece de competencia para ello habida cuenta que la posible anotación preventiva relativa a la pendencia de un procedimiento judicial sobre la propiedad de un determinado inmueble, como medida cautelar dentro del procedimiento civil, ha de ser acordada por el tribunal competente que esté conociendo del asunto en la primera o segunda instancia o a través de un recurso extraordinario por infracción procesal o de

casación (*vid.*, arts. 42 de la Ley Hipotecaria y 723 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que este Centro Directivo pueda en modo alguno suplir tal actuación judicial. Tampoco cabe practicar anotación por defecto subsanable cuando se halla pendiente de resolución un recurso interpuesto contra la calificación, puesto que, dado el régimen específico de prórroga del asiento de presentación derivado de la interposición del recurso, carece de sentido dicha anotación. Por otro lado, este Centro Directivo carece de la facultad de pronunciarse sobre peticiones de asientos registrales que previamente no hayan sido objeto de una calificación desfavorable por parte del registrador competente.

El principio de trácto sucesivo es una traducción en el ámbito hipotecario del principio de seguridad jurídica y de proscripción de la indefensión, máxime estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales y produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular, bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que este haya sido parte.

El registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Como puso de relieve la resolución de 14 de mayo de 2015, tratándose de la inscripción de una sentencia dictada en el ámbito de la jurisdicción civil, como en este supuesto, hay que tener en cuenta el principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, por lo que el contenido de la demanda y la designación de los demandados queda bajo la responsabilidad del demandante. La reciente sentencia del TS de 21 de noviembre de 2017 señala que: «Esta función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el Registro cuya cancelación se ordena por el tribunal».

En el caso de que el procedimiento se haya entendido exclusivamente contra el adquirente cuya titularidad se anula (pero que dejó de ser titular registral en virtud de otra transmisión posterior inscrita), la sentencia solo producirá efectos contra este de conformidad con las reglas generales de nuestro ordenamiento (art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pero el titular registral del dominio en virtud de inscripción vigente cuya cancelación se pretende no fue parte en dicho procedimiento, ni se haya llegado a practicar la anotación preventiva de la demanda en el Registro.

Presupuesto necesario para la aplicación de la señalada doctrina sobre el levantamiento del velo es que medie una decisión judicial en el procedimiento y con las garantías procesales en cada caso previstas, sin que, como ya se ha dicho, tal intervención judicial pueda ser suplida en sede registral o en el estrecho margen de este recurso, que por la ausencia de aplicación del principio contradictorio y por la limitación de medios de prueba y cognición, necesariamente debería pronunciarse sobre hechos eventualmente controvertidos y ajenos a la prueba documental presentada inaudita parte y sin poder garantizar, por tanto,

el derecho de defensa (alegando y probando lo que a su derecho convenga) del titular registral con la plenitud que exige el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española.

Resolución de 26-7-2018

(*BOE* 4-8-2018)

Registro de la Propiedad de Burgos, número 2.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE HIPOTECA: TRÁMITES ESENCIALES.

La realización del valor del bien hipotecado para su conversión en dinero está sujeta a un procedimiento tasado cuyos trámites tienen como finalidad equilibrar los distintos intereses en juego: los propios del acreedor, pero también los del deudor incumplidor, los del propietario de la cosa hipotecada y aquellos de los eventuales terceros que acrediten derechos sobre el bien. En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor puede ejercer el «*iustitia distrahendi*» inherente a su derecho mediante el ejercicio de la acción directa o de la ordinaria previstas en la norma ritual. Junto al ejercicio en el ámbito judicial del «*iustitia distrahendi*», nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de su ejercicio extrajudicial cuyo fundamento no es ya el ejercicio coercitivo por el ordenamiento de la responsabilidad del deudor, sino el previo consentimiento que este presta para que se venda la finca y se realice su valor en caso de incumplimiento, pero igualmente sujeto a un procedimiento tasado. La inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de hipoteca le dota de pleno reconocimiento legal y provoca que, desde ese momento y salvo señaladísimas excepciones, sean irrelevantes para el acreedor las vicisitudes por las que pueda pasar la finca hipotecada. Si a la inscripción se añaden pactos relativos a su ejercicio, como el de venta extrajudicial, en nada queda alterada la eficacia del derecho inscrito; bien al contrario, se refuerza al poner en conocimiento de terceros que existe la posibilidad de que el derecho se ejerza en esa forma concreta y en su perjuicio.

Es importante subrayar que en sede de ejercicio extrajudicial de hipoteca la salvaguardia de la posición jurídica de los terceros afectados por la eventual purga se consigue con la oportuna notificación a fin de que ejerzan, si lo estiman conveniente, los derechos que el ordenamiento les reconoce. Al igual que ocurre con las transmisiones voluntarias de inmuebles en la transmisión derivada de la venta extrajudicial el ordenamiento toma precauciones para que la transmisión obedezca a una justa causa que salvaguarde los derechos de los interesados exigiendo un conjunto de formalidades cuya cumplimentación se exige al notario. Por tanto, como resulta del citado artículo 236, I del Reglamento Hipotecario, y ha subrayado la doctrina de este Centro Directivo (cfr. resolución de 28 de noviembre de 2012) —circunscribiéndonos ahora a lo que interesa en este expediente—, entre los trámites que tienen la consideración de esenciales en los citados procedimientos se encuentra el de las notificaciones a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca (art. 236 d).

No se discute aquí ninguna cuestión relacionada con la forma, o con las circunstancias o requisitos relativos al lugar o personas destinatarias de la notificación, sino lisa y llanamente su ausencia total durante la tramitación del expediente, que ha tratado de suplirse mediante su realización extemporánea en un momento ya posterior no solo al cierre del acta de la venta extrajudicial sino al

propio otorgamiento de la escritura de venta a favor del postor en la subasta que resultó ser adjudicatario. Sobre la importancia y relevancia jurídica de la ausencia de dicho trámite resulta oportuno recordar que nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de reiterar en innumerables ocasiones la trascendencia que los actos de comunicación tienen dentro de los procedimientos judiciales como medio de garantizar que los destinatarios puedan ejercitar su derecho constitucional de defensa (sentencia de 7 de mayo de 2012, por todas), doctrina que por identidad de razón debe extrapolarse a los procedimientos de enajenación forzosa de finca hipotecada mediante su venta extrajudicial ante notario.

A lo anterior se une el hecho, también señalado en la nota de calificación, de la omisión de la previa petición y expedición de la certificación registral de dominio y cargas prevista en el artículo 236 b) del Reglamento Hipotecario. Atendidas estas razones debe rechazarse el motivo del recurso pues ni se han seguido los trámites previstos en el ordenamiento, pues se han omitido los trámites esenciales de la solicitud y expedición de la certificación de dominio y cargas, con extensión de la nota marginal de su expedición (cfr. art. 236 b del Reglamento Hipotecario), como tampoco se ha practicado la preceptiva y esencial notificación dentro del procedimiento a los titulares de cargas posteriores (en particular a la Agencia Estatal de Administración Tributaria titular de la anotación preventiva de embargo letra A, prorrogada y vigente), ni cabe entender que concurra justa causa que justifique tales omisiones o que suplan sus efectos.

Resolución de 26-7-2018

(BOE 4-8-2018)

Registro de la Propiedad de Figueres.

ARBITRAJE: MEDIDAS CAUTELARES.

Tal y como afirmara la resolución de 20 de febrero de 2006, las medidas cautelares son los mecanismos establecidos por la legislación procesal para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera obtenerse en la sentencia estimatoria que se dictare o en el laudo arbitral que pusiera fin a la controversia. Nada impedirá a ninguna de las partes en un convenio arbitral, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a este concederlas (art. 11.3 de la Ley de Arbitraje) o hacer esa petición a los mismos árbitros, quienes podrán adoptarlas no solo durante el procedimiento, sino en el propio laudo que lo pone fin, como una medida tendente a asegurar la efectiva ejecución de lo en él acordado.

En el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre se dice expresamente «obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes...».

Esta Dirección General no puede entrar a valorar si el auxilio judicial legalmente previsto es conveniente o no o, si como afirma el escrito de recurso, nada añade a la actuación del árbitro. La fórmula legal expuesta es la escogida por el legislador que ha optado con toda claridad por distinguir, en el ámbito compe-

tencial del arbitraje, entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva reservando ésta a los órganos jurisdiccionales.

Resolución de 27-7-2018
(BOE 4-8-2018)
Registro de la Propiedad de Cieza, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO COMO TÍTULO INMATRICULADOR.

En la nueva redacción del artículo 205 de la LH se ha regulado más minuciosamente la inmatriculación por título público. En cuanto a la forma documental para acreditar la previa adquisición, ya no basta cualquier medio de acreditación fehaciente, categoría amplia dentro de la cual el Reglamento Hipotecario, en alguna de sus sucesivas reformas, ha considerado comprendidos incluso a simples documentos privados que reunieran los requisitos del artículo 1227 del Código civil. Y en cuanto al momento temporal en que debía haberse producido la previa adquisición por el ahora transmitente, no se exigía ninguna antelación mínima con respecto a la fecha del otorgamiento del título público traslativo y que opera como inmatriculador. Dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior.

Con base en ello, es de aplicación la doctrina de este Centro Directivo al considerar a la extinción de comunidad como título inmatriculador. La resolución de 18 de diciembre de 2003 abordó el supuesto de una disolución de comunidad complementada por acta de notoriedad que acredita que es tenido por dueño el que lo es por la disolución, concluyendo que lo que hay que declarar como notoria es la titularidad de los comuneros, admitiendo con ello que dichos comuneros son los transferentes. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007, señala: «esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o específicativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio código (...) Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia (...).».

En realidad, lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial. En aplicación de la doctrina expuesta al supuesto concreto de este expediente, no puede entenderse que, componiéndose el «iter» inmatriculador de una donación en favor de dos donatarios por cuotas indivisas y de una posterior disolución de comunidad en la que se adjudica el bien completo a uno solo de los condóminos, exista una sola transmisión, y no más bien un complejo «iter» adquisitivo.

Resolución de 27-7-2018

(BOE 4-8-2018)

Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA: REQUISITOS.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.*, entre otras, resoluciones de 13, 14 y 15 de noviembre de 2000, 9 de septiembre de 2004, 19 de diciembre de 2006 y 25 de noviembre de 2014), que no es posible la constatación registral de la mera interposición de querella, si bien ello no obsta a que, cuando en la querella se haga valer no solo la acción penal sino también la civil, pueda extenderse anotación preventiva para reflejar el ejercicio de esta, porque, conforme al artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, el objeto de la anotación de demanda es el ejercicio de una acción de trascendencia real inmobiliaria, siendo indiferente el procedimiento a través del cual esta se hace valer y, consiguientemente, el vehículo formal que para ello se emplee, demanda o querella. Será necesario pues, en todo caso, que del mandamiento judicial resulte el contenido de la acción civil ejercitada o se adjunte al mismo el texto de la querella en que se recoja el correspondiente suplico.

En el delito de alzamiento de bienes la restauración del orden jurídico perturbado debe restablecerse, cuando sea posible, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo incluso con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el deudor, salvo cuando los bienes se encuentren en poder de terceras personas que no hayan participado en el *consilium fraudis* y sean irreivindicables.

Resolución de 27-7-2018

(BOE 4-8-2018)

Registro de la Propiedad de Granada, número 2.

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: SISTEMA DE PRESENTACIÓN TELEMÁTICA DE ESCRITURAS NOTARIALES.

Esta Dirección General (*vid.*, resoluciones de 4 de junio de 2007 y 11 y 27 de febrero de 2008), ha insistido en el hecho de que el artículo 112.1 de la Ley 24/2001 (redactado de acuerdo a lo dispuesto en el art. 27.5 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre), así como el artículo 249 del Reglamento Notarial, imponen al notario la obligación de remitir copia autorizada electrónica al Registro competente introduciendo, frente al régimen existente hasta entonces, un régimen nuevo y especial que le convierte en presentante *«ex lege»* del documento autorizado y siempre que se cumpla la doble condición de que el interesado desee que el título se inscriba y que no exima al notario de su obligación de presentación telemática. Como resulta de la regulación legal solo si el interesado de modo expreso manifiesta su voluntad en contrario el notario debe abstenerse de llevar a efecto la remisión y presentación del documento autorizado.

Esta Dirección General (resolución de 20 de enero de 2012), ha puesto de manifiesto cómo la legislación hipotecaria, en beneficio de los usuarios del sistema, trata de evitar el excesivo rigor formal en el procedimiento registral facilitando su agilidad, sencillez y celeridad; especialmente en relación con el trámite de la

solicitud de inscripción. En desarrollo de dicha doctrina y ya desde la resolución de 11 de febrero de 1998, esta Dirección ha afirmado que la falta de expresión en el título presentado ante el registrador de la solicitud explícita de los asientos cuya práctica se pretende no constituye una violación del principio de rogación pues la sola presentación en el Registro (art. 6 de la Ley Hipotecaria), lleva implícita la solicitud de la práctica de todos los asientos que puedan practicarse siendo incumbencia del registrador la determinación de cuales sean estos (resolución de 20 de julio de 2006). De acuerdo con las consideraciones anteriores, puede afirmarse que la solicitud de presentación lleva implícita la solicitud de inscripción y que esta comprende la totalidad de los actos o derechos susceptibles de causar asiento.

Resolución de 27-7-2018

(BOE 4-8-2018)

Registro de la Propiedad de Molina de Segura, número 2.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS.

Es doctrina consolidada que el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de otra idéntica o similar.

Resulta de forma clara que el recurso no puede prosperar. Como ha tenido ocasión de reiterar esta Dirección General (*vid.*, «Vistos»), el régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo —es decir, un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente— y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (cfr. arts. 3 de la Ley sobre propiedad horizontal y 396 CC).

Se atribuye a la Junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad). Solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla 8 de tal precepto).

Debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta —cfr. art. 19 de la Ley sobre propiedad horizontal—), que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la Junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad.

En el supuesto de hecho del presente expediente resulta con claridad que no puede pretenderse modificar el régimen jurídico que afecta al contenido del dominio de un propietario sin que resulte su consentimiento individual. El establecimiento, por vía estatutaria, de una serie de restricciones en cuanto al uso a que se puede destinar el local comercial afecta directamente al núcleo de las facultades que el ordenamiento confiere al propietario de un inmueble (art. 348 CC en relación con el art. 3 de la Ley sobre propiedad horizontal). En estas circunstancias se requiere el consentimiento individualizado del propietario afectado, el cual debe constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad.

Resolución de 27-7-2018

(BOE 4-8-2018)

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 5.

HIPOTECA: LA REDISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA HA DE HACERSE EN ESCRITURA PÚBLICA.

En aplicación del principio de legalidad el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, norma que se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria. Existen excepciones cuya interpretación ha de ceñirse a los supuestos a que las mismas se refieren. Una de tales excepciones es la contemplada en el artículo 216 del Reglamento Hipotecario.

Ciertamente, la resolución de esta Dirección General de 17 de enero de 2004, afirmó la plena vigencia del precepto y su aplicabilidad al supuesto de distribución de hipoteca. Ahora bien, resulta patente que el supuesto que ahora se plantea no coincide con la previsión normativa pues no se trata de inscribir en el Registro de la Propiedad una hipoteca sobre distintas fincas con la consecuente y obligatoria distribución *ex artículo 119* de la Ley Hipotecaria. El acto cuya inscripción se solicita es un negocio puramente voluntario de modificación del ámbito de la garantía inscrita por el que acreedor y deudor hipotecario redefinen, reformulan o redistribuyen el límite en que cada finca garantiza el pago de la obligación principal y accesorias. Como cualquier otro negocio de modificación de un derecho real, el de modificación de hipoteca se sujet a las reglas generales de nuestro ordenamiento y, por lo que ahora interesa, a las exigencias de forma pública consagradas en el artículo 1280.1 de nuestro Código civil y artículo 3 de la Ley Hipotecaria para su toma de razón en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 30-7-2018

(BOE 14-9-2018)

Registro de la Propiedad de Azpeitia.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD CONVENCIONAL.

Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo

determinado (*vid.*, arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 CC), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo. Si se tratara de la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción. En otro caso debería esperarse a la caducidad legal por transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. La cancelación convencional automática solo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida.

En el presente caso, del análisis sistemático de todas las cláusulas del contrato resulta que se diferencia entre el plazo de pago de la obligación garantizada (cinco años desde el 1 de febrero de 2011) y, por otra parte, el plazo de duración de la hipoteca («la hipoteca que se constituye tiene el plazo de duración de cinco años a contar desde el otorgamiento de la presente escritura»). Por ello, debe entenderse que este último plazo pactado es un plazo convencional de caducidad de la hipoteca, por lo que el recurso debe ser estimado.

Resolución de 30-7-2018

(BOE 14-9-2018)

Registro de la Propiedad de Torrevieja, número 3.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: APORTACIÓN DE BIEN GANANCIAL AL PATRIMONIO PRIVATIVO DE UNO DE LOS CÓNYUGES.

Cuando el cónyuge adquirente a título oneroso manifiesta expresamente en el título de compra que la adquisición se ha hecho con carácter ganancial, el bien se inscribe con tal carácter, como ha sucedido en el presente caso, lo que significa que el Registro publica la titularidad del bien a nombre de ambos cónyuges como bien integrante del patrimonio ganancial. En cambio, cuando en la adquisición realizada por uno de los cónyuges no se hace ninguna manifestación sobre el carácter de la adquisición, pero consta que está casado en régimen de gananciales, la inscripción del bien se practicará como presuntivamente ganancial. El artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario, por su parte, es terminante al establecer que «no se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona». En el presente caso, existe una declaración del cónyuge adquirente de la finca en el sentido de que se compró con carácter de bien ganancial.

Se produce una adquisición de la totalidad de la finca como consecuencia de una extinción de comunidad. No puede considerarse que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza específica con todas las consecuencias que ello lleva implícito. De las dos terceras partes en el proindiviso del adjudicatario final una es de carácter privativo y la otra de carácter ganancial, siendo que, según se expresa en la escritura calificada, se produce la adquisición con carácter íntegramente privativo por confesión del cónyuge, de manera que se muta la naturaleza del tercio que ya le pertenecía de ganancial en privativo.

Son varios los preceptos de nuestro Código de los que se infiere que en el ámbito del régimen de gananciales el carácter del bien viene determinado, con preferencia al de la naturaleza de la contraprestación, por el criterio que atiende al origen o procedencia privativa o ganancial del derecho que fundamenta la adquisición, sin perjuicio del coetáneo nacimiento del derecho de rembolso a cargo del patrimonio favorecido. Se puede defender la aplicación analógica de la regla 4.^a del artículo 1346 del Código civil (que atribuye carácter privativo a los bienes y derechos adquiridos en ejercicio de un derecho de retracto privativo, aunque la adquisición se haya realizado con fondos comunes), criterio que cabría extender, por concurrir la misma *«ratio iuris»*, a los casos en que los comuneros convienen que se adjudique la cosa a uno de ellos indemnizando a los demás.

Es también doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.*, resoluciones citadas en los «Vistos») que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial (*vid.*, art. 1323 CC), siempre que aquellos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (*vid.*, art. 609 CC), 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. La especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo.

Centrados en el supuesto de este expediente, la cuestión de la posibilidad de aportación de bienes al patrimonio privativo desde el ganancial, se caracteriza porque la porción indivisa que, según expresa el adquirente en la escritura, queda «con carácter privativo confesado» es de carácter ganancial determinado desde su adquisición e inscrito en tal concepto de forma clara y no presunta. Por lo tanto se trata de un pacto entre los cónyuges por el que se atribuye la condición de bien privativo a una parte indivisa de bien que es ganancial.

Desde el mismo plano doctrinal, también existen argumentos importantes para admitir la atribución de privatividad: el mismo principio de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad, que autoriza las transmisiones del patrimonio ganancial al privativo (resolución de 2 de febrero de 1983), por lo que se trata de un procedimiento simplificado de acuerdo entre los cónyuges; que el reembolso del artículo 1358 del Código civil actuará también a la inversa, por lo que será el patrimonio ganancial el que deberá ser reembolsado salvo pacto en contrario; que el posible fraude de acreedores tiene su remedio legal en las correspondientes acciones de simulación y en las rescisorias, y en la prevista en el artículo 643 del Código civil, además de la responsabilidad solidaria y «ultra vires» de ambos cónyuges en virtud del artículo 6.4 del Código civil; que la redacción unilateral del artículo 1355 se reproduce también en otros preceptos (por ejemplo en el art. 1352) que tienen aplicación recíproca.

En el presente supuesto, según los parámetros exigidos, y habida cuenta de la inexistencia de un precepto que admite la atribución implícita de privatividad (como existe respecto de la atribución de ganancialidad —*vid.*, art. 1355 CC—), falta la expresión de la causa de la adquisición y mutación de la porción indivisa ganancial en privativa, por lo que hasta que no se subsane la escritura expresando la causa onerosa o gratuita del negocio de atribución de privatividad indicado, no podrá ser inscrita en tal concepto privativo.

Resolución de 31-7-2018.
(*BOE* 14-9-2018)
Registro de la Propiedad de Azpeitia.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD CONVENCIONAL.

Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.*, arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 CC), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo. Si se tratará de la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción. En otro caso debería esperarse a la caducidad legal por transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. La cancelación convencional automática solo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida.

En el presente caso, del análisis sistemático de las cláusulas del contrato resulta más coherente entender que el plazo de duración pactado es un plazo convencional de caducidad de la hipoteca.

Resolución de 31-7-2018.
(*BOE* 14-9-2018)
Registro de la Propiedad de Sepúlveda.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Al consignarse los defectos que, a juicio del registrador, se oponen a la inscripción pretendida, la calificación debe expresar también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. El recurso solo puede versar sobre los pronunciamientos señalados por el registrador en su nota de calificación y en atención a las circunstancias contenidas en el título o los títulos presentados para la calificación, no pudiendo apoyarse en otros documentos o datos ajenos a dicha presentación y que se incorporen en el trámite de alegaciones.

Del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso. Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa. Tras varias reformas normativas, han sido diversas las resoluciones

que han tratado de perfilar una doctrina uniforme en la aplicación temporal de los requisitos del acceso registral de las edificaciones. Tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada norma de protección de legalidad urbanística pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción. Ello no implica una eventual aplicación retroactiva de normas actuales a hechos pretéritos, pues el curso del procedimiento registral se desarrolla bajo la vigencia de la nueva norma sobre requisitos de inscripción.

En el caso de la inscripción de escrituras de declaración de obra nueva, como recuerda la resolución de 30 de mayo de 2016, resulta con claridad la existencia en nuestra legislación de dos vías para lograr su registración, la ordinaria del apartado primero del artículo 28 de la actual Ley de Suelo y la prevista con carácter excepcional en el apartado cuarto, que trata de adecuarse a la realidad de edificaciones consolidadas de hecho por el transcurso de los plazos legales para reaccionar, por parte de la Administración, en restauración de la legalidad urbanística infringida. El artículo 28, apartado 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, tan solo exige la aportación de los documentos que acrediten «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», de los que resulte además, como aclara el artículo 52, apartado b), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que dicha fecha sea «anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificador». La prueba de tal extremo, unida a la constatación sobre «la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate» (así como «que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general») constituyen los únicos requisitos necesarios para el acceso de la obra al Registro.

Como la resolución de 1 de julio de 2015 reconoció, ciertamente no es competencia de este Centro Directivo, ni tampoco del registrador calificar la naturaleza de la eventual infracción cometida, pero sí lo es la de comprobar el plazo aplicable a efectos del artículo 20.4, hoy 28.4, de la Ley de Suelo estatal que, recordemos, no requiere una prueba exhaustiva de la efectiva prescripción; destacando que si la norma sustantiva aplicable dispone que si la edificación se realizara sobre terrenos calificados con régimen especial —generalmente sistemas generales, zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable especial, según la diferente normativa autonómica— la Administración podrá actuar sin limitación alguna de plazo, se deduce que, en esos supuestos particulares, no cabe la consolidación de la obra por antigüedad.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2015 no es posible el acceso registral de declaración de edificaciones o instalaciones sin que en el título correspondiente conste la delimitación geográfica de su ubicación precisa. Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique.

Constando al registrador, por los medios de calificación de que dispone, la concreta ubicación geográfica de una edificación o de la finca en la que se ubica, determinante, como se ha dicho, de un particular régimen jurídico aplicable, en este caso, la ordenación territorial y urbanística, no cabe sino afirmar la procedencia de suspender la inscripción de declaraciones de obra efectuadas por la vía del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, cuando así resulte de dicha normativa, siempre que el registrador, de forma motivada, lo justifique en alguno de los presupuestos que previene el citado artículo, como la afectación a suelo demanial, servidumbre de uso público o suelo de especial protección determinante de la imprescriptibilidad de la acción de restablecimiento de legalidad.

Debe rechazarse toda interpretación basada en la exigencia generalizada de previa certificación administrativa acreditativa bien de la naturaleza del suelo, bien de la propia prescripción de la acción de disciplina, bien, como se pide en este caso, de la no existencia de infracción de normas urbanísticas, pues sería del todo contrario al espíritu que inspira la redacción del citado artículo 28.4, en particular, tras la reforma por Ley 8/2013. A falta de una completa motivación en la nota de calificación sobre la eventual afeción de la finca a tales situaciones de imprescriptibilidad, como afirmó la resolución de este Centro Directivo de 28 de junio de 2017, debe desestimarse la exigencia de acreditación administrativa previa sobre la calificación del suelo, o sobre la ausencia genérica de infracción urbanística, en orden a la inscripción de la declaración de obra por la vía del 28.4 de la Ley de Suelo.

Tampoco puede confirmarse la exigencia del registrador en el sentido de la necesidad de acreditar, por medio de la certificación municipal, la fecha exacta de terminación de las obras.

Partiendo de la necesaria calificación o control registral como presupuesto necesario para la inscripción de esas obras antiguas, procede aclarar que ni el artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, ni el artículo 28.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, establecen algún orden de jerarquía entre los cuatro medios probatorios (certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca) de la existencia de la obra, de su descripción y de la fecha determinada de terminación de la obra o antigüedad de la misma.

Resolución de 31-7-2018.

(BOE 14-9-2018)

Registro de la Propiedad de Arona.

OBRA NUEVA: VIVENDAS TURÍSTICAS EN CANARIAS.

Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, en la inscripción de una edificación debe reflejarse: «(...) si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente» (art. 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística). La doble vía de inscripción registral de las obras nuevas (según se acojan al régimen previsto con carácter ordinario en el apartado 1 del artículo 28 del

texto refundido de la Ley de Suelo, o bien al régimen previsto para las obras nuevas «antiguas» en el apartado 4 del mismo precepto) se refleja igualmente en la norma sectorial aplicable al presente supuesto contenida en el artículo 23 de la antes citada Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias.

En el supuesto de hecho del presente expediente al objeto de acreditar el uso turístico de la finca se incorporan al acta calificada los siguientes documentos: a) certificado urbanístico del Ayuntamiento de Arona; b) licencia municipal de apertura del Hotel; c) licencia de apertura del Gobierno de Canarias; d) certificado final de obra; e) cédula de habitabilidad; f) contrato de cesión de los derechos de explotación, y g) certificado del Ayuntamiento de Arona, por el que se hace constar la vigencia de la licencia municipal de apertura del hotel.

En el contenido de este informe basa la registradora su calificación desfavorable por un doble motivo: primero, porque considera que de dicho documento no resulta de forma clara y expresa el uso turístico del inmueble y, segundo, porque dicho informe se expide «condicionada a las normas sectoriales». Ninguno de estos motivos, sin embargo, pueden obstar a la constancia registral solicitada. En cuanto al primero, como se afirmó más arriba, el control administrativo en relación a si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación u otro título habilitante, que tiene por objeto la verificación de que la edificación autorizada se ha llevado de acuerdo a (entre otras cosas) los usos previstos y aprobados. La sujeción del uso turístico acreditado a las normas sectoriales (alusión que en este caso hay que entender referida a la propia Ley canaria 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística) no solo no contradice ni se opone a la solicitud de constancia del reiterado uso turístico en el Registro de la Propiedad, sino que antes al contrario lo impone.

Resolución de 1-8-2018.

(BOE 19-9-2018)

Registro de la Propiedad de Cuenca.

PROPIEDAD HORIZONTAL: FORMACIÓN DE MAYORÍAS.

El artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal recoge las reglas a las que se han de someter los acuerdos de la Junta de propietarios. En el apartado octavo, se regula la quasi unanimidad que es objeto de debate en este expediente. Se recoge una forma de adopción de acuerdos por quasi unanimidad que el registrador señala que no es aceptable en el caso de modificación del título constitutivo o de los estatutos de la propiedad horizontal porque sostiene que tal procedimiento solo lo es para supuestos de modificación o reforma de elementos para aprovechamiento privativo. Resulta del expediente que se han cumplido íntegramente las formas, garantías y procedimientos establecidos en el artículo 9 de la Ley sobre propiedad horizontal —comunicación de la información a todos los propietarios y en la forma de notificación establecida por el citado artículo— sin que se haya producido manifestación de discrepancia en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción. Y, además, no concurre ninguna de las dos excepciones que impiden aplicar la regla del punto octavo del artículo 17.

Resolución de 1-8-2018

(*BOE* 19-9-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

HERENCIA: TESTAMENTO ABIERTO EN EL QUE NO CONSTA LA HORA DE OTORGAMIENTO.

En el supuesto de este expediente el registrador suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia porque, a su juicio, constituye defecto el hecho de que en el testamento de uno de los causantes falte la hora de otorgamiento. Con arreglo a los artículos 687 y 695 del Código civil no puede más que ser confirmada la calificación del registrador. Además, ha acertado el registrador en los términos de la calificación, al suspender la inscripción —no la ha denegado— y no calificar de nulo el testamento, ya que la declaración de nulidad solo corresponde a los jueces y tribunales de Justicia. En segundo lugar, en cuanto a la forma de subsanar el documento, el artículo 153 del Reglamento Notarial recoge la posibilidad de subsanar los errores materiales cometidos en los instrumentos públicos, y ciertamente solo hace mención a los documentos notariales *«inter vivos»*, pero la jurisprudencia se ha encargado de extender su ámbito también a los instrumentos *«mortis causa»*. Muestra de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012.

Lo que permite el artículo 153 del Reglamento Notarial es la subsanación de errores materiales, omisiones y defectos de forma padecidos en los instrumentos públicos, pudiendo afectar, incluso, a elementos relevantes del negocio de que se trate, pero solo cuando pueda comprobarse, con claridad, que se trata de mero error material, por resultar así atendiendo al contexto del documento y a los inmediatamente anteriores y siguiente. La posibilidad de rectificación por el notario por sí solo, dado que no concurren las partes interesadas a la rectificación, debe ser interpretada con carácter restrictivo. Como ha afirmado este Centro Directivo, «no se trata de modificar el testamento, lo que no es posible con el procedimiento del artículo 153 RN ni de otro modo que no sea un nuevo otorgamiento, sino que se trata a través del cotejo del protocolo de, mediante una notoriedad, hacer constar en la nota de expedición de la copia o en testimonio o incluso en acta separada, las circunstancias que puedan determinar la fecha y hora del otorgamiento para evitar el estrépito judicial que occasionaría la alegación de este defecto formal —por otros medios solucionable— en el caso de que no hubiere intereses enarbolados. Todo ello, sin perjuicio de las acciones de nulidad que corresponden a los interesados ante los Tribunales de Justicia. Todo esto es perfectamente cohonestado con las funciones de jurisdicción voluntaria concedidas al notario».

Resolución de 1-8-2018

(*BOE* 19-9-2018)

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 2.

SEGREGACIÓN DE FINCAS: BASE GRÁFICA.

El artículo 9 LH debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación de supuestos de inscripción obligatoria de la base gráfica cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de

una nueva finca registral, como sucede en el presente supuesto en el que se formaliza una agregación de fincas.

Todo documento, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, en el que se formalice una división o agrupación de finca, incluyendo las subespecies registrables de la segregación y la agregación, y que se presente a inscripción a partir del 1 de noviembre de 2015, habrá de cumplir con la exigencia legal de aportación preceptiva, para su calificación e inscripción, de la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte. Del propio tenor del artículo 9 se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa de dicho procedimiento, en los supuestos en los que no existan diferencias superficiales o estas no superen el límite máximo del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes. Finalmente, en cuanto a los requisitos técnicos que debe reunir la representación gráfica georreferenciada que se aporte, habrá que estar a los detallados en la Resolución Conjunta de esta Dirección General y la Dirección General del Catastro de fecha 26 de octubre de 2015, a la que remite el artículo 10 de la Ley Hipotecaria.

Ha señalado esta Dirección General desde la resolución de 17 de noviembre de 2015, que el procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria es aplicable incluso cuando la magnitud de la rectificación superficial excediera del diez por ciento de la superficie inscrita o se tratase de una alteración de linderos fijos. Sin embargo, en todo caso la representación gráfica aportada debe referirse a la misma porción de territorio que la finca registral, lo que es presupuesto para la tramitación de este procedimiento y deberá ser objeto de calificación por el registrador.

Resolución de 1-8-2018
(BOE 19-9-2018)
Registro de Vilanova i la Geltrú, número 2.

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.

Con carácter previo hay que recordar, como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la resolución de 11 de diciembre de 2017) que, a tenor de lo señalado en el artículo 326 de nuestra Ley Hipotecaria, el recurso solo puede versar sobre los pronunciamientos señalados por el registrador en su nota de calificación y en atención a las circunstancias contenidas en el título o los títulos presentados para la calificación, debiendo recaer el recurso «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» (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria), por lo que la justificación sobre el interés legítimo alegado en el escrito del recurso, y que no tuvo a la vista la registradora al tiempo de emitir su calificación, no puede ser tenida en cuenta tampoco por este Centro Directivo.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador. En consecuencia, ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada;

en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. En relación con el interés legítimo, sostiene la Dirección General (cfr. la última resolución sobre la materia de fecha 25 de noviembre de 2016) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario, y c) ha de ser legítimo. Este concepto de interés legítimo es más amplio un concepto más amplio que el de «interés directo», pues alcanza a cualquier tipo de interés lícito. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 24 de febrero de 2000, estableció que dicha exigencia reglamentaria de interés legítimo parece amparada por el artículo 222.7 de la Ley Hipotecaria que se refiere expresamente a los «fines lícitos» que se proponga quien solicite la información registral, fines lícitos que implican un interés legítimo en cuanto no contrario a derecho. Pero el registrador, como ha señalado la reciente resolución de 30 de mayo de 2014, en el ámbito de su calificación, para considerar justificado ese interés no solo debe apreciar la literalidad de la causa aducida, sino también su congruencia con el resto de datos que se le proporcionen al requerir la información. La legislación relativa a la protección de datos de carácter personal incide directamente en la obligación de los registradores de emitir información sobre el contenido de los libros registrales. Por lo tanto, aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del contenido de los libros del Registro, deberán quedar excluidos de la información suministrada, aquellos datos que tengan la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto.

En el presente recurso, en la solicitud inicial de publicidad, como se ha avanzado, si bien se alude por el solicitante a supuestos errores en determinadas inscripciones relacionadas con las fincas a que se refiere su solicitud, sin embargo no se llegaba a concretar en modo alguno la específica finalidad o motivo que justifique su interés legítimo para obtener la información registral solicitada.

Resolución de 2-8-2018

(BOE 19-9-2018)

Registro de San Bartolomé de Tirajana, número 1.

EXPEDIENTE JUDICIAL. DOMINIO PARA INSCRIBIR EXCESO DE CABIDA: REQUISITOS.

En el presente caso es de aplicación el artículo 201 de la Ley Hipotecaria en la redacción dada antes de la reforma operada por la citada Ley 13/2015, de 24 de junio.

Esta Dirección General viene considerando la citación de los colindantes uno de los trámites esenciales del expediente de dominio para la acreditación de excesos de cabida, por lo que debe resultar de tal auto que todos los titulares catastrales de las fincas colindantes han sido citados en el expediente (cfr. resolución de 8 de noviembre de 2012). Ahora bien, según matiza la resolución de 22 de septiembre de 2015, hemos de tener en cuenta que mientras que el titular catastral del inmueble cuya cabida se pretende rectificar ha de ser citado en todo caso, en cambio, en relación a los colindantes, lo que exige el artículo 201 de la Ley Hipotecaria es que se cite «a los titulares de los predios colindantes», que no tienen necesariamente por

qué ser exactamente los expresados en la certificación catastral, ni la ley exige que sean ellos exactamente los citados, pudiendo en este punto el juez citar a los que haya tenido por colindantes reales, incluso si fueran diferentes de los catastrales.

Es igualmente doctrina reiterada de este Centro Directivo que las dudas del registrador no pueden impedir la inscripción, en vía de principios, en los supuestos de expediente de dominio (véanse resoluciones de 10 de mayo de 2002, 10 de septiembre de 2003, 28 de abril de 2005, 7 de julio de 2006, 11 de diciembre de 2010 y 4 de mayo de 2011), pues, en este último caso se trata de un juicio que corresponde exclusivamente al juez, por ser este quien dentro del procedimiento goza de los mayores elementos probatorios para efectuarlo, y de los resortes para hacerlo con las mayores garantías. Dicho de otra forma, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario no ampara que el registrador pueda proceder a una nueva valoración de la prueba, que en dicho procedimiento se ha practicado, y que tenga virtualidad de revisar la efectuada por el juez. Asimismo, la necesidad de que sea en el momento de expedir la certificación cuando el registrador exprese sus dudas sobre la coincidencia total o parcial de la superficie del exceso que se atribuye a la finca con otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas ha quedado expresamente recogida en la nueva redacción del artículo 201 de la Ley Hipotecaria y del artículo 203 a que este se remite, en concreto a su apartado 3, efectuada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria.

Si estas dudas no se han expresado por el registrador al expedir la certificación, no puede pretender plantearlas al presentarse a inscripción el auto judicial aprobatorio del expediente de dominio (cfr. resolución de 4 de febrero de 2012, reiterada en las de 25 de noviembre de 2013, 27 de marzo 2014, 17 de junio, 27 de julio y 9 de octubre de 2015 y 4 y 25 de enero y 1 de junio de 2017), salvo que en tal momento, y con carácter de excepción a la citada regla general, el registrador tenga no ya dudas, sino la certeza de que la finca que se pretende inmatricular o el exceso que se pretende acreditar ya esté inmatriculado.

En cuanto al tercer defecto, se plantea si es preceptiva la aportación de certificación catastral o, al menos, representación gráfica alternativa, al tratarse de un exceso de cabida superior a la quinta parte de la cabida inscrita, por lo que, según afirma la registradora en base a la resolución de esta Dirección General de 6 de mayo de 2013, se asimila a un supuesto de inmatriculación. Siendo conceptos plenamente distintos al de inmatriculación de fincas y el de inscripción de exceso de cabida en fincas ya inmatriculadas, lo cierto es ambos fueron abordados en el mismo artículo 298 del Reglamento Hipotecario desde su primera redacción y en base a este precepto señaló la resolución de 6 de mayo de 2013 que son exigibles a los excesos de cabida superiores a la vigésima parte de la cabida inscrita los requisitos para la inmatriculación.

Resolución de 2-8-2018
(BOE 19-9-2018)
Registro de la Propiedad de Betanzos.

HERENCIA: PRETERICIÓN NO INTENCIONAL. ACTA DE NOTORIEDAD DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS INTESTADOS: CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR.

En primer lugar, en relación con el ámbito de las facultades del registrador para calificar el acta de declaración de herederos abintestato, cuestionadas por

la recurrente, hay que recodar conforme a reiteradísima doctrina de este Centro Directivo que el registrador puede y debe calificar las posibles discordancias entre la declaración de herederos realizada en el acta notarial y lo que resulte del correspondiente llamamiento legal, así como la no acreditación de los presupuestos legales para la apertura de la sucesión intestada. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1964 «la declaración judicial de herederos abintestato no es más que algo individualizador de un llamamiento hereditario operado por virtualidad de una norma legal, carente de eficacia jurídico-material y meramente limitado a justificar formalmente una titularidad sucesoria preexistente *«ope legis»*. De tal manera que todo aquello que las separe de esta finalidad resultará incongruente con esta clase de procedimientos y podrá ser calificado por el registrador. Obviamente siendo ello así en relación con un auto judicial de declaración de herederos abintestato, dictado en el juicio correspondiente (supuesto al que se refería la resolución transcrita), con no menor fundamento ha de aplicarse tal doctrina en relación con las actas notariales de declaración de herederos abintestato.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada en el presente recurso, guarda gran similitud con la que dio lugar a la resolución de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2001, cuya doctrina resulta plenamente aplicable al presente caso. En efecto, dicha resolución ya se planteó el tema de la necesidad o no, a efectos registrales, de una declaración judicial previa de nulidad del testamento, o de la institución de herederos ordenada en el mismo, por causa de preterición de alguno de los herederos forzosos (en aquel caso de todos ellos) y para la determinación del carácter de la preterición como errónea o intencional. El criterio de este Centro Directivo en la citada resolución fue favorable a la necesidad de dicha declaración judicial previa. Por tanto, el mero hecho de que la preterición de un hijo nacido (o adoptado) con posterioridad al otorgamiento del testamento pueda presumirse como preterición no intencional no genera como efecto inmediato, automático y *«ex lege»* el de la nulidad de la institución de herederos.

Resolución de 4-9-2018
(*BOE* 24-9-2018)
Registro de la Propiedad de Arona.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: CASOS EN LOS QUE EL TITULAR REGISTRAL HA FALLECIDO.

El respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

En el caso objeto de este expediente, de la literalidad del testimonio de la sentencia calificada resulta que la demanda se ha dirigido contra el titular registral vivo, don W. H. D., contra la cotitular registral que se manifiesta que falleció

en 1988, doña V. S. D., y contra tres personas más, don W. C. D., don R. N. D. y doña J. E. D., respecto de los que no se aclara en qué concepto se los demanda. Dada la información que ofrece la citada sentencia, no es posible determinar si se trata de un caso en el que se ha demandado a esas tres personas como los únicos herederos integrantes de la comunidad hereditaria de la causante, doña V. S. D., o, por el contrario, si se está demandando a la herencia yacente de la citada causante, de la que pueden formar parte como posibles herederos esos tres codemandados.

Si se tratase de la primera de las opciones, sería preciso acreditar mediante el correspondiente título sucesorio que, en efecto, estos son los únicos herederos integrantes de la comunidad hereditaria. Si, por el contrario, se trata de un caso de demanda dirigida contra la herencia yacente de la titular registral fallecida, bastará aclarar que entre los demandados existe alguno que reúne la condición de heredero, cierto o presunto, de la causante.

Resolución de 4-9-2018

(*BOE* 24-9-2018)

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 2.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: NO PUEDEN PRESENTARSE DOCUMENTOS PRIVADOS.

Se trata de decidir en este recurso si puede practicarse asiento de presentación en el Libro Diario de un documento privado cuyo objeto es la solicitud de rectificación de una inscripción.

La negativa a la práctica del asiento de presentación 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.

El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palpable e indudablemente, de imposible acceso al Registro. Es indudable que en el presente expediente nos encontramos claramente ante una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, por lo que debe confirmarse la negativa del registrador a la práctica del asiento de presentación, sobre la que nada argumenta la recurrente.

Resolución de 5-9-2018

(*BOE* 24-9-2018)

Registro de la Propiedad de Bande.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Con la nueva redacción legal del artículo 205 LH, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una

especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Nótese que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior.

Ello permite interpretar que en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad se otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se entiende adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia.

Resolución de 5-9-2018

(BOE 24-9-2018)

Registro de la Propiedad de Girona, número 4.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: APLICACIÓN PONDERADA DEL 671 DE LA LEC.

La cuestión objeto de este expediente es determinar si es inscribible un testimonio de decreto de adjudicación y de mandamiento de cancelación de cargas dictados en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que, tras quedar desierta la subasta, se adjudica la casa hipotecada al acreedor por el 60% del valor de tasación de la finca. La finca subastada es la vivienda habitual del deudor.

Sentado pues que puede y debe calificar el registrador si el efectivo importe de adjudicación de la finca en el procedimiento se acomoda al previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede ahora evaluar si en el presente caso, y puesto que la subasta quedó desierta por falta de licitadores y se trata de vivienda habitual, la adjudicación debió realizarse por el 60% del valor de tasación, como sostiene el recurrente, o por la cantidad que se ha liquidado como debida al ejecutante por todos los conceptos, que en el presente caso es inferior al 70% pero superior al 60% del valor de subasta. En concreto, dicha cantidad debida equivale al 68,93% del valor de subasta de la finca. En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado, cuando, como es el caso del presente expediente, por el hecho de que la deuda sea ligeramente inferior al 70% del valor de subasta, se permita al acreedor adjudicarse la finca por el 60% y seguir existiendo un saldo a su favor, o deuda pendiente a cargo del ejecutado que se ve privado de

su vivienda habitual, siendo así que si la deuda fuera del 70% la adjudicación se realizaría por dicho importe, quedando pagada la deuda, mientras que si el saldo de la deuda fuera algo inferior al 70% del valor por el que hubiera salido a subasta, la adjudicación se produciría por el 60%. Por ello, debe también atenderse al espíritu y finalidad de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que fue la de aumentar la protección a los ejecutados en el caso de ejecución de su vivienda habitual, así como a los criterios de interpretación sistemática y contextual, comparando la redacción de los artículos 670 y 671 citados, y concluyendo que la redacción literal del artículo 671 ha de ser interpretada en el mismo sentido que la del artículo 670, es decir, que el ejecutante tiene derecho a pedir la adjudicación del inmueble por el 70% del valor de subasta, o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le debe por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de subasta.

En base a todo lo expuesto, y a los concretos efectos que la ley confiere a las resoluciones de este Centro Directivo, se estima que la interpretación ponderada y razonable del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para evitar un resultado literal contrario al espíritu y finalidad de la ley, habrá de ser la de que «si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, con el límite mínimo del 60 por cien del valor de subasta».

Resolución de 6-9-2018
(BOE 26-9-2018)
Registro de Córdoba, número 3.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC. RESOLUCIONES DE LA DGRN: IMPORTANCIA DE SU DOCTRINA.

Entre esos aspectos sujetos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca que la grava, Solo puede llevarse a cabo por los trámites de alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto,

los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 CC).

Como bien dice la registradora en su informe, el propio Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 29 de enero de 1996 que «habría que dilucidar cuál es la autoridad que se ha de dar a las resoluciones de la citada Dirección General y, en ese sentido, las sentencia de 22 de abril de 1987 y 15 de marzo de 1991, establecieron que si bien la doctrina de las mismas no es propiamente jurisprudencia dado el carácter administrativo del Centro, sin embargo es usual concederles una reconocida autoridad y sobre todo en los casos en que ninguna otra doctrina o norma se aducen en contra de la opinión fundada de dicho Centro».

Resolución de 6-9-2018

(BOE 26-9-2018)

Registro de la Propiedad de Santa Pola, número1.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC. RESOLUCIONES DE LA DGRN: IMPORTANCIA DE SU DOCTRINA.

Entre esos aspectos sujetos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca que la grava, solo puede llevarse a cabo por los trámites de alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se inter-

pretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 CC).

Como bien dice la registradora en su informe, el propio Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 29 de enero de 1996 que «habría que dilucidar cuál es la autoridad que se ha de dar a las resoluciones de la citada Dirección General y, en ese sentido, las sentencias de 22 de abril de 1987 y 15 de marzo de 1991, establecieron que si bien la doctrina de las mismas no es propiamente jurisprudencia dado el carácter administrativo del Centro, sin embargo es usual concederles una reconocida autoridad y sobre todo en los casos en que ninguna otra doctrina o norma se aducen en contra de la opinión fundada de dicho Centro».

Resolución de 7-9-2018

(BOE 26-9-2018)

Registro de la Propiedad de Guadarrama-Alpedrete.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: BIENES GANANCIALES.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la resolución del recurso no puede basarse en documentos que el registrador no pudo tener en consideración al realizar la calificación impugnada.

El respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

De lo establecido en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, 1375 a 1378 del Código civil y 93 y 94 del Reglamento Hipotecario, se puede concluir que, sobre una finca inscrita en el Registro de la Propiedad como ganancial o presumativamente ganancial, solo podrán inscribirse resoluciones judiciales dictadas en procedimientos dirigidos contra ambos cónyuges o sus respectivos herederos.

La finca, según se ha expuesto, aparece inscrita a nombre de don G. A. M. por título de compra, en virtud de escritura otorgada el día 16 de noviembre de 1913. Atendiendo a la redacción del Código civil vigente en dicha fecha, se pueden establecer las siguientes conclusiones: —se deduce que el régimen de gananciales actuaba como régimen legal supletorio, en defecto de pacto en capitulaciones matrimoniales, que solo cabía otorgar antes de celebrar el matrimonio;— la finca 576 se presumía ganancial de don G. A. M. y su esposa.

Debe reconocerse que concurren en este caso dificultades objetivas para conseguir identificar a dicha señora, más aun cuando tampoco consta que se ha conseguido localizar al esposo que aparece como titular registral. Pero no puede olvidarse que, dado el número de años transcurrido desde la fecha de otorgamiento de la escritura de compra, lo más probable es que esté ya fallecida. Y, para esos casos en los que el titular de derechos inscritos ha muerto y se desconoce quiénes son sus herederos, este Centro Directivo ha consolidado una doctrina en los últimos años según la cual puede suplirse el llamamiento ad personam de esos herederos ignorados, por su genérica citación por edictos y por la garantía añadida del nombramiento de un administrador judicial que represente y defienda los intereses de la herencia yacente, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 7-9-2018

(BOE 26-9-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 20.

PODER OTORGADO ANTE NOTARIO EXTRANJERO: JUICIO DE EQUIVALENCIA.

La cuestión que se plantea en el presente expediente hace referencia al alcance de la calificación registral de dos poderes otorgados en el extranjero, y que el notario español juzga suficientes para la autorización de una escritura pública, con expresión del juicio exigido en el artículo 98 de la Ley 24/2001.

Como afirmó la resolución de esta Dirección General de 14 de septiembre de 2016, en materia de ley aplicable a la representación no resulta de aplicación el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Conforme al artículo 10.11 del Código civil, tratándose de una representación voluntaria sobre la que no se ha pactado otra cosa y que se va a ejercitar en España, la Ley que regula el ejercicio del poder de representación es la ley española.

Conforme a la ley que regula la obligación principal [arts. 3 del Reglamento (CE) núm. 593/2008; 10.1 y 10.11 CC], no cabe duda de que los documentos públicos extranjeros de apoderamiento, si son equivalentes, formal y sustancialmente o susceptibles de ser adecuados al ordenamiento español, producen en España el efecto requerido conforme al Derecho español para la representación en la cesión de créditos con garantía hipotecaria y para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Esta Dirección General ha recordado desde antiguo, y lo reitera en las consideraciones ya expuestas, que el título representativo en virtud del que se comparece ante el notario español ha de ser equivalente al documento público español como requisito exigido por nuestro ordenamiento y que dicha circunstancia debe ser acreditada de conformidad con las exigencias de nuestro ordenamiento (*vid.*, resoluciones de 11 de junio de 1999, 19 de febrero

de 2004 y 23 de mayo de 2006, entre otras). En efecto la especial importancia de la equivalencia se deduce de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2017, en el asunto C-342/15.

La presentación al notario de un poder otorgado fuera de España exige, al igual que ocurre con poderes otorgados en España, un análisis jurídico que conllevará, conforme a los artículos 10.11 y 11 del Código civil, de una parte, la remisión respecto de la suficiencia del poder a la ley española, a la que se somete el ejercicio de las facultades otorgadas por el representado, de no mediar sometimiento expreso, y de otra, al análisis de la equivalencia de la forma en España. Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga.

Si tales indicaciones constan en la escritura, la reseña que el notario realice de los datos identificativos del documento auténtico y su juicio de suficiencia de las facultades representativas harán fe, por sí solas, de la representación acreditada. El registrador calificará en estos casos de poderes extranjeros, la eficacia formal del poder (legalización, apostilla y traducción, en su caso) y, además, que se cumplan los requisitos de equivalencia del poder otorgado en el extranjero (cfr. los arts. 56 y 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; y, en su ámbito de aplicación, la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria), es decir, que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen, que implica juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes y que resulta sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable (arts. 10.11 y 11 CC), si bien el registrador, bajo su responsabilidad, puede apreciar esa equivalencia.

Como se ha recordado en la resolución de 5 de enero de 2017 el artículo 36 del Reglamento Hipotecario (al que se remite el artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil) posibilita que el Derecho extranjero pueda ser acreditado, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario, habiendo manifestado esta Dirección General (cfr. resolución de 20 de julio de 2015) que si el registrador entendiese que del informe emitido por el notario no se dedujera la conclusión pretendida en cuanto al sentido, alcance e interpretación de las normas extranjeras, debe el registrador al calificar expresar y motivar las concretas razones de su rechazo, sin que, por tanto, sea suficiente una referencia genérica de falta de prueba del Derecho extranjero. Si el registrador considera que el juicio de suficiencia emitido por el notario es erróneo, de acuerdo con lo expuesto en los anteriores Fundamentos de Derecho, debe motivarlo adecuadamente, con referencia expresa a la legislación extranjera aplicable.

Tratándose del juicio de suficiencia del artículo 98 de la Ley 24/2001 el notario tiene la obligación inexcusable de emitirlo (art. 166 del Reglamento Hipotecario y sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2008), mientras que el informe de equivalencia puede ser emitido o no por el notario, toda vez que este no está obligado a conocer el Derecho extranjero y el documento extranjero debe ser equivalente al documento público español a los meros efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria titulación pública, como regla general, y sin que ello sea esencial a efectos extraregistrales.

Lo que ocurre es que siendo juicios distintos, el de suficiencia y el de equivalencia, aquél cuando se produce de forma expresa necesariamente ha de implicar el de que el poder es equivalente, salvo que por sus términos se desprenda otra cosa. El juicio de equivalencia notarial no tiene por qué ajustarse a fórmulas sacramentales, ni tiene que necesariamente adoptar la forma de informe separado, sino que basta la reseña del documento extranjero, el nombre y residencia del notario autorizante, la ley extranjera conforme a la cual se ha autorizado y la existencia de la apostilla o legalización, y que el notario en base a las circunstancias del caso y a su conocimiento de la ley extranjera hiciera constar bajo su responsabilidad «que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de (...), entendiendo que el mismo es funcionalmente equivalente a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional» o fórmulas similares que cuanto más precisas y explícitas sean mayor será su contribución a la certidumbre y seguridad jurídicas. Lo que no sería suficiente es el mero otorgamiento del instrumento público. Pero si hay una expresa declaración de suficiencia para el acto o negocio concreto que se autoriza, esta debe implicar la de equivalencia necesariamente.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección General ha recordado reiterada y muy recientemente (cfr., por todas, resoluciones de 15 de febrero de 2016 y 5 de enero de 2017) tanto a registradores como a notarios la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea.

Resolución de 7-9-2018

(*BOE* 26-9-2018)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

El sistema español de seguridad jurídica preventiva tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Por ello la determinación de la titularidad debe quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas casadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico-matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el Registro debe publicarlas, por lo que se exige la debida constancia de cuál sea el régimen económico-matrimonial aplicable al titular registral.

El artículo 159 del Reglamento Notarial no hace distinción alguna, por lo que el notario autorizante debe indagar la situación de los otorgantes a fin de averiguar si existen capítulos o contrato matrimonial entre ellos para proceder, tal y como exige dicho precepto, testimoniando, en su caso, los aspectos particulares que puedan ser relevantes al efecto. De otro lado, el notario español está obligado a aplicar la norma de conflicto española (art. 12.6 CC) y a determinar, de acuerdo a dicha norma, la ley material que resulte aplicable al régimen económico de los cónyuges.

Estas reglas están ciertamente flexibilizadas para los supuestos de inscripción de bienes a favor de adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, pues no se exige la acreditación «a priori» del régimen económico-matrimonial, bastando que la inscripción se practique a favor del adquirente o adquirentes

casados, haciéndose constar en la inscripción que se verificará con sujeción a su régimen matrimonial (art. 92 Reglamento Hipotecario).

En casos en los que la escritura se limite a expresar que los cónyuges extranjeros adquieran con sujeción a su régimen económico-matrimonial sin que conste cuál sea este, si el registrador tiene conocimiento del mismo y, por ejemplo, es un régimen de separación, se considera justificada su exigencia sobre la constancia en dicha escritura de la cuota que corresponde a cada uno de los adquirientes del bien objeto de inscripción, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario.

Una vez realizada por el notario autorizante dicha labor de precisión del carácter legal del régimen económico-matrimonial (derivado de la aplicación de las normas que disciplinan los posibles conflictos de Derecho interregional —o, como en este caso, de Derecho internacional privado—, desvaneciendo así toda posible duda sobre origen legal o convencional de dicho régimen), no puede el registrador exigir más especificaciones sobre las razones en que se funda su aplicación.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 25-7-2018

(BOE 4-8-2018)

Registro Mercantil de Navarra, número II

OBJETO SOCIAL. ENERGÍA ELÉCTRICA.

Se pretende la inscripción de un objeto social que incluye como actividades, entre otras, «la producción, venta, distribución y comercialización de energía solar».

La sociedad mercantil que tenga por objeto el transporte y distribución de energía eléctrica, la operación del sistema y del mercado —actividades reguladas conforme a la Ley 24/2013 del sector eléctrico— debe hacerlo en régimen de exclusividad, lo que excluye no solo las actividades no reguladas del sistema de energía eléctrica —producción, comercialización o servicios de recarga energética—, sino cualesquiera otras.

Resolución de 26-7-2018

(BOE 4-8-2018)

Registro Mercantil de Burgos

ANOTACIÓN DE EMBARGO. CADUCIDAD.

Se recoge la doctrina expresada en la resolución de consulta de 31 de julio de 2015 que pone de relieve el distinto régimen jurídico que rige en sede de

Registro de Bienes Muebles en función de la normativa que resulte de aplicación al acto o derecho inscribible. Así, en cuanto a las anotaciones de embargo, se distingue entre las sujetas a la DA 2.^a de la Ley 28/1998 de Venta a Plazos de Bienes Muebles, cuando el embargo recae sobre los derechos del deudor comprador a plazos o del arrendatario del bien mueble derivados de un contrato, que tienen un plazo de duración de 4 años, y las sujetas al régimen de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, cuando el embargo recae sobre el dominio de los bienes susceptibles de hipoteca o prenda, que caducan a los 3 años de su fecha.

Resolución de 27-7-2018
(*BOE* 4-8-2018)
Registro Mercantil de Zaragoza, número I.

CUENTAS ANUALES. AUDITOR A SOLICITUD DE LA MINORÍA.

Se reitera nuevamente la abundante doctrina al respecto en el sentido de que, existiendo auditor designado e inscrito a solicitud de la minoría, no puede efectuarse el depósito de las cuentas si no se acompaña el informe de verificación efectuado por dicho auditor. Es irrelevante el motivo por el que no se haya realizado la auditoría, así como las causas por las que la administración social llevó a cabo la convocatoria de la junta sin tener en cuenta la circunstancia de que existía una designación de auditor.

Resolución de 18-7-2018.
(*BOE* 7-8-2018)
Registro Mercantil de Alicante, número IV.

DISOLUCIÓN. DE PLENO DERECHO. REACTIVACIÓN. SOCIEDAD PROFESIONAL.

La redacción de proyectos de arquitectura e ingeniería, constituye actividades profesionales para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, por lo que entra dentro del ámbito imperativo de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, a menos que expresamente se manifieste que constituye una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación. Por lo tanto, si la sociedad en cuestión tiene este objeto, el registrador ha de aplicar las consecuencias derivadas de su falta de adaptación a dicha Ley. Disuelta de pleno derecho la sociedad y cerrada su hoja como consecuencia de la aplicación directa de la previsión legal de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, no procede la inscripción de un acuerdo de nombramiento de administrador. Cuando la sociedad está disuelta *«ipso iure»* por causa legal o por haber llegado el término fijado en los estatutos ya no cabe un acuerdo social ordinario de reactivación sino que lo procedente, si se desea continuar con la empresa, es la prestación de un nuevo consentimiento contractual por los socios que entonces ostenten dicha condición. El artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital lejos de imponer una liquidación forzosa contra la voluntad de los socios, se limita a delimitar el supuesto de reactivación ordinaria, al que basta un acuerdo social, de este otro que exige un consentimiento contractual.

Resolución de 19-7-2108
(*BOE* 7-8-2018)
Registro Mercantil de Jaén

RESERVA DE DOMINIO. CANCELACIÓN. ANOTACIÓN EMBARGO SOBRE POSICIÓN JURÍDICA DEL DEUDOR

Existe inscrita una reserva de dominio sobre un vehículo a favor del finanziador y a continuación una anotación de embargo sobre la posición jurídica del comprador. Se presenta solicitud de cancelación de la reserva de dominio como consecuencia de la entrega que hace el comprador al vendedor del vehículo, ante la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones de pago derivadas del contrato de financiación. Junto a la anterior se presenta solicitud de cancelación de la anotación de embargo posterior y se plantea si se puede practicar esta última. En principio procede la extinción del embargo si la titularidad sobre la que recae se extingue, pero la cuestión es cómo reflejarlo en el Registro.

La cancelación de la reserva de dominio en favor del finanziador no puede acarrear sin más la cancelación de la posterior anotación de embargo sobre los derechos o posición jurídica del comprador. Para que tal efecto se produzca, es preciso que se acrede la consignación de las cantidades recibidas puesto que en otro caso no podría darse cumplimiento a la previsión del artículo 23 de la Ordenanza de que la cancelación no se produzca en perjuicio de tercero.

En el supuesto contemplado no existe resolución contractual, sino renuncia del titular a su garantía de reserva de dominio y entrega al acreedor para que proceda a la venta del vehículo. No es posible solicitar y obtener la subsiguiente cancelación de la anotación preventiva llevada a cabo sobre los derechos del comprador. Esta solo puede llevarse a cabo con consentimiento del titular o por resolución judicial firme y, tratándose de asiento causado por decisión judicial, en los términos previstos en el artículo 83 de la Ley Hipotecaria. En nuestro ordenamiento jurídico la renuncia de un derecho por parte de su titular no puede producir efectos en perjuicio de terceros.

La decisión decimoquinta de la Instrucción de 3 de diciembre de 2002 no altera en absoluto la doctrina expuesta pues se limita a reconocer el efecto extintivo que se produce sobre el derecho del tercero en caso de desaparición del derecho del comprador finanziado. Cosa distinta es que el reflejo de esa situación en el Registro de Bienes Muebles pueda ser automático; bien al contrario será precisa la aportación de la documentación que justifique la práctica de la cancelación de conformidad con las reglas generales de nuestro ordenamiento.

Tanto si la extinción de la situación jurídica inscrita del comprador finanziado se debe a una resolución convencional del contrato o a la renuncia unilateral del finanziador a su derecho de garantía, es preciso que se salvaguarde la situación jurídica del tercero con derecho anotado.

Resoluciones de 30 y 31-7-2018.
(*BOE* 14-9-2018)
Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número I.

PARTICIPACIONES.CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES. PROHIBICIÓN.

La resolución considera admisible la inscripción de una cláusula estatutaria por la que se prohíbe a los socios la constitución de derechos reales sobre sus par-

ticipaciones, ni utilizarlas como garantía ni para cualquier otro objeto que pueda dar como resultado su transmisión. Declara que estas restricciones permiten al socio la transmisión plena de sus participaciones, por lo que no lo convierten en prisionero de las mismas, ni le impiden obtener su valor patrimonial, ni rebasan los límites de la autonomía de la voluntad y se justifican por el hecho de que el título constitutivo de tales derechos reales puede atribuir determinados derechos a su titular que le permitan influir en la vida corporativa de la sociedad, como cuando se utiliza el usufructo o la prenda de participaciones para instrumentar sindicatos de voto.

Resoluciones publicadas en el DOGC

por María TENZA LLORENTE

Resolución de 30-7-2018.

(DOGC 7-8-2018)

Registro de la Propiedad de Roses, número 2.

EXTINCIÓN DE PACTO DE SUPERVIVENCIA SUJETO A LA LEGISLACIÓN FRANCESA. RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO INFORME.

Es preciso remitirse en cuanto al fondo, al comentario de la resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas JUS/126/2018, de 24 de enero. En lo que respecta al procedimiento, esta resolución aborda el importante tema de los plazos de elevación del recurso. En primer término, parte del carácter limitado del informe, en línea lo defendido por la Dirección General reiteradamente, ya el informe es un trámite en el que el registrador no puede añadir nuevos defectos no expresados en su calificación, de conformidad con los artículos 326 y 327 de la Ley Hipotecaria y las resoluciones de 14 de diciembre de 2010, 29 de febrero de 2012, 16 de septiembre de 2014 y 12 de diciembre de 2017 (fundamento de Derecho segundo de la resolución de 11 de abril de 2018), si bien no se trata de un trámite meramente formal, puesto que se pueden ampliar los argumentos en defensa de la nota. Estos preceptos, para el caso de recurso gubernativos presentados en Cataluña ante la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, hay que ponerlos en conexión con el artículo 3 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, apartados 5 y 6. En concreto, por lo que respecta al plazo para elevar informe, la Dirección General de Registros y Notariado es partidaria asimismo de entender inexcusable el plazo de cinco días previsto en la legislación hipotecaria, como resulta de las resoluciones de 13 de julio o 28 de noviembre de 2013. Así, en el fundamento de Derecho primero de la última de las resoluciones citadas afirma que en la tramitación de los recursos existen dos plazos sucesivos: cinco días hábiles para reformar la calificación o mantenerla; y otros cinco días hábiles para la remisión del expediente al Centro Directivo, sin esperar para ello a recibir los acuses de recibo de las notificaciones efectuadas o los informes a que dicho precepto se refiere. Debe tenerse en cuenta que *si bien es preceptivo solicitar por parte del registrador informe al notario, juez o funcionario*

autorizante no recurrente, no lo es la emisión del mismo por parte de quien sea requerido para ello. En caso de que los informes se reciban con posterioridad a la elevación del expediente, deberá realizar una remisión complementaria, pero sin paralizar aquella. El plazo del artículo 327 Ley Hipotecaria es inexcusable, esto es, perentorio y de estricto cumplimiento, sin que se interrumpa por la falta de recepción de los acuses de recibo o de los informes solicitados. A los argumentos de interpretación añade la Dirección General de Derecho el evitar que se produzcan situaciones de indefensión al transcurrir los tres meses y entenderse desestimado por silencio administrativo negativo. En cuanto al fondo, el concepto de orden público internacional no es solo de apreciación por parte de las instancias judiciales, sino que el registrador, en su labor calificadora, debe aplicarlo. En efecto, a diferencia de lo defendido en esta resolución, se señala en la resolución de fecha 20 de julio de 2016 por el Centro Directivo que se ha de tener en cuenta por todos los operadores jurídicos al aplicar la legislación foránea (fundamento de Derecho quinto y sexto). Se basa para ello en la dicción literal del artículo 35 la del Reglamento (UE) nº 650 /2012, de 4 de julio, que contempla la apreciación por autoridades no judiciales del orden público y en los artículos 56,59 y 60 de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional. Cuestión distinta es que en el supuesto de hecho planteado no se viera afectado este principio de orden público, al no implicar la aplicación del pacto de supervivencia ni su desenvolvimiento ningún atentado contra los elementos que lo conforman. Otro aspecto destacable en esta resolución es que se aplique el artículo 9.8 del Código civil, que remite a la ley personal del causante, pues si se parte de la consideración de este pacto como de naturaleza sucesoria, cabría haberse planteado la aplicación del Reglamento Europeo 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, pues aunque el artículo 1.2 letra c) excluye *las cuestiones relativas a los régímenes económicos matrimoniales, así como a los régímenes patrimoniales resultantes de las relaciones que la ley aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio;* la naturaleza *mortis causa* que se defiende en esta resolución permitiría incluirlo dentro de su ámbito. No obstante, esta afirmación se aparta de lo sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 13 de febrero de 2013. En cualquier caso, descarta la aplicación del artículo 10.5 del Código civil y no considera que la simple acreditación del estado civil baste para extinguir el pacto, al no acreditarse el contenido del Derecho francés, pues en palabras de la Dirección General la legislación extranjera ha de probarse en cuanto al sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia. La complejidad de los ordenamientos jurídicos, en especial cuando responden a tradiciones jurídicas distintas requiere que esta prueba se realice con rigor. No obstante, esto deberá ser examinado en el caso concreto pues hay casos que la prueba documental de un texto y su vigencia será suficiente mientras que en otros se exigirá una prueba más extensa. (resolución de 16 de junio de 2014, Fundamento de Derecho Segundo a Quinto, por todas). En este caso, además, entraría en juego la salvaguarda del principio de tracto sucesivo (arts. 20 y 82 de la Ley Hipotecaria). En resumen, se ha de elevar informe en el plazo de cinco días desde que el registrador decide mantener la calificación, sin esperar a recibir las alegaciones y el pacto de supervivencia se rige por la ley personal del otorgante.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El deber de vigilancia de los padres y el control de las conversaciones de menores a través de WhatsApp. El derecho a la intimidad de los menores

*Duty of parental supervision and control of conversations of minors through WhatsApp. The right to privacy of minors**

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Los padres pueden revisar las conversaciones de sus hijos menores de edad a través del WhatsApp. La jurisprudencia recuerda que el desarrollo de las redes sociales —como también lo es el WhatsApp— requiere atención y vigilancia de los progenitores para preservar la indemnidad de los menores.

ABSTRACT: Parents can review conversations of their minor children through WhatsApp. The jurisprudence recalls that the development of social networks —as WhatsApp is also— requires attention and vigilance of the parents to preserve the indemnity of the minors.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R), de la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER 2016-81752-REDT), ambos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad y en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyos equipos de investigación formo parte.

PALABRAS CLAVE: Deber de vigilancia de los padres. Menores. WhatsApp. Derecho a la intimidad.

KEY WORDS: *Duty of parental supervision. Minors. WhatsApp. Right to privacy.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DEL PELIGRO DE INTERNET Y DE LAS REDES SOCIALES.—II. MENORES «NATIVOS DIGITALES». LA «GENERACIÓN Z».—III. LA PATRIA POTESTAD Y EL DEBER DE VIGILANCIA.—IV. RELACIÓN ENTRE EL DEBER DE VIGILANCIA Y EL DEBER DE EDUCACIÓN DE LOS MENORES.—V. LA INTIMIDAD DE LOS MENORES Y EL DEBER DE VIGILANCIA DE LOS PADRES.—VI. DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL MENOR.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DEL PELIGRO DE INTERNET Y DE LAS REDES SOCIALES

En este siglo XXI, era digital y tecnológica, los menores acceden a Internet y al uso de aplicaciones, teléfonos, móviles, tablets y demás dispositivos electrónicos y telemáticos a edades cada vez más tempranas. De ahí que precisamente una de las preocupaciones de los padres en relación con este tema se centre en el acceso por los menores al contenido de todo sin supervisión, y por ello el mercado ha comercializado una serie de apps para llevar a cabo el control del menor de manera efectiva¹.

En relación con ello se puede plantear, desde el punto de vista de derecho civil, la concreción del límite, y determinar si el control hacia los menores por los padres se centra en su seguridad, o, en un espionaje excesivo de estos, pues exceder y extralimitarse de ese deber de velar por el menor conlleva irremediablemente que se están inmiscuyendo en su vida privada. Deben ser los padres quienes bajo su responsabilidad ponderen el *límite de la privacidad del menor, teniendo en cuenta su edad y madurez*.

Así pues, cuando nuestra principal preocupación debería residir en cómo proteger a los menores de los peligros de terceras personas a través de Internet y de las redes sociales, tal y como hemos indicado precisamente por el nacimiento de los nuevos desafíos y retos jurídicos que se plantean en el sector legal (tales como la necesidad de articular mecanismos para proteger al menor de los ataques de ciberdelitos y los peligros de la Red, o establecer mecanismos para controlar los límites de edad impuestos por el legislador, o la búsqueda de filtros y controles seguros para la supervisión de la edad y el contenido adecuado para el menor, o, la tipificación de conductas especialmente reprochables que ataquen a la imagen del menor, a su especial vulnerabilidad y desprotección, y en consonancia con ello cómo sancionar conductas delictivas, y cómo proteger la imagen y la privacidad del menor...) la jurisprudencia nos sorprende, cuando tiene que resolver un problema que surge de las relaciones entre padre, madre e hijos tras la ruptura de la pareja. Esto es, la protección de los menores no nace de una posible intromisión del exterior sino que nace de dentro de la propia familia, cuando hay una ruptura de pareja y los menores son «utilizados» como «arma» por uno de los progenitores frente al otro.

El examen de este problema ha sido objeto del Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 25 de octubre de 2017, que a su vez confirma un auto de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción y que declara que *un padre no cometió un delito contra la intimidad por revisar con su hija menor de edad conversaciones de WhatsApp que mantuvo con su madre*². Y ello porque su exmujer le denunció por un presunto delito contra la intimidad de la menor, por que supuestamente se apoderó de las conversaciones que mantuvo con su hija, de 9 años de edad.

Previamente, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción acordó el sobreseimiento de las actuaciones por «no revestir caracteres de infracción penal» la conducta paterna, por lo que la mujer presentó un recurso ante la Audiencia de Pontevedra, que ha coincidido con el juez *a quo* en que los hechos no constituyen un delito³.

En el informe del Ministerio Fiscal se indicó que los hechos no constituyan el delito de revelación de secretos⁴ tipificado en el artículo 197.1. del Código Penal y ello porque el denunciado comparte con la denunciante la patria potestad de sus hijos menores —Petra de 9 años de edad y Marino— y, por tanto, tiene la obligación conforme al artículo 154 del Código civil, de velar por ellos, educarles y procurarles una formación integral. El desarrollo de las redes sociales como también lo es el Whatsapp requiere atención y vigilancia de los progenitores para preservar la indemnidad de los menores. En el presente caso, el padre habría revisado con la propia menor, en su presencia, determinadas conversaciones de Whatsapp, por lo que no se habría extralimitado en su control paterno ni había transgredido su derecho a la intimidad. Y es desde esta perspectiva civil desde donde vamos a centrar nuestro comentario jurisprudencial.

II. MENORES «NATIVOS DIGITALES». LA «GENERACIÓN Z»

Es una realidad que las redes sociales, Internet, los móviles y los smartphones son manejados y controlados mejor por los hijos que por los padres. La generación actual de menores se les ha denominado «nativos digitales», o «Generación Z». Son los menores que han nacido a finales de los años 90 hasta la actualidad, con Internet ya presente, y se caracterizan por ser una generación esencialmente «tecnológica» que se sienten cómodos en el mundo virtual.

No obstante, como hemos indicado, tanta tecnología para los menores tiene asociados serios problemas de desarrollo de la personalidad y en muchas ocasiones provoca distorsiones que antes de la era digital ni siquiera alcanzábamos a intuir. Problemas que surgen por el libre y fácil acceso a páginas de Internet o redes sociales o incluso también por el anonimato, que en la navegación y en la comunicación, posibilita que los menores no sepan controlar adecuadamente las consecuencias de acceder a contenidos no deseables para su edad.

Tanto padres como menores (por la educación y los problemas reales que están surgiendo) como los propios proveedores de contenidos y redes sociales trabajan en mecanismos para limitar el acceso a los contenidos nocivos o no aptos en función de la edad del menor usuario. El actual Reglamento Europeo de Protección de Datos ha venido a rebajar hasta los 13 años la edad para prestar por sí mismos el consentimiento para registrarse en redes, sin necesidad de contar con autorización paterna, lo que está provocando un importante movimiento de grupos de expertos en su contra⁵.

No obstante, las estadísticas estiman que el 88,4% de los niños de 10 años utiliza ordenadores y el 88,8% usa Internet, unos datos que sugieren que su uso

es ya mayoritario antes de esa edad, si bien en el caso del móvil no es hasta los 13 años cuando su uso se extiende. La proporción del uso de tecnologías de la información y la comunicación por los niños de 10 a 15 años es, en general, muy elevada y los usuarios de ordenadores de esas edades son un 92,4%; los de Internet, un 95,1% y los de teléfonos móviles, un 69,1%, según una encuesta del Instituto Nacional de Estadística (INE). El uso del ordenador e Internet se incrementa entre los 10 y los 15 años hasta alcanzar a esta última edad el 92,5% y el 99,2%, respectivamente⁶.

En cuanto al teléfono móvil, a los diez años solo un 25% de los niños de esa edad lo usa, aunque a los 11 años pasan a tenerlo un 45,2%; a los doce, un 75%; a los trece, un 83,2%; a los catorce, un 92,8%, y a los quince, un 94 %, de forma que desde los catorce años nueve de cada diez niños disponen de móvil⁷.

Debemos tener en cuenta que para los menores, como indica GARMENDIA «estas herramientas tecnológicas se han convertido en algo fundamental para su bienestar social porque «desarrollan su vida a través de las tecnologías». Para los menores su smartphone es algo que les permite estar más conectado, tanto con sus amigos (55%) como con su familia (25%), uno de cada cuatro se siente que está más seguro cuando lleva su smartphone, y, además, les permite, a un 19%, organizar su vida más fácilmente⁸.

Como veremos más adelante, el legislador es consciente de todos estos problemas y así en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que modificó el artículo 5 1.^º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señaló que «Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, *identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos*».

Y, además, dentro del ámbito de los deberes de los menores en el ámbito escolar se introdujo por esta Ley 26/2015, en el artículo 9 quáter apartado 3.^º, que «a través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación».

III. LA PATRIA POTESTAD Y EL DEBER DE VIGILANCIA

Los progenitores aunque estén divorciados continúan teniendo la patria potestad de sus hijos menores salvo que expresamente haya sido suspendida por decisión judicial. En caso contrario y conforme al artículo 154 del Código civil, tienen la obligación «de velar por ellos, educarles y procurarles una formación integral» y consecuentemente de vigilar a sus hijos. Por otro lado, el desarrollo de las redes sociales como también lo es el Whatsapp (mensajería instantánea a través de dispositivos móviles) requiere de la atención y vigilancia de los progenitores para preservar la indemnidad de los menores, como indica el propio Auto judicial.

La patria potestad compartida en los casos en los que los cónyuges están separados puede resultar conflictiva. En este caso, la madre denunció al padre

de los dos menores tras conocer que los metió en una habitación y repasó las conversaciones del móvil de la niña. De los hechos probados se deduce que el padre tras solicitar a la menor la clave de acceso al dispositivo, leyó estos contenidos en presencia de ambos hijos, no pudiendo hacer lo mismo con el móvil del hermano pues este se negó a darle la contraseña a su padre. Debemos destacar que la ponente del Auto indica expresamente que el padre habría revisado con la propia menor presente las conversaciones de WhatsApp, por cuestiones que luego desarrollaremos.

En la actualidad está superada la visión decimonónica de la patria potestad, tras la utilización de la expresión *responsabilidad parental*⁹ que significa, por un lado, que independientemente que los padres se encuentren unidos o separados o divorciados, tienen un deber mutuo en igualdad de colaborar en la crianza, educación... de los menores, y, por otro lado, que *estos menores asumen progresivamente una autonomía en el ejercicio de sus derechos de acuerdo con su madurez y edad, adquiriendo progresivamente autonomía para la organización de su propia vida*. Lo que implica que a su vez los padres ven *modificado si no el contenido sí la forma de gestionar sus responsabilidades y deberes de cuidado, de educación de los menores* respetando sus aptitudes físicas e intelectuales en cada momento.

No olvidemos que el cambio de terminología de patria potestad a responsabilidad parental es meramente formal, pues no modifica en absoluto el contenido de los deberes de los padres hacia sus hijos. Por otro lado, no olvidemos que el ordenamiento jurídico reconoce a los menores como titulares de derechos fundamentales, dejando de ser meramente considerados como sujetos de protección.

Estas cuestiones —que están asentadas en nuestra sociedad actual— sirven para plantear problemas que están comenzando a aflorar, como en el caso objeto de este comentario. Por ejemplo, partimos de la progresiva autonomía de los menores dejándoles utilizar móviles a temprana edad porque así podemos conocer donde están en cada momento y estar en contacto con ellos (lo que a su vez implica un mecanismo de control hacia el menor en el deber de vigilancia de los padres) y, la utilización de la tecnología les otorga a su vez una mayor autonomía y madurez tanto en su desarrollo como en sus relaciones con amigos... pero por otro lado, no podemos pensar que las conversaciones no pueden ser vigiladas por los padres...

Recordemos en este punto que el menor debe ser el centro de interés de los deberes de los padres, como titulares de su responsabilidad parental: deben ser sus intereses los que conducen el comportamiento de los padres. Si el interés superior del menor no puede llevarnos al individualismo extremo de aquel, los padres obviamente se encuentran (ya estén o no juntos) en la posición de orientar y educar a los menores. Y desde luego la utilización del móvil por el menor no puede ser utilizado como un arma de un parente en contra del otro.

Tras la ruptura de pareja las nociones de responsabilidad parental y solidaridad son fundamentales para que los menores continúen su crecimiento como la existente hasta el momento del cambio, —relaciones entre padres e hijos—, y no en una relación triangular de parente, madre y menores.

Los menores se hallan en una situación de vulnerabilidad y fragilidad pues se produce una dependencia existencial y educacional de los hijos hacia los padres. El deber de vigilancia debe ir amoldándose a la edad, caracteres de los menores y a su necesidad de protección. Recordemos que el deber de vigilancia supone el deber de proteger la integridad física y moral del hijo. Hasta ahora este deber de vigilancia se activaba y dependía de la presencia física del menor en el mismo

espacio que los padres. Ahora con los recursos tecnológicos el menor puede no estar en el mismo espacio que los padres.

Por otro lado el deber de vigilancia de los padres comprende la protección del hijo de los peligros externos, pero también *protegerle de sí mismo*. Y aquí es donde entra en juego la tecnología (uso del ordenador, de dispositivos móviles...).

IV. RELACIÓN ENTRE EL DEBER DE VIGILANCIA Y EL DEBER DE EDUCACIÓN DE LOS MENORES

El deber de educación de los padres es tan importante que en cierta medida arrastra al deber de vigilancia. Por ejemplo, si partimos que el deber de educar comporta promover el desarrollo intelectual y moral de los menores... al darles un dispositivo electrónico o móvil estamos potenciando sus habilidades tecnológicas, pero también el poder de relacionarse con terceros (que pueden estar fuera de nuestro ámbito de conocimiento) por lo que debemos educarlos moralmente en el uso de los mismos. Resulta importante recordar como el deber de educar y de procurar una formación integral a los hijos se inscribe dentro del derecho a la educación reconocido por el artículo 27 CE.

En este contexto educar conlleva preparar a los menores para su autonomía e independencia en esta sociedad tecnológica: deber de orientar y guiar a los hijos menores. Como hemos indicado, los padres deben proteger a los menores de las amenazas externas, sobre todo en el caso de los menores de edad en la primera fase de su vida pero que con el desarrollo progresivo y gradual del menor va disminuyendo hasta que se extingue por completo. Los padres deben protegerles de terceros que pongan en riesgo sus derechos de la personalidad (derecho a la vida, a la integridad física, derechos sobre el propio cuerpo, a la libertad personal, a la imagen, a la actividad física, al honor, a intimidad o vida privada...).

Deber de vigilancia que puede extralimitarse y utilizarse como en el supuesto de hecho del auto de la AP de Pontevedra para victimizar al menor y utilizarle en el enfrentamiento de parejas.

V. LA INTIMIDAD DE LOS MENORES Y EL DEBER DE VIGILANCIA DE LOS PADRES

La Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, en su artículo 4.1 señala que «los menores tienen derecho al honor, la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia así como del secreto de las comunicaciones». Seguidamente su apartado 5.^º dispone que «los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros».

Previamente, el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen estableció que «el consentimiento, deberá prestarse por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil, para en los restantes casos, otorgarse mediante escrito de su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado».

Los padres pueden dudar si es posible controlar los dispositivos que utilizan nuestros hijos para acceder a páginas de Internet o redes sociales o la tan deseable aspiración de limitar su uso. Según recientes estudios el 44% de los padres con hijos entre 8 y 17 años maneja las claves de sus hijos en redes sociales. La pregunta en cuestión radica en la legalidad del acceso de los padres a los dispositivos de los menores y en determinar su límite por el derecho de privacidad de los menores.

Y ello es importante precisamente porque de acuerdo con la LO de 1996, los menores tienen al igual que los adultos el derecho a la intimidad y la privacidad. Y, además, con base en el principio del interés superior del menor, en cierta medida estos derechos están reforzados por el interés de protección a la infancia. Por regla general, los contenidos a los que acceden los menores están comprometidos por este derecho de privacidad y nadie, incluido los padres, y a salvo las autoridades judiciales, pueden conculcar este derecho. En consecuencia *los padres, sin más no pueden cotillear en los móviles de los menores sin su consentimiento*.

Teniendo en cuenta la ponderación y el equilibrio entre estos derechos y el deber de vigilancia de los padres derivados de la patria potestad, la regla general, cede cuando la integridad del menor (física o moral) está en peligro. Y así ya lo han puesto de manifiesto distintas resoluciones judiciales cuando estaba en juego decidir entre el derecho a la privacidad del menor, encauizada por el secreto de las comunicaciones y su consiguiente delito de revelación de secretos que castiga el Código Penal, y el derecho y obligación de los padres de «velar por ellos, educarles y procurarles una formación integral».

Ya hay jurisprudencia de nuestros Tribunales que establecen que *los padres pueden acceder al contenido de los mensajes de los dispositivos de los hijos* (correo, cuentas en redes sociales y páginas de Internet) si con ello buscan proteger la integridad del menor. Nos referimos a la STS de lo Penal, de 10 de diciembre de 2015¹⁰ que admitió la validez de la prueba en juicio de datos recabados por una madre derivados de una cuenta privada en una conocida red social (Facebook) de su hija menor pero que lo hizo por unas circunstancias muy razonadas y motivadas, puesto que, como explica la propia sentencia, había un peligro manifiesto de agresión sexual sobre la menor.

En esta sentencia el ponente reitera que «Los padres no pueden acceder a las cuentas privadas de sus hijos en redes sociales ni en Internet, ni pueden vulnerar sus derechos fundamentales puesto que se estaría conculcando su intimidad. Y aunque el propio Tribunal reconoce que es muy difícil conjugar, por un lado, el cumplimiento de los deberes paternofiliales que la Ley exige a los padres y la seguridad del menor, lo cierto es que al menor le ampara este derecho a la intimidad y podría considerarse ilegal y abusivo el espionaje o control masivo del menor a través de ciertas aplicaciones antes citadas».

El interesantísimo fundamento jurídico 5.^º concreta, además, que «...estamos hablando de la madre —y no cualquier otro particular. Es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, contrariaría los deberes que le asigna por la legislación

civil. Se trataba además de *actividad delictiva no agotada, sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar*. Tienen componentes muy distintos las valoraciones y ponderación a efectuar cuando se trata de investigar una actividad delictiva ya sucedida, que cuando se trata además de impedir que se perpetúe, más en una materia tan sensible como esta en que las víctimas son menores....».

Se insiste además, en que «no podemos tampoco ignorar que *la menor titular de la cuenta no solo no ha protestado por esa intromisión en su intimidad* (lo que permite presumir un consentimiento o anuencia ex post), sino que además *ha reprendido con sus declaraciones el contenido de esas comunicaciones* ya producidas en lo que constituiría una prueba independiente de la anterior y no enlazada por vínculos de antijuricidación, lo que autoriza su valoración plena y autónoma aún en el supuesto —que no es el caso como hemos argumentado— de que aquella se reputase inutilizable. Sería prueba independiente, al haberse roto toda conexión de antijuricidación».

Supuesto parecido es el analizado en la sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 de Almería, de 20 de marzo de 2017¹¹, que absuelve a una madre de un delito de malos tratos, por la denuncia de su hijo menor al que le retiró el móvil para que se centrara en los estudios, y durante el cual se produjo un forcejeo leve para retirarle el teléfono ante la negativa violenta del menor. El Juzgado consideró que se había aplicado correctamente el ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, sin extralimitación ni rigor innecesario para ello¹².

Y en esa línea, se halla el auto que hoy comentamos de la Audiencia Provincial de Pontevedra que absuelve al padre frente a la denuncia de la madre de la que estaba separado por ver los mensajes de WhatsApp de uno de sus hijos. Y en donde el tribunal incluso señala que «no puede decirse por el relato de la denuncia que el padre se apoderare sin consentimiento de la hija menor de sus conversaciones de WhatsApp, por el hecho de repasar con ella determinadas conversaciones; tampoco que las mismas merecieran la calificación de dato «reservado» como datos atinentes a la intimidad desconocida u oculta de la menor y que esta no quisiera que el padre conociera y menos aún que el denunciado buscara descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de la menor. Por lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, imponiendo a la apelante cuyas pretensiones son totalmente rechazadas las costas de la apelación».

En resumen de la jurisprudencia expuesta cabe concretar que solo en los casos en los que la *finalidad es proteger el interés de menor y peligra su integridad, física o moral, es cuando se permite que los padres accedan a los contenidos de los dispositivos sin necesidad de contar con el consentimiento del menor. Fuera de estos supuestos, la intimidad y privacidad del menor debe respetarse*.

VI. DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL MENOR

En el supuesto de hecho del auto objeto de nuestro comentario si existió un consentimiento por parte de la menor para que el padre leyera los mensajes en su presencia, sin embargo la jurisprudencia sigue la línea de condenar al sujeto *cuando el acceso a la información se realiza sin permiso, manipulando la seguridad del dispositivo o robando las contraseñas de los servicios de correo*¹³.

No obstante en el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 25 de octubre de 2017, que estamos comentando, se sobreseen las actuaciones por no revestir caracteres de infracción penal ya que la *revisión por el padre de las con-*

versaciones de WhatsApp de su hija con la presencia de la propia menor se ejercita conforme al artículo 154 del Código civil que contiene, en relación con la patria potestad, la obligación de velar por los menores, educarlos y procurarles una formación integral. Pero sobre todo porque se concreta que hay una ausencia de los requisitos típicos del artículo 197 del Código Penal y consiguientemente *ni puede hablarse de falta de consentimiento, ni puede calificarse los mensajes como datos «reservados» atinentes a la intimidad desconocida u oculta de la menor que esta no quisiera que el padre conociera*. Tampoco se da el elemento subjetivo de voluntad del denunciado en descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de la menor¹⁴.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

SENTENCIAS

- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, sentencia 864/2015 de 10 de diciembre de 2015, Rec. 912, 2015. Ponente: Antonio DEL MORAL GARCÍA, (La Ley 218893, 2015)
- Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2.^a, auto 893/2017 de 25 de octubre de 2017, Rec. 914, 2017. Ponente: María del Rosario CIMADEVILA CEA. La Ley 179329, 2017. ECLI: ES:APPO:2017:2639.^a
- Juzgado de lo Penal núm. 1 de Almería, sentencia 141/2017 de 20 de marzo de 2017, Proc. 113, 2017. Ponente: Luis Miguel COLUMNA HERRERA, (La Ley 15139, 2017). ECLI: ES:JP:2017:21.

LEGISLACIÓN

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).
- Recomendación núm. R (84) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las responsabilidades parentales.
- CE (art. 27).
- Código civil (art. 154).
- Código Penal (art. 197.1).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CASADO, M. Á., GARMENDIA, M., JIMÉNEZ, E., *Entre selfies y whatsapps*. Gedisa, 2018 Barcelona.

GUARDIOLA, M., Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 14, Segundo trimestre de 2017. La Ley 5019, 2017.

NOTAS

¹ Quostodio, Talk kids, Kiddie, Yahoo Kids, Kids mode, Hometub, Kids place, Teen Safe, Life 360 Localizador Familiar, Footprints, My mobile watchdog. *Vid.* GUARDIOLA, Miriam: «Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 14, Segundo trimestre de 2017. La Ley 5019, 2017.

² Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2.^a, Auto 893, 2017 de 25 de octubre de 2017, Rec. 914, 2017. Ponente: María del Rosario Cimadevila Cea. La Ley 179329, 2017. ECLI: ES:APPO:2017:2639.^a

³ La acusación particular recurre el auto de fecha 29 de junio de 2017 que acuerda el sobreseimiento de las actuaciones por no revestir caracteres de infracción penal. Alega la apelante que los hechos referidos en su denuncia revisten caracteres de delito del artículo 197 CP porque el padre denunciado se habría apoderado de las conversaciones que mantuvo su hija Petra a través de su teléfono móvil con su progenitora y denunciante. Dice en la denuncia que «ambos niños me dicen que Doroteo (el denunciado) los metió en una habitación y estuvo repasando con ellos las conversaciones del móvil de Petra, que le pidió a Marino que le diera la contraseña del móvil a lo que el niño le dijo que no, entonces Doroteo le amenazó con llevarlo a la policía».

⁴ El artículo 197.1 dispone: «El que, para *descubrir los secretos* o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquier otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

⁵ Los menores de 16 años, en el caso de los «servicios de la sociedad de la información» (en Internet, por ejemplo), no pueden consentir sobre el tratamiento de sus datos personales: deben hacerlo sus padres o tutores. En todo caso, los países pueden rebajar la edad, si quieren, hasta los 13 años. En España está en 14. Reglamento (UE) 2016, 679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46, CE (Reglamento general de protección de datos)

⁶ http://www.rtve.es/noticias/20171005/mas-del-88-ninos-10-anos-usa-ordenadores-accede-internet_1626076.shtml (Pagina visualizada el 11 de septiembre de 2018).

⁷ El 95,1% de los menores de edad que residen en España navega por Internet y el 92,4% hace uso del ordenador. La investigación señala también que, de los que utilizan el ordenador, un 93,9% son chicas, frente al 91,1% que son chicos. También las menores utilizan más Internet (95,2%) que los chicos (94,9%). Por edades, los resultados sugieren que el uso de ordenador e Internet es una práctica mayoritaria en edades anteriores a 10 años. (INE)

⁸ CASADO, Miguel Ángel; GARMENDIA, Maialen; JIMÉNEZ, Estefanía; *Entre selfies y whatsapp*. Gedisa, 2018 Barcelona.

Indica que según las estadísticas que han manejado en su estudio relativo al tema del sexting entre los 11 y 16 años, casi uno de cada 3 menores reconoce que ha recibido mensajes sexuales. Ellos reciben más mensajes de este tipo. Pero mientras que ellas mandan imágenes sugerentes y sexies, ellos comparten imágenes más explícitas.

⁹ Recomendación núm. R (84) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las responsabilidades parentales que dispone que «son un conjunto de poderes y deberes destinados a asegurar el bienestar moral y material del hijo...».

¹⁰ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, sentencia 864/2015 de 10 de diciembre de 2015, Rec. 912, 2015. Ponente: Antonio del Moral García, (La Ley 218893, 2015).

¹¹ Juzgado de lo Penal n.^o 1 de Almería, sentencia 141/2017 de 20 de marzo de 2017, Proc. 113, 2017. Ponente: Luis Miguel Columna Herrera, (La Ley 15139, 2017). ECLI: ES:JP:2017:21.

¹² En concreto la sentencia afirma que «En el caso enjuiciado, es evidente que la acusada se encontraba en el pleno y correcto ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, sin que en momento alguno se extralimitase en ello. Es más, sería

responsabilidad de la madre el haber dejado a su hijo jugando con el móvil y no hacerlo estudiar, pues *entre esas obligaciones que se establecen en el Código civil derivadas de la patria potestad está la de preocuparse por la educación de los hijos, que es precisamente lo que hizo la acusada en la acción hoy enjuiciada, sin utilizar rigor innecesario alguno para ello*.

¹³ Ya hay sentencias, como la de 28 de junio de 2015 del Juzgado de lo penal número 4 de Girona, Ponente: Antonio MIRALLES AMORÓS, que condenó a dos años y medio de cárcel y multa de seis euros diarios durante 19 meses al esposo como «autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos con el agravante de parentesco». Se castiga el espionaje del móvil de una mujer por parte de su marido para recopilar pruebas de una relación extramatrimonial y aportarlas al pleito civil que dirimía el divorcio entre ambos. Se insiste en que «no se trató de un mero furgoneo o una visión fugaz o momentánea del contenido privado, sino que se ha hecho el acusado con el adecuado soporte material de captación del contenido» para aportarlo a otro juicio de divorcio.

¹⁴ La AP Pontevedra insiste en que «Hay que distinguir entre la irrelevancia “objetiva” del contenido e importancia de la información para que la protección penal opere en el caso de datos de carácter personal o familiar, a que se refiere el artículo 197.2, que desde el punto de vista sustancial y aisladamente considerados, son generalmente inocuos; y la necesaria equiparación que debe establecerse entre “secreto” y “reservados” a efectos de la intimidad personal y familiar. Una interpretación teleológica y sistemática se debe concluir que el término “reservados” que utiliza el Código hay que entenderlo como “secretos” o “no públicos”, parificándose de este modo el concepto con el artículo 197.1 CP Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca».

1.2. Familia

Protección jurídica de la persona con la capacidad modificada judicialmente. El matrimonio

*Juridical protection of the person with
the capacity modified judicially.
The marriage*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: El presente estudio se va a centrar en el análisis de la protección jurídica de la persona con la capacidad modificada judicialmente, en especial con relación a la institución matrimonial y la capacidad para prestar el consentimiento relativo al mismo por parte de los contrayentes.

ABSTRACT: *The present study is going to analysis of the juridical protection of the person with the capacity modified judicially, especially with relation to the matrimonial institution and the aptitude to give the assent relative to the same for the spouses*

PALABRAS CLAVES: Matrimonio. Capacidad. Consentimiento. Persona con la capacidad modificada judicialmente. Nulidad. Discapacidad. Sistema de guarda y sistema de apoyos.

KEY WORDS: *Marriage. Capacity. Assent. Person with the capacity modified judicially. Nullity. Disability. Guardianship system and supports.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. INCAPACITACIÓN: CAUSAS Y PROCEDIMIENTO.—III. EL MATRIMONIO: CAPACIDAD, CONSENTIMIENTO Y NULIDAD: 1. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DEL MATRIMONIO CIVIL. 2. EL ACTA O EXPEDIENTE CIVIL PREVIO MATRIMONIAL. 3. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. 4. LA INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO. 5. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SUS CAUSAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Toda persona, por el mero hecho de serlo, es considerada por el ordenamiento jurídico como sujeto titular de derechos y obligaciones, cualquiera que sea su

estado de salud, y sus condiciones de inteligencia y de voluntad. Esta capacidad jurídica que implica la posibilidad general de ser titular de relaciones jurídicas, es sinónimo de personalidad. De ahí que, del principio de esta personalidad, de hecho y de derecho arranquen las normas que ya vienen desde antiguo y que recoge el artículo 29 del Código civil consagrando que «*el nacimiento determina la personalidad*». Se constituye, así como un atributo indisolublemente unido a la condición de la persona. Pero esta posibilidad general de ser titular de derechos y obligaciones no resulta suficiente para poder realizar eficazmente actuaciones relacionadas con los mismos; para ello se hace necesario tener capacidad de obrar, esto es, la posibilidad de desplegar una actuación eficaz y válida jurídicamente o, lo que es igual, la aptitud necesaria para ejercitar actos jurídicos concretos y determinados. La capacidad de obrar, así se manifiesta en la aptitud o idoneidad para realizar por uno mismo actos con eficacia jurídica requiriendo a su vez una capacidad volitiva o un mínimo de madurez en el sujeto para cuidar de su persona y bienes. Sobre tales bases, se parte de una presunción de capacidad¹; de forma que, solo por sentencia judicial (art. 199 CC) y cuando se den los requisitos establecidos por el artículo 200 del citado cuerpo legal que: 1. Exista una enfermedad o una deficiencia de carácter físico o psíquico; 2. Que sea persistente; 3. Que impida a la persona gobernarse por sí misma, podrá incapacitarse a una persona.

Quedan, por tanto, excluidos del ámbito de la incapacidad judicial aquellos individuos que sufran alguna alteración transitoria u ocasional, o cuya enfermedad o deficiencia no afecte a sus facultades de autogobierno, es decir, a su capacidad cognoscitiva y volitiva².

En consecuencia, para declarar a una persona incapacitada, no solo resulta necesaria la existencia de una causa que la determine, sino también una decisión judicial tras la sustanciación del correspondiente proceso. Por lo que sobre la base de lo dispuesto en los artículos 199 y 200 se está disponiendo de forma categórica no solo la jurisdiccionalidad de la incapacidad, sino también el principio de legalidad o tipicidad en relación con las causas determinantes de la decisión judicial.

Con la reforma por la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela el citado artículo 200 del Código civil regula las causas de incapacidad atendiendo no al mero diagnóstico de una determinada enfermedad o deficiencias físicas o psíquicas sino a los efectos que, la persistencia de la enfermedad o deficiencia provoca en el autogobierno de la persona que la padece y sus consecuencias en el desarrollo de su vida ordinaria.

Lo cierto es que, las causas de incapacitación, como dice la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, de 29 de abril de 2009³ que cita la de 11 de octubre de 2012⁴ están concebidas en nuestro derecho a partir de la mencionada reforma de 1983 como abiertas, de modo que, a diferencia de lo que ocurre en la antigua redacción del Código civil, no existe una lista, sino que el artículo 200 dispone que son «causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí mismo». Es evidente que, el artículo 322 del Código civil establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad o deficiencia física o psíquica de carácter persistente que, permite concluir que, aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencias de 19 de mayo de 1998⁵, de 26 de julio de 1999⁶, de 20 de noviembre de 2002⁷ y de 14 de julio de 2004⁸ que señalan como afirma la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 28 de julio

de 1998⁹ «(...) para que se incapacite a una persona no es solo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...). Lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impide gobernarse a la afectada por sí misma».

Lo relevante es la limitación parcial o total de la capacidad de autogobierno que, constituye algo más que, un requisito, pues, se trata en realidad del presupuesto de la incapacitación. La fórmula legal es suficientemente amplia y flexible para que cualquier enfermedad o deficiencia que, determina en la práctica una discapacidad y la necesidad de apoyos y protección de la persona que la produce, puede ser apreciada como causa de incapacitación y al mismo tiempo suministrar al juez los parámetros necesarios para valorar dicha discapacidad natural y el alcance de la necesidad de constituir una guarda legal en interés de la persona que padezca discapacidad¹⁰.

El régimen de incapacitación o modificación de la capacidad se complementa con el artículo 760 de la LEC (sucesor del artículo 210 CC) que, expresamente prevé la necesidad que, la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda al que debe estar sometida la persona incapacitada y también con el artículo 761 de la LEC que, prevé la posibilidad de reintegración de la capacidad y la modificación del alcance de la incapacitación. En consecuencia, de darse los presupuestos descritos en el artículo 200 del Código civil se ha de proceder a la incapacitación de la persona, correspondiendo al juez determinar el régimen de tutela o guarda al que ha de quedar sometido.

En todo caso, la excepcionalidad de la incapacitación, limitada a lo declarado por sentencia y, por las causas previstas por la Ley, hay que ponerla en relación con el principio de dignidad de la persona (art. 10 de la CE) y con la exigencia del artículo 49 a los poderes públicos de ordenar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos otorgados a todos los ciudadanos.

Ahora bien, de forma novedosa, en cuanto a la capacidad de la persona el Código civil catalán pone el acento en la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil, de modo que, combinada con la edad, permite hacer una valoración gradual, no estrictamente seccionada en etapas a lo largo de la vida de la persona (art. 211-3)¹¹.

Por su parte, el Código de Derecho Foral de Aragón, al igual que el Código civil español, establece que, nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 38.1). Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 38.2). Y, en cuanto a la prodigalidad no tiene otro efecto que el de ser una causa de incapacitación cuando reúna los requisitos del apartado anterior (art. 38.3).

En este contexto, si bien el legislador de 1983 se inclina por un sistema de protección de las personas de índole judicial —el estado civil de incapacitado debe guardar necesariamente constituida por sentencia judicial— con la Ley 4/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil permite la existencia de un sistema

de protección de personas no judicializada, flexibilizando con ello la protección de las personas con discapacidad frente al sistema institucional rígido de la incapacitación y el consiguiente sometimiento del incapacitado a un sistema de guarda y adquiriendo plena operatividad la autonomía del individuo que, decida, cuando tiene plena capacidad de obrar, a través de los instrumentos jurídicos que ofrece la ley, quien y como se deben gestionar sus asuntos personales y patrimoniales para cuando no pueda hacerlo. Así cumplen con dicho cometido, la autotutela que representa la facultad que reconoce a una persona para que, en previsión de una futura incapacidad designe en documento público notarial el tutor que ha de guardar su persona y bienes o de una manera más amplia, la facultad de configurar un régimen tutela como lo consideren oportuno para el caso de ser incapacitado (art. 223.2 CC)¹²; o los apoderamientos preventivos o mandato de protección que, representan aquellos poderes que, no se extinguieren con la incapacitación sobrevenida del poderdante o se otorgan para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor (art. 1732.2 CC); o, en fin, mediante la constitución de patrimonio protegido de la persona con discapacidad cuya creación puede ser realizada por el propio interesado, sus padres, tutores o curadores o cualquier persona con interés legítimo y que se acompaña de importantes incentivos fiscales. Con posterioridad y en esta línea de posibilitar sistemas alternativos de protección a la incapacidad, la Ley 26/2105, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia permite sin incapacitar a la persona, si bien acordando tal medida judicialmente, que se otorgue al guardador de hecho facultades tutelares (art. 303.1 CC).

Por otra parte, resulta esencial mencionar la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 ratificado por España mediante Instrumento de 23 de noviembre de 2007. De tal forma que, conforme a lo previsto en el artículo 96 de la CE esta Convención forma parte de nuestro ordenamiento interno. En su artículo 1 fija como propósito de la misma «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente», entendiendo por personas con discapacidad «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás (art. 1.2), protección que solamente tiene justificación con relación a la persona afectada «como trasunto del principio de la dignidad de la persona»¹³. Asimismo, se fija como principio de la Convención «el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas», y en su artículo 12.3 pretende asegurar el pleno respeto de la personalidad jurídica de las personas afectadas por una discapacidad y que cuando sea necesario se proporcione a estas personas el apoyo que, pudiera necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Finalmente, el artículo 23.1.a) dispone que «los Estados partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de

contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges».

Es por ello que, desde tales postulados la Convención parece inclinarse favorablemente por la necesidad de flexibilizar el sistema actual de cargos tutelares, si tenemos presente la tendencia que, está adquiriendo fuerza de sustituir el sistema basado en la incapacitación y tutela o curatela por un «sistema de apoyos», más acorde con el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad y por ende, con las dos vertientes del principio de autonomía del individuo como son el respeto a la voluntad de la persona protegida; y, la preservación máxima de la capacidad, de forma que, aunque se haya establecido un sistema de representación, se posibilite un cierto ámbito de decisión a la persona en todo lo relativo a los actos de naturaleza personal; lo que supone el reconocimiento de una capacidad natural a la persona protegida. Asimismo, parece mostrarse favorable a un sistema de curatela reforzada como el que existe en el Derecho francés, y con un alcance limitado al ámbito patrimonial en relación con la curatela de las personas incapacitadas que, se contiene en el artículo 223-6 del Código civil catalán, donde el curador además de completar la capacidad, pueda en actos concretos representar al incapaz¹⁴.

Ahora bien, se ha previsto un sistema de control del cumplimiento de la Convención a través de un Protocolo Facultativo (Instrumento de ratificación por España —BOE, número 97, de 22 de abril de 2008, 20750 a 20752—) en cuyo artículo 1 se reconoce la competencia del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en la labor de intérprete de la Convención, destacando a tal efecto la Observancia General sobre los derechos de las personas con discapacidad número 1/2014 adoptado en el 11.^º periodo de sesiones de 30 de marzo de a 11 de abril de 2014) relativo al contenido del artículo 12 de la Convención —igual reconocimiento como persona ante la ley— que en la explicación de dicho precepto destaca en su punto 15 que «(...) “Apoyo” es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejemplo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones financieras que ofrezcan información comprensible), a fin que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. (El apoyo también puede constituirse en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias)»; y su punto 16 pone de manifiesto que «el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 d)».

Sobre tales bases, en cuanto a la actual regulación de la incapacitación y las medidas de protección y su adaptación a lo establecido en la Convención, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 29 de abril de 2009¹⁵, atendiendo a la propia doctrina de la Sala Primera, y a la sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre¹⁶, ha establecido las reglas

interpretativas que permiten compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York de 2006 y lo dispuesto en el Código civil a partir de la reforma de 1983 disponiendo en su *Fundamento de Derecho séptimo* que: «El sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código civil, y del artículo 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

De forma que, lo que ha de tenerse en cuenta como principio fundamental es la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar que, le permiten hacer una vida independiente, poder cuidar de su salud, de su economía y ser consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que, tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier índole reconocidos en la Convención¹⁷.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 29 de septiembre de 2009 que, reitera las sentencias de este mismo Alto Tribunal, de 11 de septiembre de 2012, de 14 de octubre de 2015¹⁸, de 20 de octubre de 2015¹⁹ y 4 de noviembre de 2015²⁰ establece que, la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambian para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determinan su forma de ejercicio. De aquí que, deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado (...). Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona».

Efectivamente, la incapacitación no es algo rígido sino flexible y debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como diversas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida que requiere de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, en qué medida puede cuidarse por sí mismo o necesita de alguna ayuda; si puede actuar por sí mismo, o si precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida es necesario que, el tribunal de instancia que, debe decidir, adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales y en qué medida precisa de una protección y ayuda²¹.

Sin duda como señala la sentencia de 24 de junio de 2013²² «una situación como la incapacitación no permite mantener el mismo *status* del que se disfrutaba en régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula. Lo que procede es instaurar apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada

en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás, permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible que se realicen, como precisa el artículo 12». Apoyos que, la Convención, como dice la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de noviembre de 2014 citada por la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 3 de junio de 2016²³ «no enumera ni acota, pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en apoyos para tomarlos, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el Informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11.^º periodo de sesiones, 31 de marzo de a 11 de abril de 2014) sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención y se reitera en el Informe final de la Unión Europea de 4 de septiembre de 2015».

Se trata, como hemos puesto de manifiesto en líneas precedentes, de realizar un traje o trajes a medida que requiere de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, lo que exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que, le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que, sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio o interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que, presenta en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones²⁴.

Lo cierto es que la Convención de Nueva York de 2006 trata de preservar al máximo que, la persona afectada por una discapacidad pueda ejercitar por sí sus derechos que, pueda desarrollar al máximo sus posibilidades de autogobierno. De ahí que, el juez al resolver sobre el grado de capacidad y autogobierno de esa persona y constituir los apoyos necesarios mediante un apropiado régimen de guarda legal, debe afinar y ajustar a aquellos ámbitos en que estrictamente se requiere los apoyos²⁵.

En este contexto, el sistema de apoyos a los que alude la Convención, esté integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras como la guarda de hecho y el defensor judicial que, también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en los últimos tiempos tras descartar que «el «procedimiento de modificación de capacidad» y la constitución de la tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención²⁶. La tutela es la forma de apoyos más intensa que, puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no puede tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el artículo 267 del Código civil que, el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente,

salvo que aquellos actos que pueden realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayuda a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y, 289 CC)²⁷. Ciertamente, la tutela está reservada para la incapacidad total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales²⁸; si bien, la jurisprudencia, salvo en supuesto de patente incapacidad total, se viene inclinando a la luz de la interpretación recogida en la Convención por la curatela en el entendimiento que en el Código civil no se circunscribe expresamente aquella a la asistencia en la esfera patrimonial, sino que al amparo de lo previsto en el artículo 289 del Código civil podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de su enfermedad²⁹. La curatela «es una institución flexible que, se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamado a prestar. Por tanto, la curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona. Por lo que se refiere al ámbito patrimonial, la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el artículo 290 del Código civil, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiere subsidiariamente a los actos que genéricamente considera mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad que, son aquellas para las que el tutor necesita autorización judicial»³⁰.

El presente estudio lo vamos a centrar en un acto personalísimo como es el matrimonio y su posible realización por la persona esté o no incapacitada; si bien nos parece oportuno analizar de forma sucinta con carácter previo las causas y el procedimiento de incapacidad, para luego proceder a analizar el consentimiento matrimonial y la capacidad para prestarlo, atendiendo especialmente a la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018³¹ relativa a la nulidad de un matrimonio por falta de capacidad para emitir el consentimiento por enfermedad mental.

De todas formas, resulta procedente señalar que, el 21 de septiembre de 2018 se ha presentado el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad en el que se redacta de nuevo el Título XI del Libro Primero del Código Civil que pasa a llevar por rúbrica “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, no constituyendo el elemento sobre el que se va a sustentar la nueva regulación de la guarda y protección del discapacitado ya la incapacidad, sino que se diseña un sistema de apoyos en el que la principal medida de origen judicial va a ser la curatela de naturaleza asistencial; si bien, en los casos en que sea preciso, se le puede atribuir al curador funciones representativas que solo de manera excepcional y en casos especialmente graves de discapacidad, podrá tener un alcance general. En consecuencia, se elimina del ámbito de la discapacidad la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada y cuando no puede darse el apoyo de otro modo o se trate de situaciones de imposibilidad, es cuando se puede concretar la representación o sustitución en la toma de decisiones.

Por otra parte, se refuerza la figura de la guarda de hecho que, deja de ser una institución provisional. Y, en fin, se otorga preferencia a las medidas preventivas que pueda tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo como los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela.

El 29 de noviembre de 2018 los 21 vocales que integran el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha emitido informe favorable del citado Anteproyecto al considera que el texto recoge de forma adecuada las exigencias de la Convención de Nueva York y el respeto a los principios y valores contenido en la Constitución española.

II. INCAPACITACIÓN: CAUSAS Y PROCEDIMIENTO

Tiene declarado con reiteración nuestro Tribunal Supremo en doctrina consolidada que la capacidad jurídica es la aptitud innata de toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, vinculando dicha aptitud el Código civil a la condición misma de la persona en cuanto el artículo 29 dice que «el nacimiento determina la personalidad»; si bien con la precisión que la posibilidad de la titularidad de derechos y obligaciones solo se reconoce a quienes se estima que reúnen las cualidades necesarias para «gobernarse por sí mismos». Por contra, la incapacidad supone una privación de la capacidad de obrar aunque no absoluta de acuerdo con el artículo 760 de la LEC en cuanto implica una limitación de la misma que solo se explica como una excepcional medida de protección del propio incapaz, ya que la capacidad mental se presume siempre, mientras no se destruya la presunción por una prueba concluyente en contrario³². Por consiguiente, únicamente cuando concurre alguna de las causas previstas en la ley y como resultado de un proceso se puede llegar a constituir una persona en el estado civil de incapacitado.

En nuestro Derecho positivo, las causas de incapacidad vienen establecidas en el artículo 200 del Código civil y definidas «como aquellas enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Son pues a tenor de también reiterada jurisprudencia³³ requisitos esenciales para la declaración de incapacidad los siguientes:

1. Que la persona respecto de la cual se solicita, padezca una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que debe referirse en términos generales a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora o amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes³⁴. No son, en consecuencia, como precisa PARRA LUCÁN causa de incapacitación «las enfermedades que no afecten al autogobierno de la persona, sin perjuicio que, en ocasiones, la ley las toma en consideración como causa que excluye la habilidad requerida para un acto concreto (no pueden hacer testamento cerrado los ciegos, artículo 708 del Código civil; los ciegos y los sordos son inhábiles como testigos en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído)»³⁵.

2. Que la enfermedad o la deficiencia sean persistentes, condición esta que no aparecía en el derogado artículo 213 del Código civil y que constituye la consagración de una idea mantenida por la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, de que solo las enfermedades que producen alteraciones de carácter habitual o permanente, y no las transitorias, podían provocar la incapacidad ya que, en definitiva, no se trata de atender a la protección ocasional del enfermo,

lo que es posible obtener por otras vías —así su internamiento (art. 211 CC) o la anulabilidad de sus actos (art. 1.301 CC)—, sino de atender de manera estable, mediante el correspondiente órgano de guarda, su incapacidad para gobernarse por sí mismo. La persistencia de la anomalía es cuestión de derecho, ya que su apreciación supone dotarla de valor jurídico, encajando la situación en la tipología del artículo 200 del Código civil, debiéndose destacar en este punto la importancia de la valoración que el juez realice de los informes o dictámenes periciales, pues se puede padecer una enfermedad o deficiencia inhabilitante y, sin embargo, si su sintomatología externa puede ser excluida mediante el oportuno tratamiento o remedio, de modo que el sujeto sí pueda comportarse con normalidad, no existirá causa de incapacitación pues los avances de la medicina en el campo psiquiátrico permiten hoy un comportamiento prácticamente normal en enfermos con patologías psíquicas que hace unos años hubieran sido internados en establecimientos psiquiátricos durante un importante periodo de tiempo, por lo que se infiere que el carácter persistente de la enfermedad por sí solo no es suficiente para la incapacitación sino que se requiere también, como consecuencia de la misma, que el sujeto sea incapaz de gobernarse a sí mismo, haciendo coincidir la incapacidad natural con la incapacidad jurídica. Aunque el carácter cíclico de la enfermedad puede ser determinante de incapacitación basada en la existencia de esta, el régimen de guarda puede y debe quedar adaptado a lo que las circunstancias concretas requieran de forma que los intervalos lúcidos no impiden la incapacitación pero sí condicionan el régimen tutivo y la posibilidad de realizar determinados actos —matrimonio y testamento—³⁶. Con ello «se exige que se trate de una situación que tienda a prolongarse en el tiempo durante un periodo con entidad suficiente para justificar la adopción de medidas tan graves como la incapacitación de una persona y su sometimiento a institución de guarda». A la vez que, se indica que «se pretende excluir del ámbito del artículo 200 del Código civil, como causas de incapacitación, las situaciones transitorias de trastorno mental, o de pérdida de la capacidad de autogobierno (pérdida de conciencia transitorias, situaciones postoperatorias)»³⁷.

3. Que la referida enfermedad o deficiencia determine la imposibilidad de autogobierno de la persona que la padece³⁸. Este es el presupuesto *sine qua non* de la incapacitación de dicha persona, referido a la capacidad general del sujeto ante la vida social y jurídica y no a su ineptitud ante una determinada relación o situación jurídica en que se encuentre. El autogobierno implica una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial que permite al sujeto actuar. La valoración judicial de las repercusiones de una enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión, entendida en el sentido de conciencia suficiente de la propia actuación general, constituye la esencia del sistema de incapacitación de la persona en nuestro Derecho, debiendo centrarse entonces la actuación del juez en precisar dos extremos:

- a) Que la enfermedad o deficiencia efectivamente incide en la conducta o comportamiento del presunto incapaz en el sentido señalado.
- b) Que esa incidencia es de entidad suficiente para impedirle un comportamiento normal respecto de su persona y bienes o alguno de ambos extremos, debiendo tener en cuenta el contenido del artículo 760 de la LEC que «la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado», pues de dicho contenido se deduce que el Código civil distingue entre la incapacidad total o absoluta some-

tida al régimen tutelar y la incapacidad parcial o relativa que da lugar a la curatela —que antes afectaba solamente a los declarados pródigos y ahora, en cambio, a todos los mayores de edad declarados incapaces— y que puede operar tanto en la esfera personal como la patrimonial. De esta distinción se hace eco la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991³⁹ al señalar que la incapacidad puede ser total o de tipo medio o atenuada «que impone la necesidad de que la defectuosa personalidad y consiguiente graduación del discernimiento se complemente, integre y asista sin necesidad de recurrir a la tutela mediante la institución intermedia de la curatela que la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 13/83 vino en cierto sentido a resucitar y rescatar», en cuya doctrina viene a abundar la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 26 de julio de 1999⁴⁰.

El artículo 322 del Código civil, como bien sabemos, establece una presunción de capacidad, aplicable a toda persona mayor de edad; esta presunción solo cede con las excepciones establecidas en casos especiales por el propio Código, esto es, cuando se acredite la concurrencia de una enfermedad o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Al respecto, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo precisamente ha puesto el énfasis en el segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse por sí misma a la persona afectada. Si existe enfermedad psíquica de carácter persistente pero no la situación de imposibilidad de autogobierno que, exige el artículo 200 del Código civil como presupuesto para declarar la incapacidad teniendo en cuenta el estado actual de la enfermedad, el control médico y la evolución que puede experimentar el paciente, puede mantener íntegra la aptitud para adoptar decisiones y, en consecuencia realizar actos concernientes a la esfera jurídica, tanto en el plano estricto personal como en el plano económico o patrimonial. Y si carece una persona de aptitud para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección al presunto incapaz, como trasunto de la dignidad de la persona, lo que ha de fundamentar la decisión judicial de incapacitación; y, además, esta se deberá apoyarse siempre en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, que ha sido comprobada previamente mediante las pruebas precisas y siguiendo siempre un criterio restrictivo en la determinación de su alcance —sistema de apoyos—. De ahí que, la situación de inidoneidad natural para regir la persona y administrar y disponer de sus bienes, debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada y adoptarse con criterios de proporcionalidad⁴¹.

En cuanto al procedimiento de incapacitación, la LEC dedica el capítulo II del Título IV «a los procesos sobre la capacidad de las personas» (arts. 756 a 763 de la LEC). Conforme al artículo 753 los procesos sobre capacidad se sustancian por los trámites del juicio verbal. Al ser un proceso relacionado con la capacidad de la persona y dado el carácter indisponible de la materia no surten efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción y el desistimiento requiere la conformidad del Ministerio Fiscal (art. 751 de la LEC). La conformidad de las partes sobre los hechos tampoco vincula al tribunal ni podrá este decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad (art. 752.2 de la LEC). La competencia de estos procesos es exclusivamente la jurisdicción civil.

Respecto a la legitimación activa para promover la declaración de incapacidad, el artículo 757.1 de la LEC establece que «la declaración de incapacidad pueden promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentra en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz». Las demás personas que crean conocer hechos determinantes de la incapacitación podrán ponerlos en conocimiento del Ministerio Fiscal, que también está legitimado para promover la declaración de incapacidad (art. 757.2 de la LEC). El juez, en cambio, no puede incoar de oficio el procedimiento en ningún caso, pues, conforme los artículos 757.3 y 762.1 de la LEC deben poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal. Ahora bien, el presunto incapaz puede promover su incapacitación. En los demás casos, la demanda se dirige contra el presunto incapaz que puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación (art. 758.1 de la LEC). Si no lo hace será defendido «por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido este el promotor del procedimiento. En otros casos, se designará un defensor judicial a no ser que ya estuviera ya nombrado (art. 758.2 LEC). Si el promotor del expediente es el Ministerio Fiscal, el nombramiento de un defensor judicial no debe excluir la comparecencia del presunto incapaz con su propio abogado cuando esa sea su voluntad, pues en otro caso se vulneraría su derecho de defensa y de asistencia de letrado (art. 24.2 de la CE).

En todo caso, para dotar al procedimiento de las máximas garantías y de protección del presunto incapaz, el artículo 759.1 de la LEC impone al juez la práctica de una serie de medios de pruebas como son: oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinar a este por sí mismo y acordar los dictámenes necesarios en relación con las pretensiones de las demanda y demás medidas previstas por las leyes. Asimismo, se establece que «nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal». En todo caso, si la sentencia que decide sobre la incapacitación fuera apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas (art. 759.3 de la LEC). De todas formas, el juez puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes (art. 752 de la LEC). En este contexto con la finalidad de proteger al presunto incapaz o de su patrimonio y hasta que se dicte sentencia de incapacitación, el artículo 762 de la LEC permite que el juez adopte medidas provisionales de protección —nombramiento de un defensor judicial, de un administrador—⁴².

Sobre tales bases, si se constata la existencia de las causas a las que se refiere el artículo 200 del Código civil la sentencia incapacitará a la persona, dando lugar al estado civil de incapacitado y su capacidad de obrar queda limitada a la extensión y en los términos que se fijen en la propia sentencia. Como complemento necesario a la incapacitación en la sentencia se determinará el sistema de guarda a que debe quedar sometido el incapacitado (art. 760 LEC). Atendiendo a la exigencia de graduación de la incapacitación esta podrá ser total, en caso de mínimo discernimiento de la persona y, adoptada en supuestos excepcionales⁴³, o parcial⁴⁴; y, en consecuencia, someter al incapacitado a tutela —más probable cuando se dé el primer supuesto descrito—⁴⁵, o a curatela —un modelo de apoyo y asistencia más cercano a la Convención—⁴⁶. En cualquier caso, se ha de flexibilizar la medida adaptándola a la concreta necesidad de la persona afectada por la incapacitación y de operar sobre la exigencia de un sistema de apoyos que se adapte a las concretas situaciones de la persona⁴⁷. Ahora bien, si en la sentencia de incapacitación no se solicita la constitución de la tutela o la curatela, para su nombramiento se incoará el correspondiente expediente de jurisdicción previsto

en los artículos 43 a 52 de la Ley 15/2015, de 3 de julio, de jurisdicción voluntaria siendo competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

III. EL MATRIMONIO: CAPACIDAD, CONSENTIMIENTO Y NULIDAD

El artículo 32.1 de la CE contempla el *ius connubi*, en consonancia con las declaraciones y tratados internacionales y establece que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» a lo que añade su apartado segundo que «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Se trata de un derecho constitucional que, vincula a todos los poderes públicos y «solo por ley, que en todo caso deberá respetar sus contenido esencial, puede regularse su ejercicio (art. 53.1 de la CE). Si bien, al no tratarse de un derecho fundamental no le alcanza la protección cualificada del recurso de amparo⁴⁸».

Con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio se posibilita la celebración del matrimonio entre dos personas del mismo sexo, a tal fin el artículo 44 del Código civil añade un segundo párrafo que establece que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando los contrayentes sea de un mismo o diferente sexo». La sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) número 198, de 6 de noviembre de 2012, considera la reforma operada por la Ley 13/2005 conforme con la constitución atendiendo a una interpretación evolutiva del artículo 32 de la CE en consonancia con la concepción actual que tiene la sociedad española en relación al matrimonio y lo define como «comunidad de afecto que genere un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que posean idéntica posición en el seno de esta institución y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento». A lo que añade que «la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio presente ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005 y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador (Fundamento Jurídico noveno).

Por su parte, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, posibilita el matrimonio en forma civil ante notario (art. 51.2.2.^º CC). El derecho a contraer matrimonio se desarrolla por las normas de cada estado que establece o configura su sistema matrimonial. De ahí que, la configuración del sistema matrimonial español como un sistema facultativo o de libre elección determina que, los futuros contrayentes puedan elegir contraer matrimonio en forma civil o en forma religiosa⁴⁹. La primera de las formas señaladas presenta dos variantes: la ordinaria que, es la celebrada ante la autoridad competente y dos testigos como resulta de los artículos 51, 57 y 58 del Código civil; y la extraordinaria como el matrimonio en peligro de muerte, ante funcionario incompetente, matrimonio secreto y el contraído por poder (arts. 52, 53, 54, 55 y 1280.5 CC que, exige este último que el poder conste en documento público).

En este contexto, el artículo 49 del Código civil en su redacción dada por citada la Ley 15/2015 establece que «cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España. 1. En la forma regulada en este Código; 2. En la

forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración».

La disposición final 21.3 de la mencionada Ley 15/2015 establece que tal modificación entrará en vigor el 30 de junio de 2017, que no ha sido así, pues por Ley 4/2017, de 28 de junio en su artículo único.⁵ se modifica tal disposición final 21.3 y se pospone la entrada en vigor a la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil que, precisamente, conforme establece la disposición final primera de la Ley 5/2018, de 11 de junio que, modifica la disposición final 10.^a de la citada Ley 20/2011, tendrá lugar el 30 de junio de 2020. Durante la *vacatio legis* hasta la fecha indicada, el artículo 49 en su redacción anterior a la Ley 15/2015 establece que «cuálquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1. Ante el juez, alcalde o funcionario señalado por este Código; 2.^o. En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración». En base a lo expuesto, el matrimonio celebrado en España entre españoles o entre un español y un extranjero se podrá contraer bien en forma civil —hasta que entre en vigor el 30 de junio de 2020 la redacción dada por la Ley 15/2015 a los artículos 51.2 y 52 del Código civil— ante las autoridades o funcionarios competentes a los que se refiere la disposición transitoria cuarta.² de la Ley 15/2015; o bien, en cualquiera de las formas de la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 15 de diciembre de 1979 y artículo 60 del Código civil—; y conforme a las confesiones evangélica, judía e islámica —atendiendo a los Acuerdos firmados con las mismas por las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre de sobre los efectos civiles de los matrimonios celebrados tanto ante ministros de culto de Iglesias Evangélicas, pertenecientes a FEREDE, así como ante ministros de culto de las Comunidades Israelitas de España y los celebrados según la forma establecida en la Ley Islámica (art. 7.1)⁵⁰; y en fin, tras la reforma operada por Ley 15/2015 el artículo 60.2 del Código civil dispone que «en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el registro de Entidades Religiosas hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España».

Por su parte, el artículo 50 del Código civil regula la forma que, puede revestir el matrimonio extranjero en España disponiendo que «si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo lo establecido por la ley personal de cualquiera de ellos». Ahora bien, si el matrimonio se celebra en el extranjero entre españoles o entre un español y un extranjero pueden los contrayentes optar entre la forma civil española —ante el funcionario diplomático consular encargado del Registro Civil que sea competente—, en forma canónica y en cualquiera de las que reconozca la ley del lugar de celebración.

Si bien, por razones de espacio, solo nos vamos a referirnos a la forma de contraer matrimonio civil.

1. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DEL MATRIMONIO CIVIL

Para SERRANO GÓMEZ el matrimonio es «un negocio jurídico de Derecho de Familia basado en el acuerdo de voluntades, fruto del consentimiento manifestado expresamente por los contrayentes»⁵¹. Para DE PABLO CONTRERAS se trata de «un negocio jurídico bilateral ya que sus efectos los produce la voluntad

concorde o consentimiento de los esposos en cuanto va dirigido precisamente a que nazca entre ellos el vínculo»⁵².

El matrimonio es, además de un negocio de carácter consensual en el que el acuerdo de voluntades entre los contrayentes constituye elemento esencial, así lo destaca el artículo 45.1 del Código civil «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial»; es formal, pues, dicho consentimiento debe ser expresado con las solemnidades exigidas por la Ley⁵³.

Sobre tales bases, los requisitos para contraer matrimonio y para que sea considerado válido son, por un lado, personales o subjetivos referidos a la capacidad para contraerlo y los impedimentos; por otro, los materiales centrados en el consentimiento; y, en fin, formales, pues, la celebración del mismo exige el cumplimiento de una serie de formalidades⁵⁴.

En cuanto a los primeros, el artículo 46 del Código civil establece que «no pueden contraer matrimonio: 1. Los menores de edad no emancipados; 2. Los que estén ligados con vínculo matrimonial»; y, el artículo 47 del citado cuerpo legal se refiere a los impedimentos cuando señala que «no pueden contraer matrimonio entre sí determinados parientes —en línea recta por consanguinidad o adopción; y los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado— y los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal».

Con la reforma del Código civil por la Ley 15/2015 el artículo 48 del Código civil establece que «el juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado terceros entre colaterales». Por lo que, la dispensa solo afecta hoy a los impedimentos que enumera el artículo 47 del Código civil.

Además de la edad y aunque el Código civil no alude expresamente a ello, también a un requisito personal la aptitud mental de los contrayentes, esto es, la exigencia de una madurez psíquica suficiente para prestar el consentimiento específicamente matrimonial (art. 45 CC)⁵⁵. Los contrayentes han de tener la capacidad suficiente para entender y querer la unión.

El matrimonio ha de celebrarse de forma voluntaria y conociendo los efectos y las consecuencias que del mismo se deriven⁵⁶. De forma que, es posible que contraigan matrimonio un incapacitado (art. 171.4 CC) o una persona incapaz de hecho —que adolezca de alguna deficiencia psíquica—⁵⁷.

En todo caso, para acreditar la capacidad de los contrayentes para contraer matrimonio, se prevé la posibilidad que, en la tramitación del acta o expediente matrimonial, el artículo 56 del Código civil en su párrafo 2 dispone en la redacción dada por la Ley 15/2015 «si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el secretario judicial, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que, tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». Si bien, tal apartado se ha reformado por la Ley 4/2017 estableciendo que: «El letrado de la Administración de Justicia, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente cuando sea necesario podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que, faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que algunos de los contrayentes presentare una condición de salud que, de

modo evidente, categórico y sustancial pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial, pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

En ambas redacciones, se pone de manifiesto la posibilidad de reclamar dictámenes médicos u otras pruebas forenses de similar naturaleza, si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales que, pudieran hacer dudar de su aptitud para prestar el consentimiento. Si bien, conforme a la última redacción del precepto, se opta por la excepcionalidad en la adopción de tales medidas y, además, solo se acudirá al dictamen médico cuando resultan insuficientes las medidas de apoyo. Más en la línea de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

De todas formas, aunque el dictamen médico puede entenderse que vincula al instructor del acta o expediente —en términos similares al exigido por el notario en los supuestos del artículo 665 del Código civil—, lo cierto es que, en cada caso, debe guiarse por el criterio de *favor matrimonii*, el interés de los contrayentes y del presunto incapaz.

En la misma línea del artículo 56 del Código civil, el artículo 245 del RRC dispone que «si el instructor estima que alguno de los contrayentes está afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, recabará del médico del Registro Civil o de su sustituto el dictamen facultativo oportuno». En cualquier caso, conviene señalar que, esta falta de aptitud mental o psíquica puede tener lugar principalmente en la fase de tramitación del acta o expediente matrimonial, y, también una vez aprobados estos, en el momento de emitir el consentimiento matrimonial. De apreciarse tal falta de aptitud mental tendrá como consecuencia la nulidad del matrimonio, como analizaremos.

Ahora bien, como hemos señalado, para apreciar la falta de aptitud en cualquiera de los contrayentes no implica que estos deben estar incapacitados judicialmente o incurso en alguna causa de incapacitación. Ni tampoco debe conectarse necesariamente y en todo caso con una determinada edad, dándose por supuesto en situaciones de edad avanzada que, el sujeto tenga plena capacidad de entender y querer el acto concreto del matrimonio. De todas formas, conviene precisar que, aun habiendo sido incapacitado, el contrayente puede prestar el consentimiento matrimonial válidamente sin que exista ninguna restricción y sin que pueda invalidarse por ello el matrimonio, como así constataremos en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 indicada en líneas precedentes.

En todo caso, tal como hemos reiterado, la capacidad se presume a todo mayor de edad, por lo que corresponderá a quien no sostenga la validez del matrimonio —como igualmente ocurre a quien ponga en duda la capacidad de testar del sujeto— probar la falta de capacidad, alegando para ella la existencia de deficiencias o anomalías psíquicas en uno de los contrayentes o los dos que impidan expresar el consentimiento matrimonial. Ahora bien, si una enfermedad o deficiencia psíquica se diagnostica con posterioridad a la celebración del matrimonio, o si, igualmente, se le incapacita judicialmente posteriormente a tal celebración o durante la tramitación del acta o expediente, el matrimonio es válido siempre que se acredite que cuando se prestó el consentimiento al celebrarse el matrimonio, tenía capacidad para ello o aptitud para entender y querer el acto matrimonial⁵⁸.

Presupuesta en los contrayentes la aptitud natural de entender y querer lo que representa el matrimonio y el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la ausencia de impedimento para que tenga lugar el vínculo, hay que señalar que, el consentimiento matrimonial ha de ser prestado además de consciente, de forma libre, pues, nadie puede ser obligado a contraer matrimonio. Por lo que no

es consciente y libre el consentimiento cuando falta la completa voluntad en los casos de *vis absoluta*, esto es, que para arrancar el consentimiento de uno o ambos contrayentes, se emplease una fuerza irresistible; o cuando la declaración es *iocandi causa*⁵⁹; o hay error obstativo; o, en fin, se contrae por error o coacción o miedo grave. Así se considera nulo el matrimonio «celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento» (art. 73.4), y el matrimonio contraído por coacción o miedo grave (art. 73.5). Ahora bien, en la medida que el matrimonio constituye un negocio jurídico puro, no puede estar limitado ni condicionado, es decir, no cabe someterlo a condición, término o modo en cualquiera de sus modalidades. Por otra parte, el consentimiento ha de ser expresado al exterior en cualquier forma y puede utilizarse para ello la expresión, escrita, oral o mediante gestos. A dicha expresión exteriorizada del consentimiento se refiere el artículo 58 del Código civil. Precisamente la exigencia de tal exteriorización del consentimiento puede plantear entre otras cuestiones, qué efectos debe asignarse a la discordancia consciente y querida entre la declaración de voluntad de querer contraer matrimonio que se emite y la voluntad real o interna que se mantiene oculta y que se plasma en el deseo de contraerlo. Esta discordancia puede obedecer a dos modalidades distintas: la simulación y la reserva mental.

En la simulación, los dos contrayentes pese a expresar formalmente su consentimiento, aparentan querer celebrar un matrimonio entre sí, no desean realmente que tenga lugar el vínculo matrimonial⁶⁰. SERRANO GÓMEZ señala como requisito esencial para poder hablar de matrimonio simulado «el que los contrayentes pretendan celebrarlo con la mera intención de obtener una apariencia de matrimonio. Quedan así fuera, por ejemplo, los matrimonios *iocandi causa*, en los que claramente no hay verdadera intención de contraer matrimonio ni tampoco una real voluntad de conseguir una apariencia del mismo»⁶¹. Por otra parte, como señala DE PABLO CONTRERAS en el derecho matrimonial «se distingue entre la simulación total, que se da cuando los contrayentes no quieren realmente el matrimonio mismo y la simulación parcial, que tiene lugar cuando los contrayentes excluyen al consentir alguno de los elementos o caracteres esenciales del matrimonio predispuestos por el Derecho objetivo»⁶². Otorgándose relevancia en nuestro sistema matrimonial para la mayoría de la doctrina a la simulación total⁶³. En todo caso, dentro de la categoría de los matrimonios simulados están los llamados matrimonios de complacencia o matrimonios blancos. Se trata de matrimonios celebrados entre un ciudadano/a, a español y un extranjero —ajeno a la Unión Europea— a veces mediante precio o contraprestación, con el propósito de obtener alguno de los beneficios que el ordenamiento jurídico concede como permiso de residencia en España o la nacionalidad española⁶⁴.

En cuanto a la reserva mental, como precisa SERRANO GÓMEZ representa «la discordancia entre lo expresado y lo querido, se da en uno solo de los contrayentes que no desea la normal producción de los efectos del matrimonio. El otro realmente quiere celebrarlo e ignora cuál es la verdadera voluntad del sujeto con el que se casa. La nota característica de la reserva mental es, por tanto, su carácter unilateral, ya que si afecta a ambos cónyuges, hablaríamos de simulación»⁶⁵.

2. EL ACTA O EXPEDIENTE CIVIL PREVIO MATRIMONIAL

El artículo 56.1 en la redacción dada por la Ley 4/2017 —reformado previamente por la Ley 15/2015— señala que «quienes deseen contraer matrimonio

acreditarán precisamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en el Código». Lo cierto es que, hasta la reforma efectuada por la Ley 15/2015 se aludía simplemente al expediente tramitado por el encargado del Registro Civil. Con la nueva redacción se refiere al acta o expediente como consecuencia de haber atribuido la instrucción del mismo también a los letrados de la Administración de Justicia y a los notarios. La tramitación del expediente corresponde, pues, al día de hoy al juez o funcionario encargado del Registro Civil. Si bien, cuando finalice la *vacatio legis* de la Ley 20/2011 el 30 de junio de 2020 «la competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al secretario judicial, notario o encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero» (art. 51.1 CC).

En todo caso, lo que cada uno de estos funcionarios —tanto en la situación actual como en la futura— han de valorar es la aptitud de los solicitantes para contraer el matrimonio pretendido. Así, además de acreditar la capacidad para contraer matrimonio —que es el fin que se persigue en el acta o expediente— se ha de constatar la voluntad de los contrayentes de casarse que, se exteriorizará —consentimiento matrimonial— en el momento de celebrar el matrimonio; y la inexistencia de impedimentos.

El expediente que tiene naturaleza administrativa, tiene una función de control de cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley y, su competencia corresponde hoy al juez de primera instancia o al funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil correspondiente al domicilio del cualquiera de los contrayentes, si bien el primero puede delegar esta función en el juez de paz (arts. 238 y 239 RRC). Sin embargo, el artículo 58.2 de la LRC —que entrará en vigor el 30 de junio de 2020— atribuye la instrucción del expediente al secretario judicial o encargado del Registro Civil del domicilio de uno de los contrayentes; y, la tramitación del acta al notario del lugar del domicilio de cualquiera de los cónyuges; y añade el apartado 3 del citado artículo 58 que «el expediente finalizará con una resolución del secretario del Ayuntamiento en la que se autorice o deniegue la celebración del matrimonio. La denegación deberá ser motivada y expresar, en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento en el que funda la denegación».

Si uno o los dos contrayentes residieran en el extranjero, la tramitación del expediente previo podrá corresponder al funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil competente en la demarcación consular donde residan (art. 58.9 LRC). En todo caso, la tramitación detallada del acta o expediente se encuentra en el artículo 58 de la LRC modificado por la Ley 15/2015 y Ley 4/2017 que entrará en vigor el 30 de junio de 2020, entretanto se aplicarán las reglas del artículo 58 en su versión original. Por lo que, una vez que llegue el plazo marcado, será competente para la instrucción del acta o expediente matrimonial el secretario judicial, el notario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y el funcionario diplomático que tenga a su cargo el Registro civil consular, cuando se trata de matrimonios civiles por españoles fuera de España.

En la actualidad, el acta o expediente se inicia con un escrito de los interesados en el que se hace constar las circunstancias del artículo 240 RRC entre las que se encuentran «ante quien pretende celebrarlo: juez de paz, secretario judicial, notario, alcalde o funcionario en que se delegue. El artículo 57 del Código civil en su

redacción dada por la Ley 15/2015 dispone que «el matrimonio tramitado por el secretario judicial o por funcionario consular o diplomático podrá celebrarse ante el mismo u otro distinto, o ante el juez de paz, alcalde o concejal en quien este delegue, a elección de los contrayentes. Si se hubiera tramitado por el encargado del Registro Civil, el matrimonio deberá celebrarse ante el juez de paz, alcalde o concejal en quien este delegue, que designen los contrayentes. Finalmente, si fuera el notario quien hubiera extendido el acta matrimonial, los contrayentes podrán otorgar el consentimiento, a su elección, ante el mismo notario u otro distinto del que hubiera tramitado el acta previa, el juez de paz, alcalde o concejal en quien este delegue». También han de aportar, en su caso, la prueba de la disolución de los anteriores vínculos, la emancipación o la dispensa de impedimentos (art. 241 del RRC). Una vez que, el instructor del acta o expediente examina esta documentación, aquél, asistido del secretario, oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de la inexistencia de impedimentos de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración, la audiencia del contrayentes no domiciliado en la demarcación del instructor podrá practicarse ante el Registro Civil del domicilio de aquel (art. 246 del RRC)⁶⁶. En esta línea, establece el artículo 58.5 de la LRC reformado por la Ley 4/2017 «el letrado de la Administración de Justicia, notario o encargado del Registro Civil oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento». El apartado segundo del citado 58.5 de la LRC relacionado con el artículo 56.2 del Código civil, ambos preceptos en línea con la Convención de la ONU, señala que «el letrado de la Administración de Justicia, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o Entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que algunos de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará el dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. De la realización de todas estas actuaciones se dejará constancia en el acta o expediente, archivándose junto con los documentos previos a la inscripción del matrimonio»⁶⁷. Asimismo, el instructor del acta o expediente dará audiencia a ambos contrayentes para que se ratifiquen en su solicitud (art. 242 del RRC). El instructor podrá advertir de los defectos de alegación y prueba que observe para su subsanación; y, podrá solicitar los informes y practicar las diligencias pertinentes, sean o no propuestas por los requirentes, para acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio (art. 58.5 párrafo segundo de la LRC). Se trata de practicar las pruebas propuestas o acordada de oficio encaminadas a acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios, mientras se tramitan los edictos o diligencia sustitutorias (art. 245 del RRC)⁶⁸.

A continuación, se procede a la publicación de los edictos o proclamas mencionadas anunciando el casamiento durante quince días en las poblaciones de menos de 25.000 habitantes en que hayan residido los contrayentes en los dos últimos años, en el que aparecen todas las circunstancias o datos contenidos en el artículo 240 del RRC, requiriendo a los que conozcan algún impedimento a que lo denuncien (art. 243 del RRC). En el caso que se trate de localidades de más de

25.000 habitantes, la publicación de edictos podrán sustituirse «por la audiencia, al menos, de un pariente, amigo o allegado de uno u otro contrayente, elegido por el instructor y que deberá manifestar so pena de falsedad, su convencimiento que el matrimonio proyectado no incurre en prohibición legal alguna». En todo caso, aun resultando procedente la publicación de edictos puede dispensarse por causa grave —justa causa suficientemente comprobada— por el juez encargado bajo cuya autoridad se instruya el expediente (arts. 261 y 261 del RRC).

Los edictos anuncian la próxima celebración del matrimonio, incluyendo todos los datos que se han hecho constar en el escrito de iniciación del acta o expediente y sirven oportunamente para despejar cualquier duda sobre quienes deseen contraer matrimonio⁶⁹. Su objetivo es dar publicidad a la celebración del matrimonio por si alguno conoce algún impedimento para su celebración y lo comunique. Tanto el Ministerio Fiscal como cualquier particular que conozca la existencia de algún impedimento u obstáculo para la celebración del matrimonio están obligados a denunciarlo (art. 247 del RRC). Una vez transcurrido el plazo de quince días, los edictos se devolverán al instructor, acompañándose una certificación de la existencia o no de alguna denuncia de impedimentos matrimoniales. Ahora bien, la publicación de los edictos tiene la validez de un año, trascurrido el cual no podrá celebrarse el matrimonio sin nueva publicación (art. 248 del RRC).

Como el acta o expediente tiene como finalidad comprobar que, los futuros contrayentes tienen los requisitos para contraer matrimonio —capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa— o de cualquier otro obstáculo de acuerdo con lo previsto, mientras se tramitan los edictos o diligencias sustitutorias, se practicarán por el instructor del acta o expediente las pruebas propuestas por los interesados, tercero o por el Ministerio Fiscal o las acordadas de oficio con el fin de acreditar el estado de capacidad de los contrayentes —atendiendo, asimismo, a lo dispuesto en el artículo 56.2 del Código Civil—; o el domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos que resulten necesarios a juicio del instructor.

El expediente concluye por auto, con la aprobación o denegación de la celebración del matrimonio contra el que cabe recurso en vía gubernativa, según las reglas establecidas para los expedientes en general (art. 247 párrafo 2 del RRC). El artículo 58.6 de la LRC —que entrará en vigor el 30 de junio de 2020— señala que «el secretario judicial, notario o encargado del Registro Civil que haya intervenido finalizará el acta o dictará resolución haciendo constar la concurrencia o no en los contrayentes de los requisitos necesarios para contraer matrimonio».

Por otra parte, recordemos que, cuando entre en vigor la LRC de 2011, el expediente finaliza con una resolución del secretario del Ayuntamiento en la que se autorice o deniegue la celebración del matrimonio. La denegación deberá ser motivada y expresar en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento en el que se funde la denegación (art. 58.3). Y, si el juicio del secretario judicial, notario o encargado del Registro Civil fuera desfavorable se procederá al cierre del acta o expediente y los interesados podrán recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, sometiéndose al régimen de recursos previsto por esta Ley (art. 58.7).

3. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Resultando favorable el acta o expediente civil previo, atendiendo a lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta número 2 de la Ley 15/2015 el matrimonio podrá celebrarse a elección de los contrayentes:

1. Ante el encargado del Registro Civil y los jueces de paz por delegación de aquél.

2. Ante el alcalde del municipio donde se celebra el matrimonio o el concejal en quien este delegue, debiendo ser esta delegación expresa y estar documentada previamente. El artículo 51.2.1.^º del Código civil, cuya entrada en vigor tendrá lugar el 30 de junio de 2020, dispone que, será competente para celebrar el matrimonio: 1. El juez de paz o alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien este delegue.

3. Ante el secretario judicial o notario libremente elegido por ambos contrayentes que sean competente en el lugar de celebración. Coincide con lo dispuesto en el artículo 51.2.2.^º del Código civil que entrará en vigor el 30 de junio de 2020; si bien, se adelanta a la regulación dada por la Ley de Jurisdicción voluntaria a tal precepto.

4. Si el matrimonio se celebra fuera de España, ante el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero. Coincide con lo dispuesto en el artículo 51.2.3.^º del Código civil por lo que como expusimos en el supuesto anterior, se adelanta al momento de entrada en vigor de lo dispuesto en este artículo.

El artículo 58.8 de la LRC dispone en esta línea que «resuelto favorablemente el expediente por el secretario judicial, el matrimonio se podrá celebrar ante el mismo u otro secretario judicial, juez de paz, alcalde o concejal en quien este delegue, que designen los contrayentes. Finalmente, si fuera el notario quien hubiera extendido el acta matrimonial, los contrayentes podrán otorgar el consentimiento, a su elección, ante el mismo notario u otro distinto del que hubiera tramitado el acta previa, el juez de paz, alcalde o concejal en quien este delegue. La prestación del consentimiento deberá realizarse en la forma prevista en el Código civil». Con la nueva regulación del Registro Civil fruto de la Ley 15/2015 —cuando entre en vigor el 30 de junio de 2020— se suprime la competencia del juez encargado del Registro Civil y se introduce la posibilidad de celebrar el matrimonio ante el juez de paz, el alcalde o concejal en quien este delegue y notario que, elijan los contrayentes.

Por su parte, el artículo 57 del Código civil —en la redacción que entrará en vigor el 30 de junio de 2020— se distingue entre la competencia para instruir el expediente previo y la facultad que tiene el que sea competente para instruirlo de delegar su celebración ante una autoridad o funcionario distinto. Asimismo, hay que señalar que, en este precepto no se hace mención en el acto de prestación del consentimiento a la presencia de dos testigos que, sí se contiene en el artículo 58.8 apartado 2 de la LRC que manifiesta después de indicar que, el matrimonio celebrado ante el juez de paz, alcalde o concejal en quien este delegue o ante el secretario judicial se hará constar en acta, y el que se celebre ante notario constará en escritura pública, dispone que, en ambos casos deberá ser firmadas además de por aquel ante el que se celebra, por los contrayentes y dos testigos. También en el artículo 62.1 del Código civil señala que, el acta o escritura pública dispone que, ha de estar firmada por dos testigos, además de por los contrayentes y por aquel ante quien se celebre. Y el artículo 73 del citado cuerpo legal —que no ha sido reformado en su redacción por la Ley 15/2015— dispone que es nulo el matrimonio que se contraiga sin la intervención de la autoridad o funcionario ante quien deba celebrarse o «sin la de los testigos». Por lo que no cabe duda que, se debe cumplir con tal formalidad en la celebración del acta, pese a la omisión indicada —y, en consecuencia la presencia de testigos—.

En cuanto al desarrollo del concreto acto ceremonial o ritual del matrimonio, señalar que el artículo 58 del Código civil en su redacción por Ley 15/2015 —que no se diferencia de la actual regulación— dispone que «El juez de paz, el alcalde, concejal, secretario judicial, notario o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68 del Código civil, preguntará a cada uno de los contrayentes si consiente en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente los contrae en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio extenderá el acta o autorizará la escritura correspondiente».

Por su parte, el artículo 58.8 apartado 3 de la LRC establece que «extendida el acta o autorizada la escritura pública de la celebración del matrimonio, se entregará a cada uno de los contrayentes copia acreditativa de la celebración del matrimonio, y se remitirá por el autorizante, en el mismo día y por medios telemáticos, testimonio o copia autorizada electrónica del documento al Registro Civil para su inscripción, previa calificación del encargado del Registro Civil».

4. LA INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO

El matrimonio cuyos requisitos se hayan constatado y celebrado según el procedimiento previsto en el artículo 58 de la LRC se inscribirá en los registros públicos individuales de los contrayentes. La inscripción hace fe del matrimonio y de la fecha y lugar en que se contrae y produce el pleno reconocimiento de los efectos civiles del mismo frente a terceros de buena fe (art. 59.5 de la LRC). Es el medio de prueba que el matrimonio se ha realizado, siendo este el título que legitima el estado civil de casado (art. 2 de la LRC). El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración y para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil (art. 61 CC); lo que hace referencia a la oponibilidad *erga omnes* de dichos efectos frente a terceros una vez se haya inscrito el matrimonio⁷⁰. Si bien tales efectos se producen y reconocen desde la celebración del matrimonio, aunque no perjudicará a los terceros de buena fe hasta que no se practique la inscripción del matrimonio. En cuanto al plazo para practicar la inscripción comienza el mismo día de celebración del matrimonio, pues, como indica el mencionado artículo 58.8 de la LRC se entregará a cada uno de los contrayentes copia acreditativa de la celebración del matrimonio y se remitirá por el autorizante en el mismo día y por medios telemáticos, testimonio o copia autorizada electrónica del documento al Registro Civil para su inscripción.

En el caso de matrimonio celebrado en forma religiosa, el oficiante deberá remitir la certificación expresiva de la celebración de matrimonio junto a la certificación acreditativa de su condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al encargado del Registro Civil competente para proceder a su inscripción (art. 63.1 CC). En tal caso, el encargado del Registro Civil calificará el acta o certificación eclesiástica remitida o presentada y «denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en el Código civil» (art. 60.2 CC). Por lo que la realización de la inscripción varía en función de la forma de celebración del matrimonio y en particular, según quien lo haya autorizado. Si bien, como establece el artículo 258 apartado 1 del RRC «en la inscripción del matrimonio constará la hora, fecha y sitio en que se celebre, las menciones de identidad de los contrayentes, nombre y apellidos

y cualidad del autorizante y, en su caso, la certificación religiosa o el acta civil de celebración».

Finalmente, en cuanto a los casos en que el matrimonio se hubiera celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente o acta previa⁷¹, el artículo 65 —en la redacción dada por la Ley 4/2017 que entrará en vigor el 30 de junio de 2020— establece que «si fuera necesario el secretario judicial, el notario o el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil que lo haya celebrado, antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez, mediante la tramitación del acta o expediente al que se refiere este artículo». Y añade que «si la celebración del matrimonio hubiera sido realizada ante autoridad o persona competente distinta de las indicadas en el párrafo anterior, el acto de aquella se remitirá al encargado del Registro Civil del lugar de celebración para que proceda a la comprobación de los requisitos de validez, mediante el expediente correspondiente. Efectuada esa comprobación, el encargado del Registro Civil procederá a su inscripción». En la redacción vigente en los supuestos que el matrimonio se hubiera celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, el juez o funcionario encargado del Registro, antes de practicar la inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales de fondo exigidos para su celebración, esto es, tanto la capacidad matrimonial como la expresión de consentimiento matrimonial y el resto de los requisitos legales. Esta comprobación puede llevarse a cabo mediante la calificación de la «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256.3 del RRC), o en ausencia del título documental suficiente a través del artículo 257 del RRC que según dispone «en cualquier otro supuesto el matrimonio solo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos». Por lo que, se inscribirán tales matrimonios siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la española⁷². Como precisa DURÁN RIVACOBA se establece «un sistema de control *a posteriori* bien distinto al ordinario acceso al Registro Civil de los matrimonios celebrados tras el debido expediente previo»⁷³.

5. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SUS CAUSAS

El artículo 73 del Código civil concreta las causas por las que se puede declarar nulo un matrimonio y son las siguientes:

1. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial: ausencia de consentimiento en uno o en los dos contrayentes por falta de aptitud para entender y querer en el momento de prestarlo y la existencia de algún vicio⁷⁴.
2. El matrimonio celebrado entre personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.
3. El que se contraiga sin la intervención del juez de paz, alcalde o concejal, secretario judicial, notario o funcionario ante quien deba celebrarse o sin la de los testigos —con efectos desde el 30 de junio de 2020—. Ahora se hace referencia «al que se contraiga sin la intervención del juez, alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse o sin la de los testigos».
4. El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento.
5. El contraído por coacción o miedo grave.

Este artículo 73 se refiere a que tales causas de nulidad «operan cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio»; si bien como excepción no puede la jurisdicción civil declarar la nulidad de un matrimonio canónico por defecto de forma, al ser competencia de los tribunales eclesiásticos, aunque su decisión tenga eficacia en el orden civil (art. 80 CC).

Están legitimados activamente para ejercer la acción de nulidad «los cónyuges, el Ministerio Fiscal y cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella» (art. 74 CC)⁷⁵. La legitimación pasiva corresponde al otro cónyuge, si se ejerce la acción por uno de ellos o a los dos, si se ejerce por un tercero que no es cónyuge. El objeto del proceso es indisponible «ni surtirá efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción» (art. 751.1 de la LEC) y el desistimiento requiere la conformidad del Ministerio Fiscal (art. 751.2 de la LEC)⁷⁶.

La regla general de legitimación activa indicada tiene una serie de especialidades. Así si la causa de nulidad fuera la falta de edad, solo pueden ejercitarse la acción de nulidad cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y en todo caso, el Ministerio Fiscal (art. 75.1 CC)⁷⁷; si bien al llegar aquél contrayente menor a la mayoría de edad, solo podrá ejercitarse la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de alcanzada aquella (art. 75.2). En este caso, la legitimación corresponde únicamente al contrayente en quien no concurriera ese requisito de capacidad al tiempo de celebración del matrimonio; y, en los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitarse la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (art. 76.1). En este caso, como en el supuesto anterior, el ejercicio de la acción de nulidad tiene un plazo de caducidad breve, de un año, tras la mayoría de edad o el cese del vicio del consentimiento. En cambio, en los demás casos, la acción de nulidad ha de considerarse imprescriptible, al carecer de plazo alguno. Por su parte, el artículo 749 de la LEC, tras la reforma operada por la Ley 15/2015, determina que, en los procesos de nulidad matrimonial siempre será parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido el promotor de los mismos, ni debe, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

La sentencia firme que, declara la nulidad del matrimonio se comunicará de oficio al Registro Civil para la práctica de la correspondiente inscripción (755 de la LEC) en la que se expresará la cancelación de la de matrimonio (art. 263 apartado 2 del RRC). La sentencia tendrá efectos frente a todos desde que dicha inscripción se practique (art. 222.3 de la LEC).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, el artículo 107 del Código civil dispone que «la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración», y añade en su apartado segundo —conforme a la redacción dada por la que la Ley 15/2015— que «la separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de derecho internacional privado».

Sobre tales bases, cuando un matrimonio es nulo, no produce efecto alguno, como si no hubiera existido; no obstante, valen los efectos que con anterioridad se hubieran producido en cuanto a los hijos y al cónyuge o cónyuges de buena fe (matrimonio putativo). Al respecto, establece el artículo 79 del Código civil que «la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume».

Respecto de los hijos, la declaración de nulidad matrimonial no modifica su situación, una vez determinada respecto de los cónyuges que, será en todo caso matrimonial. En cuanto al cónyuge de buena fe (o en su caso, ambos) se

mantienen los «efectos ya producidos», atendiendo a la ineficacia *ex nunc* de la declaración de nulidad —existencia de bienes gananciales, nacionalidad— no así otros como derecho de alimentos o derechos sucesorios, pues a partir de la declaración de nulidad dejan de ser cónyuges. Por buena fe entiende DE PABLO CONTRERAS «la ignorancia al contraer matrimonio de que existía causa por la cual el matrimonio ha sido declarado nulo»; si bien añade que «un sector de la doctrina defiende que, además, también cabe apreciarla en un sentido objetivo, cuando el cónyuge haya guardado un comportamiento jurídicamente correcto de tal modo que, ni se le pueda imputar el no haberse abstenido de celebrar el negocio inválido»⁷⁸.

Ahora bien, en el régimen del Código civil, si el otro cónyuge fuera de mala fe, tendrá el cónyuge de buena fe derecho a la indemnización del artículo 98 del Código civil⁷⁹, y, asimismo, podrá optar porque su régimen económico matrimonial se liquide como de participación, sin que el contrayente de mala fe pueda participar en las ganancias obtenidas por su consorte (art. 1395 CC).

En este contexto, la cuestión jurídica que se plantea en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018 es, precisamente, la de la nulidad de un matrimonio por falta de capacidad para emitir el consentimiento por discapacidad intelectual de un cónyuge. Frente a las alegaciones que las demandantes recurridas vierten en su escrito de oposición, esta Sala entiende que sí existe interés casacional. La sentencia de la Audiencia Provincial, a la vista de los hechos probados, al declarar la nulidad matrimonial por falta de capacidad, puede oponerse a la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en las dos sentencias que se citan en el recurso, acerca de la titularidad de los derechos fundamentales de la persona con discapacidad así como de la función y alcance de las limitaciones de la capacidad y de las medidas de protección que prevé nuestro ordenamiento. Por otra parte, el que la sentencia de esta Sala núm. 235/2015, de 29 de abril, citada por la Audiencia Provincial, resolviera un recurso sobre la nulidad de un matrimonio celebrado por una persona con discapacidad (admitiendo, por cierto, su validez) con apoyo en las sentencias aportadas por la recurrente establece que, ello no solo no excluye, sino que por el contrario evidencia la oportunidad de que esta Sala revise los criterios jurídicos aplicados por la sentencia recurrida para decretar la nulidad de un matrimonio frente al criterio de quien lo autorizó y de quien lo inscribió en el Registro Civil, en un caso en el que consta probado que el cónyuge que padecía la discapacidad y que, ciertamente, fue incapacitado, fue simultáneamente considerado por un juez capaz para interponer una demanda de divorcio. Sobre tales bases, la citada resolución parte de una serie de consideraciones sobre el consentimiento matrimonial y capacidad del contrayente que, reitera mucho de lo expuesto en líneas precedentes. Así después de señalar que, el derecho a contraer matrimonio es un derecho derivado de la dignidad del ser humano que está reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 32 de la Constitución española, explica que la Convención siente como principio general el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas (art. 3.a)) y que las medidas de apoyo que puedan adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (art. 12.4), indica que, en 1981 se derogó la norma que impedía ce-

lebrar válido matrimonio a «los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio» (redacción originaria del artículo 83.2 del Código civil). En la actualidad, la aptitud natural para contraer matrimonio se recoge, de manera más adecuada al *ius connubii*, referida de manera precisa al consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73.1 CC), y el artículo 56 del Código civil pone de relieve que las deficiencias o anomalías psíquicas por sí mismas no impiden celebrar un matrimonio válido. De ahí que, la causa del nacimiento del vínculo matrimonial sea el consentimiento de los cónyuges y, por consiguiente, la falta de capacidad natural de querer y entender la unión representa un requisito de validez del matrimonio.

Por otra parte, dispone que, la falta de consentimiento matrimonial es causa de nulidad y que, además de la acción de nulidad, nuestro ordenamiento establece controles que permiten examinar la concurrencia de los requisitos de capacidad y ausencia de impedimentos: de manera previa, en el expediente que precede a la celebración del matrimonio, a efectos de autorizar o no su celebración (art. 56 CC); y, cuando el matrimonio se hubiera celebrado sin expediente matrimonial previo, en el momento de la inscripción (art. 65 CC).

En la redacción del artículo 56 del Código civil dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, a la que hemos hecho oportuna referencia, se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, «solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

Si el matrimonio se celebra sin previo expediente matrimonial, el control de la validez del matrimonio se lleva a cabo en el momento de la inscripción en el Registro Civil (art. 65 CC), sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de una acción de nulidad posterior.

En cuanto, al matrimonio en el extranjero entre un español y un extranjero puede celebrarse válidamente con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (art. 49 CC), como ocurre en el presente caso, importa destacar, para esta Sala, que aunque la forma establecida por la ley del lugar de celebración sea válida, conforme al artículo 65 del Código civil es necesario (y seguirá siéndolo tras la reforma), para poder practicar la inscripción, comprobar que han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del matrimonio, lo que comprende tanto la capacidad matrimonial como la expresión del consentimiento matrimonial y el resto de los requisitos legales. Esta comprobación puede llevarse a cabo mediante la calificación de la «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración», siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española (art. 256.3.º del RRC) o, en ausencia de título documental suficiente, a través del expediente previsto en el artículo 257 del RRC, según el cual «el matrimonio solo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditarán debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos». En el expediente se comprende la audiencia reservada a los contrayentes (art. 246 del RRC). Se trata, en definitiva, de dar cumplimiento al principio de legalidad del Registro Civil, dirigido a evitar el acceso al mismo de un matrimonio nulo.

De forma que, por todo lo dicho, continúa la citada resolución manifestando que, a pesar que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 199 y 322 CC y 756 a 762 de la LEC), siempre

que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas. Es decir, la discapacidad intelectual, *per se*, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio. Asimismo, manifiesto que, puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente, la ausencia de informe médico tampoco determina *per se* la nulidad del matrimonio.

No obstante, precisa que, con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio».

A la vista de los hechos y de la doctrina expuesta, esta Sala considera que, no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*. Por otra parte, la inscripción del matrimonio en el Registro Consular, de acuerdo con la legislación vigente aplicable a la que antes se ha hecho referencia, requería que previamente el cónsul comprobara la capacidad matrimonial. De forma que, por todo lo dicho, considera que, en aras del principio del *favor matrimonii*, debe concluirse afirmando la aptitud de D. Álvaro para contraer matrimonio, puesto que, conociendo que se estaba tramitando un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, el juez le reconoció capacidad para presentar la demanda de divorcio frente a su anterior esposa y el cónsul no advirtió en la tramitación del expediente la falta de capacidad para otorgar consentimiento matrimonial. Frente a ello no puede prevalecer el informe elaborado durante el procedimiento de modificación de la capacidad y del que resulta que la enfermedad padecida por D. Álvaro desde fechas anteriores a la celebración del matrimonio le impedía, a otros efectos, gobernarse por sí mismo. Puesto que, por lo dicho, ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁸⁰.

Ciertamente, el Código civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322 CC), de manera que solo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacidad se entenderá constituido en este estado (arts. 199 y 200 CC y, 756 a 762 de la LEC). Esta presunción general de capacidad admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio porque el artículo 56.2 del Código civil, al igual que el artículo 58.5 párrafo segundo de la LRC y en la línea ambos de los postulados de la Convención, disponen que «(...) Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presente una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». La función del dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna

deficiencia o anomalía psíquica, siendo exigible solo en el caso excepcional de un mínimo discernimiento en la persona del contrayente. La solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyan por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio. Prueba de ello es la previsión contenida en el artículo 171 párrafo segundo, número cuatro del Código civil, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue «por haber contraído matrimonio el incapacitado», de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio. En todo caso, tal solución opera con catalogar el derecho del matrimonio entre los derechos humanos, su protección constitucional (arts. 32 y 53 de la CE) y los planteamientos de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad que, siente como principio general el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas [art. 3.a]) y que las medidas de apoyo que puedan adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (art. 12.4).

De ahí, la importancia del dictamen médico solo cuando se constate que, existen unas deficiencias o anomalías físicas o psíquicas que impiden totalmente gobernarse a la persona, pese a las medidas de apoyo adoptadas dice el artículo 56.2 del Código civil y, por ende, dotándole a aquel de excepcionalidad en su adopción. Con ello, se dota de máximo valor al juicio de capacidad que lleva a cabo el instructor del expediente o del acta —de acuerdo con el principio *pro capacitate* y proporcionalidad en la adopción de medidas de apoyo que exige la Convención—. En esta línea opera la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018 frente a la posición del voto particular. Precisamente, en el supuesto resuelto por la misma, aunque el matrimonio se contrae iniciado y tramitándose el procedimiento de modificación de la capacidad, el cónsul —al ser un matrimonio celebrado en el extranjero, en concreto en China entre D. Álvaro y D.^a Dulce— no advirtió previamente a la inscripción en el Registro Consular de dicho matrimonio, la falta de capacidad de D. Álvaro para otorgar el consentimiento matrimonial. Además, mientras se estaba tramitando el procedimiento de modificación judicial de la capacidad, el juez que estaba tramitando, a su vez, el divorcio de su primer matrimonio, le reconoció capacidad para presentar demanda de divorcio. A ello habría que añadir que, es relevante que, durante la tramitación del procedimiento de modificación judicial de la capacidad se tuviera conocimiento de la celebración del matrimonio, una vez dictada la sentencia de modificación judicial de la capacidad nada se dijera sobre la capacidad para contraer matrimonio y, además, no se procedió a ejercer la acción de nulidad matrimonial ni por el Ministerio Fiscal ni por la tutora y se esperó al fallecimiento de D. Álvaro, cinco años después.

Ciertamente, ni estar incapacitado ni padecer una discapacidad intelectual o enfermedad neurodegenerativa —tipo alzheimer— como padecía D. Álvaro ni la edad avanzada determinan por sí mismas la falta de aptitud para contraer matrimonio, si a juicio del instructor del expediente o del acta en la audiencia reservada a los contrayentes, o el Cónsul previamente a la inscripción entienden que, tienen ambos contrayentes en el momento de celebración del matrimonio la capacidad para contraerlo, para prestar el consentimiento. Y, si lo considera pertinente y, en todo caso excepcionalmente —como último recurso cuando no

pueden operar las demás medidas de apoyo— recabar dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Todo ello en aras del máximo respeto a la dignidad de la persona, al interés de la persona incapacitada, al principio *pro capacitate* y en este supuesto, al principio *favor matrimonii*⁸¹.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CARRIÓN OLMOS, S. (1981). En torno a la simulación del matrimonio civil, *Revista de Derecho Privado*, número 1, año LXV.
- DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a (2000). Comentario a los artículos 286 a 293 del Código civil. En: J. Rams Albesa y R. M.^a Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código civil*, T. II, vol. 2.^o, Barcelona: Bosch.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio y el derecho civil. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV. Derecho de Familia, 5.^a edición, Madrid: Edisofer.
- (2016). El sistema matrimonial, En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV. Derecho de Familia, 5.^a edición, Madrid: Edisofer.
- (2016). Comentario a los artículos 74 y 75 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- DURÁN RIVACOVA, R. (2016). Comentario al artículo 65 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- GETE-ALONSO Y CALERA M.^a DEL C. (1986). Comentario al artículo 286 del Código civil. En: M. Amorós Guardiola y R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coords.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid: Tecnos.
- LASARTE ÁLVAREZ C. (2010). *Principios de Derecho Civil*, T. I. Parte General y Derecho de la persona, 16.^a edición, Madrid: Marcial Pons.
- (2017). *Principios de Derecho Civil*, T. I. Parte General y Derecho de la persona, 23.^a ed., Madrid: Marcial Pons.
- (2017). *Principios de Derecho Civil*, T. VI. Derecho de Familia, 16.^a ed., Madrid: Marcial Pons.
- PARRA LUCÁN, M.Á. (2016). Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar. En: Pedro De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. I, vol. II. Derecho de la persona, reimpresión de la 5.^a edición de 2015, Madrid: Edisofer.
- PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?, *La Ley, 9 de septiembre*.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2008). La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV. Derecho de Familia, 2.^a ed., Madrid: Colex.
- SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio. En: Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. I, 2.^a edición, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- VENTURA VENTURA, J.M. Comentario del artículo 56 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 1986
- STS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1991
- STS, Sala de lo Civil, 31 de octubre de 1994
- STS, Sala de lo Civil, 28 de julio de 1998
- STS, Sala de lo Civil, 20 de noviembre de 2002
- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2009
- STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 2012
- STS, Sala de lo Civil, 24 de junio de 2013
- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 14 de octubre de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 17 de diciembre de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 4 de abril de 2017
- STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 2017
- STS, Sala de lo Civil, 8 de noviembre de 2017
- STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2018
- STS, Sala de lo Civil, 15 de marzo de 2018
- STS, Sala de lo Civil, 15 de junio de 2018
- STS, Sala de lo Civil, 18 de julio de 2018
- SAP Cáceres, secc. 1.^a, 27 de enero de 2000
- SAP Jaén, secc. 1.^a, 26 de marzo de 2002
- SAP Cádiz, secc. 2.^a, 14 de noviembre de 2006
- SAP Asturias, secc. 5.^a, 29 de noviembre de 2010
- SAP Guipúzcoa, secc. 3.^a, 18 de septiembre de 2012
- SAP Madrid, secc. 25.^a, 6 de junio de 2013
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, 21 de octubre de 2014
- SAP Tarragona, secc. 1.^a, 12 de febrero de 2015
- SAP Málaga, secc. 5.^a, 17 de diciembre de 2015
- SAP Palencia, secc. 1.^a, 5 de octubre de 2016
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, 28 de abril de 2017

NOTAS

¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999, 6938); y, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5204); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, de 22 de febrero de 1995 (AC 1995, 333); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, de 19 de noviembre de 1998 (AC 1998, 2073); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 8 de noviembre de 2001 (AC 2002, 284); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, de 2 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 701); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.^a, de 8 de julio de 2004 (AC 2004, 1244).

² La sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 11 de enero de 1994 (AC 1994, 19) señala que «(...) la imposibilidad para el autogobierno debe referirse a la capacidad general del sujeto ante la vida social, y no a su ineptitud ante una determinada relación o situación en que se encuentre, implicando pues, el autogobierno, una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial; y la valoración judicial de las repercusiones de una enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión, entendida en el sentido de conciencia suficiente de la propia actuación general, constituye la médula del sistema de incapacitación de la persona en nuestro derecho, debiendo centrarse la actuación del juez en precisar dos extremos: 1. Que la enfermedad o deficiencia efectivamente incide, es la conducta del presunto incapaz. 2. Que esa incidencia es de entidad

suficiente para impedir un comportamiento normal respecto de su persona y bienes o algunos de ambos extremos, debiendo tenerse en cuenta el contenido del artículo 210 del Código civil». Asimismo, *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 408); y, de 26 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 7845); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, de 4 de septiembre de 1997 (*AC* 1997, 1773); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.^a, de 15 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006, 30510).

³ *RJ* 2009, 2901.

⁴ *RJ* 2012, 9713.

⁵ *RJ* 1998, 3378.

⁶ *RJ* 1999, 7845.

⁷ *RJ* 2002, 10266.

⁸ *RJ* 2004, 4297.

⁹ *RJ* 1998, 6134. Asimismo, *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 3948); de 14 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4755); y, de 4 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5138).

¹⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4290).

¹¹ Artículo 211-3 dispone que: «*1. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente Código. 2. La plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad. 3. Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva atendiendo a la capacidad natural.*»

¹² *Vid.*, PARRA LUCÁN, M.Á. (2016) Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar. En: Pedro de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. I, vol. II Derecho de la persona, reimpresión de la 5.^a edición de 2015, Madrid: Edisofer, 134.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2957) señala que «la voluntad expresada en escritura pública dirigida a designar una persona contenida en el artículo 223 del Código civil que, también se aplica para la designación de curador, debe ser respetada por el juez que, solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija. Sobre la exigencia de motivar adecuadamente un nombramiento que se aparte del orden legal se ha pronunciado esta Sala en las sentencias de 1 de julio de 2014 y de 19 de noviembre de 2015. De forma específica, sobre la motivación necesaria para apartarse de la designación hecha por el interesado en escritura pública, se han pronunciado también las sentencias de 17 de julio de 2012 y 3 de junio de 2016». Y añade que «el juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección que, está por encima de la autonomía de la voluntad».

¹³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5726).

¹⁴ PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?, *La Ley*, 9 de septiembre, 10.

¹⁵ *RJ* 2009, 2901.

¹⁶ RTC 2002, 174.

¹⁷ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4755).

¹⁸ *RJ* 2015, 4755.

¹⁹ *RJ* 2015, 4900.

²⁰ *RJ* 2015, 5138.

²¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4518); y, de 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900).

²² *RJ* 2013, 3948.

²³ *RJ* 2016, 311.

²⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 2023); de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2311); de 4 de abril de 2017 (*RJ* 2017, 1505); y 6 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1062).

²⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4290).

²⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 3020).

²⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2207); de 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 5913); y, de 15 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2449).

²⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4518).

²⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900).

³⁰ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2207); de 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 5913); y, 6 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1062).

³¹ *RJ* 2018, 1478.

³² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 520); y, de 19 de febrero de 1996 (*RJ* 1996, 1413).

³³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 520); de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9483); de 26 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 7845); de 17 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5703); de 11 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 9713); y, de 16 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2207) entre otras.

³⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9483); de 11 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4428) demencia senil; y, de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2311) padecimiento de una pseudo demencia depresiva en relación con un trastorno adaptativo con un deterioro cognitivo que requiere apoyo y supervisión; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, 3 de noviembre de 1998 (*AC* 1998, 2471) diagnóstico de esquizofrenia con síntomas activos crónico delirantes; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 3.^a, 14 de mayo de 1999 (*AC* 1999, 1171) enfermedad psíquica consistente en un trastorno depresivo recurrente y un trastorno dissociativo; de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.^a, 27 de enero de 2000 (*AC* 2000, 406) esquizofrenia residual de carácter irreversible; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, de 26 de marzo de 2002 (*AC* 2002, 590) demencia vascular mixta cortical y subcortical con pronóstico totalmente progresivo; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, de 29 de julio de 2002 (*JUR* 2003, 27791); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.^a, de 14 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007, 165050) en un supuesto de demencia senil tipo alzheimer que supone una considerable limitación de sus facultades intelectivas y volitivas; de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.^a, 13 de marzo de 2007 (*AC* 2007, 1068) trastorno esquizoafectivo de tipo bipolar de la personalidad; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, 25 de enero de 2008 (*AC* 2008, 518) trastorno bipolar grave con síntomas psicóticos y trastorno mixto de la personalidad; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, de 29 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 2378) trastornos adaptables y trastornos mentales debidos a enfermedad médica y deterioro cognitivo por ictus cerebral hemorrágico; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 15 de marzo de 2011 (*AC* 2011, 1026) demencia neurodegenerativa primaria en estado moderado avanzado; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, de 26 de octubre de 2011 (*AC* 2011, 1594) enfermedad intelectiva crónica, irreversible y grave que le merma la capacidad de gobierno y administrar sus bienes; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 27 de septiembre de 2012 (*AC* 2013, 324) esquizofrenia paranoide de carácter crónico; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 12 de noviembre de 2013 (*AC* 2013, 2047) retraso mental ligero con esquizofrenia; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.^a, de 26 de septiembre de 2015 (*JUR* 2006, 30144) en un caso de demencia senil; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, de 17 de diciembre de 2015 (*AC* 2016, 144) deterioro cognitivo compatible con una demencia de alzheimer en grado avanzado; y, de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.^a, de 5 de octubre de 2016 (*AC* 2016, 1873) padecimiento de un ictus cerebro-vascular recurrente afecto de incapacidad tanto en el ámbito personal como patrimonial.

³⁵ *Vid.*, PARRA LUCAN, M.A. (2016). Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar, *op. cit.*, 137.

³⁶ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 520) persistencia «equivale a permanencia firme con independencia de su mayor o menor intensidad periódica, por lo que tal concepto de persistencia es perfectamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiestan en fases cíclicas»; de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9438); de 31 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 8004); y de 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4428); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 1.^a, de 11 de junio de 2002 (AC 2002, 1401) el concepto de persistencia es perfectamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiestan en fases cíclicas.

³⁷ *Vid.*, PARRA LUCÁN, M.Á. (2016). Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar, *op. cit.*, 137.

³⁸ Como precisa PARRA LUCÁN, M.Á. (2016). Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar, *op. cit.*, 138, se considera indiferente que la causa sea congénita o adquirida, por enfermedad, traumatismo, vejez (demencia senil) o producida por un acto voluntario o involuntario del sujeto (alcoholismo, estrupecuentes). *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 76134) para que se incapacite a una persona señala que «no solo es suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, lo cual puede perfectamente interpretarse en una patología permanente y con una intensidad deficitaria prolongada en el tiempo y mantenida en intensidad, o bien incluso con independencia de que pudieran aparecer oscilaciones o ciclos en que se agudiza mucho más la dolencia o patología, porque lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno tanto sea permanente como oscile en intensidad, impida a la persona gobernarse por sí misma»; de 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4428), demencia senil, enfermedad de carácter permanente e irreversible, lo que determina su incapacidad para autogobernarse; y, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5204) donde se señala que autogobierno significa «la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no solo los materiales, sino también los morales, y, por ende, la guarda de la propia persona» o, como dice un autor, «el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad, como en el plano económico o patrimonial». Desde el punto de vista médico, se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado). En el informe emitido por el médico forense contiene las siguientes consideraciones médico-forenses: «Don Mauricio presenta una tretalgia y una imposibilidad para la comunicación verbal; precisando de cuidados de forma continua, con imposibilidad de autogobierno para su persona»; las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5.^a, de 14 de febrero de 2000 (AC 2000, 374); de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. única, de 21 de marzo de 2000 (AC 2000, 1152); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.^a, 26 de marzo de 2001 (*JUR* 2001, 178887) que precisa al respecto en un tratamiento en conjunto de los requisitos esencial para que tenga lugar la incapacitación que «las enfermedades se supone que son trastornos con una evolución y un final. Se trata, pues, de un proceso en el tiempo. Por el contrario, las deficiencias son características estables en la persona que restringen sus posibilidades de conducta o vivencias, conscientes o inconscientes. Las deficiencias pueden ser consecuencia de una enfermedad, bien puede tener un origen genético o congénito. También pueden ser inherentes a la estructura, personalidad o circunstancia de educación o vida del sujeto. Las deficiencias son un deterioro o impedimento, psíquico o físico, de carácter previsiblemente estable. Más no todas las enfermedades ni deficiencias son causa de incapacitación, que alguna de ellas actúan solo como concretas limitaciones, desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, el legislador de 1983 no ha puesto la nota definitoria de las causas de incapacitación en la naturaleza de la enfermedad o deficiencia, física o psíquica, sino en el carácter persistente o duradero de la misma, pues no se trata de atender a la protección ocasional del enfermo, lo que es posible atender por otras vías, sino

de atender de manera estable, mediante el correspondiente órgano de guarda, su incapacidad para gobernarse a sí mismo. Por otro lado, el carácter persistente de la enfermedad por sí solo no es suficiente para la incapacitación sino que se requiere también, como consecuencia de la misma, que el sujeto sea incapaz de gobernarse por sí mismo, significando tal expresión: guiarse o dirigirse en el ejercicio de sus derechos civiles y viene a constituir el presupuesto *sine qua non* para la incapacitación de la persona. El autogobierno implica, pues, una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial y la valoración judicial de las repercusiones de una enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión, entendida en el sentido de consecuencia suficiente de la propia actuación general y constituye la médula del sistema de incapacitación de la persona en nuestro derecho»; de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.^a, de 7 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 566); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, de 18 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 1201); de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1.^a, de 22 de noviembre de 2006 (*AC* 2006, 2317); y, de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.^a, de 13 de marzo de 2007 (*AC* 2007, 1068).

³⁹ *RJ* 1991, 9483.

⁴⁰ *RJ* 1999, 7845.

⁴¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 6134); de 20 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 10266); de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5204); y, de 29 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 2901).

⁴² La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 2023) señala que «el juicio de capacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica»; y, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 18 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2957) dispone que «el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto debe adaptarse a la concreta necesidad de proyección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta Sala ha calificado como traje a medida (sentencias de 1 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4518); de 11 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4290); de 7 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 934); de 6 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1062)) que es lo que debe conducir el resultado del juicio de la capacidad de una persona».

⁴³ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 13 de abril de 2000 (*AC* 2000, 3801); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.^a, 6 de mayo de 2002 (*AC* 2002, 1066); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.^a, 14 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 42625); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 18 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 1201).

⁴⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4760) incapacitación parcial a la esfera personal, asistencia a citas médicas y control de la medicación; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.^a, 2 de junio de 2003 (*AC* 2003, 2224); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.^a, 28 de enero de 2008 (*AC* 2008, 525) incapacitación parcial que abarca el ámbito personal; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 16 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 268655) grado de discernimiento suficiente para los actos cotidianos; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, de 13 de noviembre de 2015 (*AC* 2015, 1700); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, de 14 de junio de 2016 (*AC* 2016, 1508); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.^a, de 11 de julio de 2016 (*AC* 2016, 1639); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, de 17 de octubre de 2017 (*AC* 2017, 1426).

⁴⁵ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 5.^a, 7 de mayo de 2004 (*AC* 2004, 865); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.^a, 7 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 566); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, 16 de diciembre de 2005 (*AC* 2005, 2297); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.^a, de 19 de julio de 2016 (*AC* 2016, 1532).

⁴⁶ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2012 (*RJ* 201270713); de 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900); de 4 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5138); de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2311); de 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 5913); y, de 15 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2449). Asimismo, *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, 30 de marzo de 2004 (*AC* 2004, 1478); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, de 26 de mayo de 2016 (*AC* 2016, 1624); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 11 de noviembre de 2016 (*AC* 2016, 1824).

⁴⁷ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4518); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 21 de octubre de 2014 (*JUR* 2014, 295077); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, de 12 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 118114); y, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, secc. 4.^a, de 28 de abril de 2017 (*JUR* 2017, 147471).

⁴⁸ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio y el derecho civil. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 5.^a edición, Madrid: Edisofer, 70.

⁴⁹ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El sistema matrimonial, *op. cit.*, 85.

⁵⁰ *Vid.*, la Orden JUS, 577, 2016, de 19 de abril de sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso.

⁵¹ SERRANO GÓMEZ E. (2017). La celebración del matrimonio. En: Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. I, 2.^a edición, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 556.

⁵² DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 115.

⁵³ La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 7.^a, 26 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004, 60416) define consentimiento matrimonial como «la declaración de voluntad dirigida a la unión entre hombre y mujer caracterizado por respetarse y ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia, vivir juntos y guardarse fidelidad».

⁵⁴ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 565-566.

⁵⁵ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 125.

⁵⁶ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 571.

⁵⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4760); y, 7 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 934).

⁵⁸ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 2 de octubre de 2000 (*JUR* 2001, 163688).

⁵⁹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 30 de septiembre de 1997 (*AC* 1997, 2022).

⁶⁰ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 585; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 134. *Vid.* asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, de 1 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 81347); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 25.^a, de 6 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 211268).

⁶¹ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 585.

⁶² DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 134-135.

⁶³ CARRIÓN OLMO, S. (1981). En torno a la simulación del matrimonio civil, *Revista de Derecho Privado*, número 1, año LXV, 57; SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 585.

⁶⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.^a, de 27 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 531); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, de 31 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 183580); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.^a, de 14 de abril de 2011 (*AC* 2011, 1192); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 20 de octubre de 2012 (*AC* 2013, 992); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, de 12 de septiembre de 2013 (*AC* 2013, 2390); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 17 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 70958).

⁶⁵ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 586. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 19 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 155630); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.^a, de 18 de septiembre de 2012 (*JUR* 2014, 152305); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.^a, de 30 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 98543); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.^a, de 30 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 1041).

⁶⁶ En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2208) en relación con la acción de nulidad de un matrimonio ejercida por los hermanos del esposo, tras su fallecimiento, alegando que padecía discapacidad intelectual pero que no se exigió un dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento, la Sala rechazó que la sentencia que desestimó la demanda de nulidad infringiera el artículo 56 del Código civil al «no constar acreditado que el encargado del Registro Civil en su entrevista reservada percibiese esas deficiencias o anomalías psíquicas en el contrayente, como tampoco las percibió el notario autorizando el poder mencionado en el resumen de antecedentes o de la participación de las herencias de sus padres».

Por su parte, VENTURA VENTURA, J.M. Comentario del artículo 56 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2016, 397 señala al respecto que, el instructor puede advertir las deficiencias o anomalías psíquicas del contrayente incluso antes del trámite de audiencia reservada, aunque precisa a continuación que, es seguramente este momento el más propicio para que aquel se cerciore sobre el particular.

⁶⁷ *Vid.*, la resolución de la DGRN de 10 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999, 10139) establece al respecto que la exigencia de dictamen médico «está limitada al caso en que “alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas”»; de forma que «si el autorizante del matrimonio juzga por sí que un enfermo físico tiene la conciencia suficiente para contraer matrimonio, no hay razón para exigir un certificado médico».

⁶⁸ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.^a, 5 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002, 18905) falta de acreditación por el actor-apelante de que tuviese uno de los contrayentes sus facultades intelectuales y volitivas anuladas o sensiblemente disminuidas al momento de contraer matrimonio. Padecimiento ese mismo año de un infarto extenso temporal-parietal derecho, generador de limitaciones orgánicas, sin que ello sea revelador se una ausencia de consentimiento matrimonial; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.^a, 28 de enero de 2002 (*AC* 2002, 87) ausencia de pruebas que determinasen una perturbación de sus facultades mentales que anulase o disminuyesen sus facultades intelectivas y volitivas en el momento de celebrar el matrimonio.

⁶⁹ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 563.

⁷⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.^a, de 13 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 154208).

⁷¹ DURÁN RIVACOVA, R. (2016). Comentario al artículo 65 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 440-441 señala que son tras las hipótesis fundamentales: «La primera es el matrimonio canónico (...). 2. En que se haya podido contraer matrimonio sin expediente civil previo preceptivo aglutina las diversas fórmulas de sus tipos especiales: el matrimonio en peligro de muerte (...). 3. Por último, el matrimonio celebrado en el extranjero con arreglo a la *lex loci* y el contraído por los extranjeros en España según la forma permitida por su ley personal también deben someterse a este sistema de inscripción, cuando sea oportuno (art. 256.3 y 4 RRC)».

⁷² *Vid.*, la resolución de la DGRN de 11 de diciembre de 1996 (*RJ* 1997, 7377).

⁷³ DURÁN RIVACOVA, R. Comentario al artículo 65 del Código civil, *op. cit.*, 441.

⁷⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4297) consentimiento otorgado por contrayente con trastorno depresivo en fase aguda y de extrema gravedad que, reduce su capacidad cognoscitiva y volitiva, teniendo pensamientos negativos e ideas autodestructivas que, le impiden tomar decisiones.

⁷⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de abril de 2001 (*RJ* 2002, 1400) legitimación activa del tutor de la hermana ya fallecida.

⁷⁶ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 74 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 459.

⁷⁷ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 460, manifiesta que «la legitimación de los padres o tutores es extraordinaria y de origen legal: por eso es técnicamente razonable que el precepto la extienda a los guardadores y hayan de entenderse legitimados los padres aunque hubieran sido privados de la patria potestad». Y añade que «a pesar del tenor del artículo 222.4 del Código civil, la Entidad Pública y los acogedores carecen de la legitimación que se ocupa el artículo 75, debiendo limitarse, si consideran que lo requiere el interés de aquél, a solicitar su ejercicio al Ministerio Fiscal (art. 174 CC)».

⁷⁸ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 148-149.

⁷⁹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1992 (*RJ* 1992, 2014) establece como requisitos del artículo 98 del Código civil: 1. Que el matrimonio haya sido declarado nulo, ya sea por sentencia civil, o en su caso, canónica, pero en esta última eventualidad, se exigirá que haya cumplido la condición necesaria e ineludible para producir efectos civiles, cual es que haya sido previamente declarado ajustado al Derecho del Estado, o lo que es igual a nuestro ordenamiento jurídico, por los tribunales civiles correspondientes, según establece el artículo 80 del Código civil en relación con los acuerdos jurídicos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979; 2. Que el reclamante tenga la condición de cónyuge de buena fe; de ahí que, el derecho a la indemnización no exista cuando concurre en ambos, la producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al artículo 1195 del Código civil ni tampoco cuando en uno y otro se dé mala fe, al carecer en estos casos, la indemnización de toda razón de ser y consistencia, al faltar uno de los presupuestos a los que se supedita si reconocimiento; y 3. La existencia de una convivencia anterior durante su vigencia, creadora de una apariencia de matrimonio, pero sin que se exija un tiempo mínimo al respecto. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.^a, de 4 de abril de 1996 (AC 1996, 806); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.^a, de 2 de junio de 1997 (AC 199771284); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 13 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012, 22967).

⁸⁰ Se formula voto particular por el Magistrado Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas en base a los considerando que, de acuerdo con los artículos 45, 56 y 73 del Código civil, D. Álvaro no tenía capacidad para otorgar el consentimiento matrimonial. El problema de D. Álvaro no era solo el padecimiento de una enfermedad, ni la discapacidad *in genere* sino una notoria incapacidad para comprender y querer, en relación con el consentimiento matrimonial. La protección del discapaz no se alcanza exclusivamente con la ampliación de su autonomía, dado que una eficaz ayuda del discapaz también conlleva la restricción de aquellas facultades para cuyo ejercicio no está preparado, garantizando que pueda desarrollarse, personal, social y económicamente sin interferencias injustificadas de terceros.

En conclusión, el magistrado que formula el presente voto particular entiende que, el recurso de casación interpuesto debió ser desestimado.

⁸¹ En línea también con los postulados de la Convención de las Naciones Unidas y en relación con la capacidad de testar de un incapacitado judicialmente conforme al artículo 665 del Código civil, aplicando el principio *favor testamenti* y la presunción general de capacidad de todo mayor de edad se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 15 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1090) siendo la misma ponente de esta sentencia que, la analizada en este estudio relativa al matrimonio —Excmo. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán—.

1.3. Derechos reales

Cobertura hipotecaria de intereses moratorios y remuneratorios

Mortgage coverage moratorium and remunerative interests

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: La reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 2018 vuelve a pronunciarse sobre un tema que podríamos denominar clásico pero que ha tenido sus etapas de variación en la interpretación jurisprudencial: la posibilidad de establecer límites máximos de cobertura hipotecaria de 5 años, de forma independiente o no, para cubrir los intereses de demora y remuneratorios. Es decir, si el límite del 114 LH de 5 años máximo de intereses garantizados con hipoteca es común a ambos tipos de intereses o debe entenderse que puede asegurarse con aquella un máximo de 5 años de moratorios y otros 5 de remuneratorios.

Dedicamos estas líneas a repasar la doctrina jurisprudencial existente en torno a este problema, y la solución que nos ofrece el Centro Directivo al respecto.

ABSTRACT: *The recent decision of the Dirección General de los Registros y del Notariado of February 16, 2018, returns to pronounce on a topic that has had its stages of jurisprudential variation: the possibility of establishing maximum limits of mortgage coverage of 5 years, independently or not to cover default and remuneration interests. That is to say, if the limit of the 114 LH of 5 years of interest secured by a mortgage is common to both types of interest, or it should be understood that a maximum of 5 years of moratoriums and 5 years of remuneration can be guaranteed. We dedicate these paper to review the jurisprudential doctrine existing around this problem, and the solution offered by the Dirección General in this regard.*

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Intereses. Mora. Cobertura hipotecaria.

KEY WORDS: *Mortgage. Interests. Moratory interest. Mortgage coverage.*

SUMARIO: I. RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA POR INTERESES MORATORIOS Y REMUNERATORIOS.—II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL LÍMITE DE COBERTURA HIPOTECARIA: 1. PRIMERA FASE: LÍMITE CONJUNTO. 2. SEGUNDA ETAPA: LÍMITE COMÚN PERO AUTÓNOMO PARA CADA TIPO DE INTERÉS.—III. CONCLUSIONES.—IV. RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA POR INTERESES MORATORIOS Y REMUNERATORIOS

La responsabilidad hipotecaria, o cantidad de dinero de la que responde la finca hipotecada, alcanza —como todos sabemos— al principal del préstamo, a los intereses remuneratorios y moratorios y a las costas y gastos que genere el posible incumplimiento del deudor hipotecario.

Esta cantidad debe quedar perfectamente determinada en la escritura de constitución de hipoteca, y debe especificarse la parte de garantía o responsabilidad que corresponde a cada uno de los parámetros indicados, a saber, cuánto responde la finca por principal, cuánto por intereses y cuánto por costas y gastos, como consecuencia de las exigencias del principio de especialidad registral.

Por lo tanto, y centrándonos en el objeto de examen de este artículo, el principio de especialidad va a exigir que los intereses cubiertos, asegurados, con la hipoteca queden perfectamente descritos y concretos. Por eso, y para dar debido cumplimiento a dicho principio, deberá especificarse qué tipo de intereses son (moratorios, remuneratorios, fijos variables...), y la cuantía a la que asciende la responsabilidad hipotecaria sobre ellos.

1. LA CLASE DE INTERÉS DE QUE SE TRATA: REMUNERATORIOS O MORATORIOS

El artículo 12 LH establece que en la inscripción de la hipoteca se expresará «el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración». En principio, parece que cuando habla de «intereses pactados», se refiere a los intereses remuneratorios o convencionales. Son los intereses «normales», como dice PAU PEDRÓN¹, «los que se producen por el transcurso del tiempo que media entre la obtención de un crédito y su restitución»; o, como de manera más gráfica expresa YSAS SOLANES², son «el precio del préstamo», es decir, lo que cuesta obtener la financiación solicitada.

¿Solo deben expresarse y garantizarse con hipoteca los intereses ordinarios o remuneratorios? Creemos que no, porque también pueden existir intereses moratorios o de demora. Estos intereses son los que se devengan desde el momento del incumplimiento de la obligación, como sanción a esa falta de cumplimiento. Por lo tanto, se diferencian de los anteriores en que no existen en el momento de la constitución de la hipoteca; solo nacen si se incumple la obligación, en consecuencia, su existencia y cuantía resulta indeterminada.

Sin embargo, pueden llegar a devengarse y tener que pagarse, por lo que deben estar garantizados también con la hipoteca, debe estar al menos previsto que exista un tanto de responsabilidad hipotecaria que los cubra. Por eso, esta indeterminación se soluciona mediante un pacto expreso que contemple tal posibilidad y la fijación de un máximo de responsabilidad hipotecaria que los garantice (hipoteca de máximo; RRDRGN de 20 de mayo de 1987; 23 y 26 de octubre de 1987; 24 de agosto de 1998). Su tipo de interés será distinto al de los remuneratorios y, probablemente, más elevado que el de aquellos, pues, en palabras de YSAS SOLANES³, «la estipulación de los intereses de demora actúa como una cláusula penal, ya que siempre suponen un tipo no tan solo superior al tipo legal sino por encima del de los intereses remuneratorios pactados. Así la pena sustituirá la indemnización de daños y el abono de los intereses en caso de incumplimiento».

Los intereses remuneratorios y los moratorios son evidentemente distintos, como acabamos de exponer, en su naturaleza, finalidad y garantía. La diferencia entre uno y otro tipo de intereses la proclama, asimismo, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado diciendo que uno y otro tipo tienen naturaleza y régimen distintos, ya que «los remuneratorios nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados; los moratorios, no derivan directamente del contrato, sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior de una de las partes. Unos y otros van a tener distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria» (RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987). Igualmente, la estipulación de los intereses moratorios «anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad cuya ejecución precisará la previa construcción del título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diera lugar. En cambio, tratándose de los intereses remuneratorios, el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono, cuyo importe, además, resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el periodo considerado» (RRDGRN de 20 de mayo de 1987). De estas resoluciones, se extrae, como consecuencia de su distinta naturaleza, la imposibilidad de englobar, ambos conceptos, bajo una misma cifra de responsabilidad hipotecaria, tal y como se verá en posteriores líneas.

2. CUANTÍA DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA POR ESTE CONCEPTO, TAL Y COMO ESTABLECE EL ARTÍCULO 12 LH

Como acabamos de ver son intereses distintos, y ambos deben estar asegurados por la hipoteca, pero ¿en qué cuantía deben estar asegurados? Hay que especificar hasta qué punto o cuantía responde la finca hipotecada por ese concepto. Esta determinación de la responsabilidad hipotecaria se hará mediante la fijación de un tipo o porcentaje sobre la cantidad total del principal garantizado con hipoteca, y su traducción al montante en euros en que consista dicho porcentaje. Si se trata de intereses remuneratorios variables, cuya cantidad es desconocida *a priori* por cambiar en el tiempo, o bien, son intereses moratorios que, como ya se ha dicho, se desconoce *ab initio* hasta su propia existencia, pues no es seguro que se generen, ya que derivan del incumplimiento; habrá que establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria por resultar imposible su determinación exacta en el momento de la constitución de la hipoteca, y por tanto de su inscripción. Por eso, decimos que se establece un tope máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses, a modo de una hipoteca de máximo o seguridad, para su inscripción y oponibilidad frente a terceros.

La cuantía de esa responsabilidad hipotecaria, de ese máximo de cobertura, debe tener unos límites que no pueden sobrepasarse, precisamente por la oponibilidad frente a terceros que debe tener, por el carácter real de la responsabilidad hipotecaria, con independencia del alcance o cuantía que los intereses (remuneratorios y moratorios) puedan tener entre las partes, derivados de la relación obligacional que hace que surjan.

Esa diferencia se ha puesto de relieve por la RDGRN de 21 de marzo de 2017, y es la que justifica los límites máximos de los que, frente a terceros, puede responder una finca hipotecada por intereses. En este sentido, esta resolución

afirma que «los intereses ordinarios en cuanto retributivos de la concesión del préstamo o crédito tienen un origen contractual en la medida que solo se devengan si las partes así lo establecen debiéndose estar al contenido pactado para determinar su cuantía determinada o determinable así como su vencimiento que puede coincidir o no con el de la obligación principal. Las partes no tienen más límite que el derivado de la aplicación de los principios generales en materia de obligaciones (art. 1255 CC [LEG 1889, 27]), o aquellos derivados de normas que puedan incidir en la validez de lo pactado (usura, condiciones generales).

Pactados los intereses remuneratorios de una obligación, la posibilidad de cobertura hipotecaria está expresamente regulada en el ordenamiento jurídico (art. 12 de la Ley Hipotecaria [RCL 1946, 886]) pero con la importante matización de que la eficacia *«erga omnes»* derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad impone unas limitaciones que trascienden las propias del Derecho Civil, de modo que los planos, civil e hipotecario, no se superponen sino que se complementan cada uno en su respectivo ámbito de eficacia. De este modo, la cobertura de garantía de los intereses ordinarios o remuneratorios pactados viene determinada, desde el punto de vista hipotecario, por dos aspectos que no pueden soslayarse.

Y esos dos aspectos son, como continua la resolución citada, el hecho de que la acción hipotecaria solo podrá ejercitarse sobre la base de los extremos recogidos en el asiento de inscripción, y eso implica que la cobertura hipotecaria solo alcanza a las obligaciones garantizadas y en la medida en que lo hayan sido; y el segundo aspecto es que esa cobertura hipotecaria, esa cuantía de los intereses moratorios y remuneratorios, está sujeta a unos límites distintos a los propios derivados de las normas generales del Derecho civil; límites que son estructurales de cualquier derecho real inscrito, y particulares de la obligación accesoria de intereses por decisión del legislador.

Los límites a la cobertura hipotecaria por intereses son consecuencia del principio de determinación o especialidad registral, y deben aparecer siempre reflejados. Los límites a la responsabilidad por intereses se encuentran regulados en el artículo 114 LH, y son los siguientes:

- a) Si la finca hubiera pasado a manos de un tercer poseedor, este al desconocer el montante de los intereses, no puede verse afectado más que por los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente. Por lo tanto, la finca hipotecada no responderá más que por máximo de 2 años. Salvo que se hubiera pactado lo contrario.
- b) Si, por el contrario, la finca permaneciera en poder del deudor hipotecante, las partes podrán pactar que la hipoteca asegure intereses por el plazo que consideren oportuno. Ahora bien, en ningún caso, dicho plazo podrá exceder de cinco años (arts. 114. 2 LH y 220 RH y, STS de 12 de marzo de 1985). Límite que también afecta al caso descrito en el apartado anterior.

II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL LÍMITE DE COBERTURA HIPOTECARIA

1. PRIMERA FASE: LÍMITE CONJUNTO

Los límites de 2 años, si existe tercer poseedor de finca hipotecada, o de 5 años de cobertura hipotecaria de intereses en cualquier caso ¿deben aplicarse

solo a los intereses remuneratorios, o, por el contrario, también a los moratorios?, y en este caso, habría que volverse a cuestionar si debe hacerse conjunta o separadamente respecto a aquellos.

Conviene pararse en este punto y analizar la evolución doctrinal y jurisprudencial en torno a este artículo 114 LH.

Los límites a la responsabilidad hipotecaria por intereses, frente a terceros, están recogidos como ya hemos dicho en el artículo 114 LH que establece que «salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devenga interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años».

No hay duda de que estos límites rigen y son efectivos con respecto a los intereses remuneratorios u ordinarios, y se han establecido para evitar que cuando la finca hipotecada hubiera pasado a manos de un tercer poseedor, ese tercero, ajeno al crédito garantizado, se vea demasiado perjudicado por este concepto, y se eviten préstamos usurarios. Tradicionalmente, la DGRN ha entendido que el límite establecido en el artículo 114 LH debe aplicarse conjuntamente a la responsabilidad hipotecaria por intereses tanto ordinarios como moratorios. En efecto, a pesar de mantener en repetidas ocasiones la distinta naturaleza de unos y otros, lo cual conduce a rechazar taxativamente que puedan agruparse bajo una misma cifra de responsabilidad hipotecaria (RRDGRN de 20 de mayo, 23 y 26 de octubre de 1987, 22 de julio de 1996), reconoce que, de manera excepcional, rige para uno y otro tipo de intereses el límite máximo de las cinco anualidades prescrito por el artículo 114 LH que «a esos solos efectos» pueden computarse conjuntamente, como dice la RDGRN de 22 de julio de 1996 «por razones de seguridad del tráfico jurídico y en evitación de la excesiva acumulación de intereses impagados, respecto de los intereses ordinarios y los de demora rige el límite máximo imperativo de las cinco anualidades prescrito por el artículo 114 LH, que a estos efectos deben ser computados conjuntamente».

Probablemente, sean las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987 las que con más detalle marcaron esta doctrina. En efecto, en estas resoluciones, el Centro Directivo afirmaba que «en el concepto intereses se ha querido englobar —a efectos de extensión de la garantía hipotecaria— tanto los intereses convenidos en retribución del préstamo (intereses remuneratorios) como los intereses producidos por no cumplirse a su tiempo la obligación de devolver la cantidad prestada (intereses moratorios). El registrador se opone a esta cifra global por exigirlo el principio de determinación. Y tiene también en esto, razón, porque una y otra obligación por intereses tienen naturaleza y régimen distintos; los remuneratorios nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados; los moratorios, no derivan directamente del contrato, sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior de una de las partes. Unos y otros van a tener, por consiguiente, distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria. Como la hipoteca puede, en principio, garantizar todo tipo de obligaciones, cabrá también extender la hipoteca a esta otra obligación que no deriva directamente del contrato de préstamo. Pero, por exigencia del principio de especialidad —(cf. arts. 9.^º y 12 de la Ley Hipotecaria) (RCL 1946/342, 886 y NDL 18732)— ni puede englobarse la cifra por intereses moratorios en la hipoteca por costas y gastos —como se dijo ya en la resolución de 29 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5200)—, ni puede englobarse, tampoco, en la cifra por intereses de préstamo; por el contrario, de quererse que también estos intereses resulten

hipotecariamente garantizados deben precisarse separadamente, en cuanto a esta otra obligación futura garantizada, las circunstancias que la identificarán y la cifra máxima de responsabilidad. Si bien rige, para uno y otro tipo de intereses —que a estos solos efectos deben ser computados conjuntamente— el límite máximo imperativo de las cinco anualidades prescrito por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Por lo demás, excluidos los intereses moratorios de la cobertura hipotecaria ahora debatida, no procede examinar las otras cuestiones relacionadas con ellos a que se alude en el defecto 3.^º de la nota recurrida».

Según las resoluciones que se acaban de transcribir, parecía clara la doctrina de la diferenciación de ambos intereses, pero, a pesar de ello, podía interpretarse que es posible la aplicación a ambos de los límites del 114 LH, que a «esos solos efectos deben computarse conjuntamente». Por tanto, de las palabras de la DGRN en estas resoluciones parecía mantenerse lo siguiente: a) que los intereses moratorios y remuneratorios deben garantizarse separadamente, y no bajo una misma cifra de responsabilidad hipotecaria, debido a su distinta naturaleza; b) y que, excepcionalmente, el límite máximo imperativo del artículo 114 LH debe aplicarse al conjunto de los intereses moratorios y remuneratorios.

Parte de la doctrina⁴ interpretó de esta forma las resoluciones de la DGRN, adhiriéndose a la misma, considerando que los intereses de demora debían ser computados conjuntamente con los remuneratorios, a los efectos del límite establecido en el artículo 114 LH, y exclusivamente para ello, a pesar de que no cabe duda de sus distinta naturaleza y de la imposibilidad de que se engloben bajo una misma de responsabilidad hipotecaria. Las razones que justificarian esta excepción (la de computar conjuntamente el límite de los 5 años para ambos tipos de intereses) podían ser, como recogía GARCÍA DURANGO⁵, que esta solución era la más consecuente con nuestro sistema legal basado en el tope de intereses más ampliación de hipoteca, y que de esta manera se podrían evitar posibles fraudes, o la acumulación de intereses ocultos impagados, o manipulaciones y abusos con respecto a los intereses moratorios. En el mismo sentido, la RDGRN de 13 de marzo de 2002 y la RDGRN de 22 de julio de 1996 recogen como justificación de esta idea, «La histórica protección a los terceros. 2.^º El aforismo “donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir”. Los artículos citados establecen un tope genérico y no distinguen entre ambos intereses. 3.^º El firme designio legal de favorecer el crédito territorial y evitar la amortización inmobiliaria que resultaría de la excesiva acumulación de responsabilidad hipotecaria en gran parte meramente potencial y eventual, que imposibilitaría en la práctica la contratación de segundas hipotecas. 4.^º La posibilidad de que se abriría al fraude de la ley, mediante manipulaciones con los intereses moratorios, de tipo sensiblemente más alto que los ordinarios».

Otros autores⁶, por el contrario, rechazaron esta postura doctrinal y, basándose en la distinta naturaleza de unos y otros intereses, consideraban que el límite del 114 LH debía aplicarse también a los moratorios, pero, de forma autónoma, y no conjunta a los remuneratorios.

Por mi parte, considero más acertada esta segunda idea. En efecto, los intereses remuneratorios u ordinarios son «los que se producen por el transcurso del tiempo que media entre la obtención de un crédito y su restitución», o más gráficamente, podemos decir que son «el precio del préstamo». Asimismo, las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987 añaden que «nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados» y «el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono» (RDGRN de 20 de mayo de 1987). Los intereses de

demora, sin embargo, se devengan desde el momento del incumplimiento de la obligación, como sanción a esa falta de cumplimiento, siendo esta su verdadera naturaleza, admitida, asimismo por las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987; y, como dice YSAS SOLANES⁷, su estipulación actúa como una cláusula penal, lo que justifica que su tipo sea superior al de los remuneratorios, pues así la pena sustituirá la indemnización de daños y el abono de los intereses en caso de incumplimiento. Por lo tanto, no existen a la constitución de hipoteca, solo nacen si se incumple la obligación y, en consecuencia, su existencia y cuantía resultan indeterminadas.

En consecuencia, entiendo que su distinta naturaleza da lugar a que uno y otro tengan distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria, ya que estarán garantizados por hipotecas muy diferentes: ordinaria o de tráfico para los remuneratorios (la obligación ya ha nacido y está determinada), e hipoteca de seguridad con fijación de un tipo máximo para los remuneratorios (pues se desconoce si la obligación llegará a nacer y la cuantía). Luego, por el mismo principio de especialidad no puede entenderse incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora y a los ordinarios conjuntamente. Pero, además, creo que por estas mismas razones, tampoco puede aplicarse globalmente el límite que establece el artículo 114 LH al conjunto de ambos intereses, ya que esto no sería congruente con naturaleza y regímenes tan distintos. Ya que si, por su distinta naturaleza, deben garantizarse de forma separada, y deben estar perfectamente diferenciadas las responsabilidades hipotecarias correspondientes, no se entiende que luego hayan de computarse conjuntamente a los efectos del límite del artículo 114 LH.

Por todo ello, interpreto que el límite que establece el artículo 114 LH se aplica propiamente a los intereses ordinarios, pero, no obstante, y por analogía, debe aplicarse, también, a los moratorios, si bien, ha de hacerse de forma autónoma para cada uno de ellos, y no pueden ser computados conjuntamente, ni para «esos solos efectos».

2. SEGUNDA ETAPA: LÍMITE COMÚN PERO AUTÓNOMO PARA CADA TIPO DE INTERÉS

Estas ideas que se acaban de expresar han sido las que la propia DGRN ha querido confirmar, ya que, a raíz de la resolución de 18 de diciembre de 1999, cambió, si no el sentido de su doctrina, sí que dio las pautas de cómo debían interpretarse las afirmaciones contenidas en las resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, que era precisamente con una interpretación favorable a que cada clase de interés (moratorio y remuneratorio), tenía como límite los 5 años del 114 LH, pero de forma autónoma para cada uno de ellos, pues era lo coherente con su distinta naturaleza y finalidad.

Es decir, no es que cambiara la doctrina jurisprudencial, más bien, se aclaró por parte del Centro Directivo cómo debían interpretarse las palabras contenidas en dichas resoluciones. De este modo, y a partir de esta resolución de 1999, no podía interpretarse que el límite del 114 LH fuera un límite conjunto que englobara en los 5 años, tanto los años de remuneratorios como de moratorios.

En concreto, la RDGRN de 18 de diciembre de 1999 afirmó: «la doctrina de este Centro Directivo de la computación conjunta de los intereses ordinarios y moratorios tampoco es argumento para rechazar la inscripción ahora pretendida, pues, con esa doctrina no se quiere afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios e intereses

de demora, mas respetando esta exigencia, ningún obstáculo hay para reclamar todos los intereses, tanto remuneratorios como moratorios devengados y cubiertos por las respectivas definiciones —dentro de los máximos legales— de la garantía hipotecaria, aun cuando se reclamen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios del mismo periodo, si así procediera por ser distintas y de vencimientos diferentes las cantidades que devengaron unos y otros.

Esta interpretación es la que ha sostenido la Dirección General en sucesivas resoluciones, hasta la actualidad; baste ver en el mismo sentido las que le han seguido entre las cuales se pueden citar las RRDGRN de 17 de marzo, 15 y 17 de abril, y 20 de noviembre de 2000; 18, 19 y 25 de octubre de 2001; 29 y 30 de noviembre de 2002, por lo que podemos considerar que se ha puesto fin a las dudas en torno a esta materia, y cómo deben entenderse las palabras de las resoluciones de 1987. Sin embargo, siguen produciéndose resoluciones en las que la Dirección General debe volver a repetir lo ya establecido hace 20 años, pues, sorprendentemente, algunos registradores siguen considerando que ese límite de 5 años debe ser conjunto para los intereses remuneratorios y moratorios.

Abunda esta incertidumbre, la reciente resolución de 21 de marzo de 2017, después de confirmar la diferente naturaleza de ambos tipos de intereses, y la posibilidad de su diferentes coberturas, devengos y vencimientos, hace la siguiente afirmación: «Por otro lado, especial importancia tiene la limitación temporal de cobertura establecida en el artículo 114 LH que impone que, cualquiera que sea la duración de la obligación garantizada y de los intereses remuneratorios pactados, la hipoteca no garantice intereses, ordinarios o moratorios, por plazo superior a cinco años». ¿Vuelve el Centro Directivo a introducir incertidumbre sobre un posible límite conjunto?

Así pareció entenderlo el registrador que calificó la escritura de préstamo hipotecario que dio lugar a la resolución que inicialmente se comentaba, la de 16 de febrero de 2018 que, alegando la interpretación anterior de las resoluciones de 1987 y el párrafo que acabamos de señalar de la resolución de 2017, entendió que no procedía la responsabilidad hipotecaria establecida para intereses moratorios y ordinarios, por alcanzar casi 71 meses, es decir 6 años, entre ambas, excediendo por tanto del límite de 5 años —conjunto— del 114 LH.

Afortunadamente, la RDGRN de 16 de febrero de 2018 volvió sobre este ¿superado? asunto, y volvió a confirmar la interpretación que ya el Centro Directivo había establecido a partir de la resolución de 1999, dejando por enésima vez su postura clara: No existe un límite conjunto de 5 años de responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios y moratorios; nada impide, por la diferente naturaleza, vencimiento, cobertura y devengo de cada uno de ellos, que ese límite común —en el sentido de que se aplica a los dos— sea autónomo e independiente uno del otro, permitiéndose, si ese fuera el caso, que se garanticen hasta un máximo de 5 años de intereses ordinarios, y otros 5 de intereses de demora.

La resolución de 16 de febrero de 2018 es muy clara y así lo afirma, refiriéndose de nuevo a la interpretación que debe hacerse de las resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987: «A este respecto, la doctrina de esta Dirección General contenida en las resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, sobre la computación conjunta de los intereses ordinarios y los de demora, no es argumento para rechazar la inscripción Documento 9 pretendida, pues tal doctrina no pretendía afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, a salvo su respectiva causa generatriz. Mas, respetada esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar todos los intereses, sean remuneratorios o moratorios, realmente devengados y

cubiertos por las respectivas definiciones de su garantía hipotecaria —dentro de los máximos legales—, aun cuando se reclamasen intereses remuneratorios de los últimos cinco años e intereses moratorios, también, de los cinco últimos años, si así procediera por ser distintas y de vencimientos diferentes las cantidades que devengaron unos y otros y, por tanto, a ambos puede extenderse la garantía hipotecaria dentro de los límites indicados (*Vid. resoluciones de 18 de diciembre de 1999 y 29 [RJ 2003, 152] y 30 de noviembre de 2002 [RJ 2003, 153]*, entre otras).

De igual forma, la resolución de febrero de 2018 señala cómo debe interpretarse el párrafo transcritio de la resolución de 21 de marzo de 2017 que alegaba el registrador para rechazar la cobertura hipotecaria de casi 6 años de ambos tipos de interés.

Copiamos las palabras de la Dirección General: «Tampoco puede argumentarse en contra de esta conclusión, como hace el registrador de la Propiedad en su nota de calificación, lo expresado en la resolución de 21 de marzo de 2017 (*RJ 2017, 1388*): «(...) especial importancia tiene la limitación temporal de cobertura establecida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) que impone que, cualquiera que sea la duración de la obligación garantizada y de los intereses remuneratorios pactados, la hipoteca no garantice intereses ordinarios o moratorios, por plazo superior a cinco años», porque del párrafo transcritio no se deduce la conclusión que obtiene el registrador calificante sino más bien la contraria dado que se configura la respectiva cobertura hipotecaria como autónoma. Lo que se expone en la mencionada resolución son los límites, tanto estructurales como legales, de la garantía real de las obligaciones accesorias de intereses ordinarios y moratorios; la configuración diferenciada de la respectiva cobertura hipotecaria de los mismos; y la distinción entre la relación que en el plano obligacional deben guardar los distintos tipos de interés garantizados —remuneratorio y moratorio— en determinados supuestos (ej. la suma de dos puntos a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 [*RJ 2015, 5714*]), y lo tocante a la configuración de su responsabilidad hipotecaria a la que, salvo determinados supuestos, no puede trasladarse esa relación. Así, se expone en la repetida resolución que «la distinta naturaleza de uno y otro tipo de intereses [ordinarios y de demora] reclama una configuración diferenciada de la cobertura real asignada a cada uno de ellos. Efectivamente, la estipulación de los segundos anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite —tipo impositivo— previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad», de forma que «en virtud de la exigencia de especialidad (art. 12 de la Ley Hipotecaria), no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora; estos, si pretenden protección hipotecaria, deberán establecerse de forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo y con respeto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad, lo que incluye el límite máximo de cobertura frente a terceros de cinco años, pero de forma independiente respecto del límite de los intereses ordinarios, como diferenciada es su cobertura hipotecaria y su tope máximo».

III. CONCLUSIONES

I. La responsabilidad hipotecaria o cobertura hipotecaria alcanza al principal, intereses, costas y gastos. Dentro de los intereses, cubre tanto los ordinarios o remuneratorios como los de demora.

II. Los intereses moratorios y los ordinarios son intereses bien distintos, con distintas naturaleza, finalidad y alcance. Los ordinarios son el precio del dinero, y los moratorios son una pena al incumplimiento, lo que justifica su mayor cuantía. Por ese motivo no pueden englobarse bajo una misma cifra de responsabilidad, que normalmente es un tope o máximo.

III. La cuantía de esa responsabilidad hipotecaria debe tener unos límites que no pueden sobrepasarse, precisamente por la oponibilidad frente a terceros que debe tener, por el carácter real de la responsabilidad hipotecaria, con independencia del alcance o cuantía que los intereses (remuneratorios y moratorios) puedan tener entre las partes, derivados de la relación obligacional que hace que surjan.

IV. Esos límites están establecidos en el artículo 114 LH, y alcanzan, salvo pacto en contrario, cuando exista un tercer poseedor de finca hipotecada, los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, pero además en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.

V. Ese límite máximo de 5 años de cobertura hipotecaria de intereses alcanza tanto a los intereses moratorios como a los ordinarios. Pero ¿es común a ambos? ¿Debe haber un máximo de 5 años de cobertura hipotecaria conjunto para intereses ordinarios y moratorios? Esta cuestión ha generado dudas en la interpretación de la jurisprudencia registral.

VI. En una primera fase, (RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987) de la doctrina de la DGRN podría entenderse que ese límite es conjunto al afirmar que «rige, para uno y otro tipo de intereses —que a estos solos efectos deben ser computados conjuntamente— el límite máximo imperativo de las cinco anualidades prescrito por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria».

VII. Sin embargo, hoy no hay duda de que ese límite aplicable a ambos tipos de intereses, no puede ser conjunto, sino que debe aplicarse de forma autónoma a cada uno de ellos, tal y como la propia Dirección General ha puntualizado, al señalar que lo que se pretendía afirmar en aquellas resoluciones es que bajo ningún concepto unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, a salvo su respectiva causa generatriz. Pero que ello no implica que no puedan reclamarse intereses remuneratorios de los últimos cinco años e intereses moratorios, también, de los cinco últimos años, si así procediera por ser distintas y de vencimientos diferentes las cantidades que devengaron unos y otros y, por tanto, a ambos puede extenderse la garantía hipotecaria dentro de los límites indicados.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- 29 de octubre de 1984
- 20 de mayo de 1987
- 23 de octubre de 1987
- 26 de octubre de 1987
- 22 de julio de 1996
- 24 de agosto de 1998
- 18 de diciembre de 1999
- 17 de marzo de 2000

- 15 de abril de 2000
- 17 de abril de 2000
- 20 de noviembre de 2000
- 18 de octubre de 2001
- 19 de octubre de 2001
- 25 de octubre de 2001
- 13 de marzo de 2002
- 29 de noviembre de 2002
- 30 de noviembre de 2002
- 21 de marzo de 2017
- 16 de febrero de 2018

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 12 de marzo de 1985
- 23 de diciembre de 2015

V. BIBLIOGRAFÍA

- PAU PEDRÓN, A. (1996). *Manual de Derecho registral inmobiliario*. Madrid: Fundación para la Formación de Altos Profesionales.
- YSAS SOLANES, M. (1993). Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo. *DN*, 1993, núm. 34, 35, 3 y sigs.
- CHICO Y ORTÍZ, J.M. (1994). *Estudios sobre Derecho hipotecario*, II. Madrid: Marcial Pons.
- ROCA SASTRE, R.M. (1998). *Derecho hipotecario*, tomo VIII. Barcelona: Ed. Bosch.
- GARCÍA DURANGO, C. (1988). Comentario a la resolución de 23 de octubre de 1987. *RCDI*, 497.
- ÁVILA NAVARRO, P. (1990). *La Hipoteca. (Estudio registral de sus cláusulas)*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

NOTAS

¹ PAU PEDRÓN, A. (1996). *Manual de Derecho registral inmobiliario*. Madrid: Fundación para la Formación de Altos Profesionales, 193.

² YSAS SOLANES, M. (1993). Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo. *DN*, 1993, núm. 34, 35, 3 y sigs.

³ YSAS SOLANES, M. (1993). Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo, *ob. cit.*, 3.

⁴ En este sentido, CHICO Y ORTIZ, J.M.:M. (1994). *Estudios sobre Derecho hipotecario*, II. Madrid: Marcial Pons, 1431; ROCA SASTRE, R.M.(1998). *Derecho hipotecario*, tomo VIII. Barcelona: Ed. Bosch, 162 y sigs.

⁵ GARCÍA DURANGO, C. (1988). Comentario a la resolución de 23 de octubre de 1987. *RCDI*, 497.

⁶ ÁVILA NAVARRO, P. (1990). *La Hipoteca. (Estudio registral de sus cláusulas)*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 122, y en Comentario a la resolución de 16 de febrero de 1990.

Esta postura también fue defendida por la Comisión de registradores, notarios y letrados de Entidades de Crédito del año 1989, que afirmaron que el artículo 114 LH no impone a

efectos del cómputo, que deban computarse conjunta y totalmente las responsabilidades por intereses remuneratorios y moratorios.

Y aunque se muestren más partidarios de la tesis de la DGRN, también ponen de relieve que el computar conjuntamente los intereses moratorios y ordinarios, a los efectos del 114 LH no resulta congruente con la distinta naturaleza de un tipo y otro de intereses: GARCÍA DURANGO, C. (1988). Comentario a la resolución de 23 de octubre de 1987, *ob. cit.*, 497 y sigs., y ROCA SASTRE, R.M. (1998). *Derecho hipotecario*, tomo VIII, *ob. cit.*, 166 y sigs.
⁷ YSAS SOLANES, M. (1993). Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo, *ob. cit.*, 3.

1.4. Sucesiones

La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada

The capacity and will to test two fundamental aspects in the testate succession)

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: El testamento constituye un acto de la autonomía privada cuyo contenido se sustenta en la declaración de voluntad testamentaria libremente emitida sin vicios que la invaliden —libertad para testar—. Asimismo, sobre el principio *favor testamenti* se presume *iuris tantum* la capacidad plena para testar de toda persona mayor de catorce años y que se halle en su cabal juicio en el momento de otorgar testamento. En todo caso, tratándose de testamentos notariales, el notario debe asegurarse de que el testador tiene la capacidad necesaria para testar. Por otra parte, si la sentencia de incapacidad no se ha negado la testamentificación activa del testador y con el juicio favorable de dos facultativos de la capacidad para testar, se puede otorgar testamento notarial en intervalo lúcido. Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la declaración de voluntad testamentaria y en la capacidad testamentaria y toda la problemática que se sustancia en torno a las mismas.

ABSTRACT: *The testament constitutes an act of the private autonomy which content is sustained in the declaration testamentary freely issued without vices that invalidate it. Likewise on the principle favor testamenti there is presumed iuris tantum the full aptitude to test of every fourteen year old major person and that is situated in his complete judgment in the moment to do testament. If the judgment of incapacitation does not deny to itself the possibility of doing testament. And with the positive judgment of two doctors on the aptitude to test. It is possible to do notarial testament. On such bases the present study is going to centre on the analysis of the declaration of will on testament and in the aptitude to do testament and everything I problematics that takes place on the same ones.*

PALABRAS CLAVE: Testamento. Capacidad para testar. Declaración de voluntad testamentaria. Vicios de la voluntad. Testamento en intervalo lúcido. Juicio capacidad notarial. Persona con capacidad modificada judicialmente.

KEY WORDS: *Testament. Capacity, declaration of will, vices. Judgment of the notary to capacity and incapacitated.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA VOLUNTAD TESAMENTARIA. VICIOS DE LA VOLUNTAD.—III. LA CAPACIDAD DE TESTAR: 1. OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE EN INTERVALO LÚCIDO. 2. EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD DEL TESTADOR.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En nuestro ordenamiento, se parte de una presunción de capacidad¹; de forma que, solo por sentencia judicial (art. 199 CC) y cuando se den los requisitos establecidos el artículo 200 del citado cuerpo legal que: 1. Exista una enfermedad o una deficiencia de carácter físico o psíquico; 2. Que sea persistente; 3. Que impida a la persona gobernarse por sí misma, podrá incapacitarse a una persona². Quedan, por tanto, excluidos del ámbito de la incapacitación judicial aquellos individuos que sufran alguna alteración transitoria u ocasional, o cuya enfermedad o deficiencia no afecte a sus facultades de autogobierno, es decir, a su capacidad cognoscitiva y volitiva³.

En consecuencia, para declarar a una persona incapacitada, no solo resulta necesaria la existencia de una causa que la determine, sino también una decisión judicial tras la sustanciación del correspondiente proceso. Por lo que sobre la base de lo dispuesto en los artículos 199 y 200 se está disponiendo de forma categórica no solo la jurisdiccionalidad de la incapacitación, sino también el principio de legalidad o tipicidad en relación con las causas determinantes de la decisión judicial.

Con la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela el citado artículo 200 del Código civil regula las causas de incapacitación atendiendo no al mero diagnóstico de una determinada enfermedad o deficiencias físicas o psíquicas sino a los efectos que, la persistencia de la enfermedad o deficiencia provoca en el autogobierno de la persona que la padece y sus consecuencias en el desarrollo de su vida ordinaria. Asimismo, corresponde al juez graduar la incapacidad del sujeto, atendiendo a su grado de discernimiento, lo que permitirá someterle a un régimen de sustitución (tutela y patria potestad prorrogada o rehabilitada) o a un régimen de asistencia (curatela). La curatela se relaciona con la incapacitación parcial, vinculado a los supuestos en que existe un grado aceptable de autogobierno en la persona que, padece una enfermedad o deficiencia incapacitante, pues, en caso de incapacidad total procedería el nombramiento de un tutor que, no asiste, sino que representa⁴. No obstante, es posible una curatela reforzada de forma que, se determine la asistencia para determinados actos, y para otros, cierta facultad de representación (arts. 223-4 y 223-6 del Código civil catalán —en adelante, CCC—; y art. 150 apartados 1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón —en adelante, CFA—).

Lo cierto es que, las causas de incapacitación, como dice la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, de 29 de abril de 2009 que cita la de 11 de octubre de 2012⁵ están concebidas en nuestro derecho a partir de la mencionada reforma de 1983 como abiertas, de modo que, a diferencia de lo que ocurre en la antigua redacción del Código civil, no existe una lista, sino que el artículo 200 dispone que son «causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí mismo». Es evidente que, el artículo 322 del Código civil establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona cuando se prueba la concu-

rrencia de una enfermedad o deficiencia física o psíquica de carácter persistente que, permite concluir que, aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencias de 19 de mayo de 1998⁶, de 26 de julio de 1999⁷, de 20 de noviembre de 2002⁸ y de 14 de julio de 2004⁹ que señalan como afirma la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 28 de julio de 1998¹⁰ «(...) para que se incapacite a una persona no es solo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...). Lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impide gobernarse a la afectada por sí misma»¹¹.

Lo relevante es la limitación parcial o total de la capacidad de autogobierno que, constituye algo más que, un requisito, pues, se trata en realidad del presupuesto de la incapacitación. La fórmula legal es suficientemente amplia y flexible para que cualquier enfermedad o deficiencia que, determina en la práctica una discapacidad y la necesidad de apoyos y protección de la persona que la produce, puede ser apreciada como causa de incapacitación y al mismo tiempo suministrar al juez los parámetros necesarios para valorar dicha discapacidad natural y el alcance de la necesidad de constituir una guarda legal en interés de la persona que padezca discapacidad¹².

El régimen de incapacitación o modificación de la capacidad se complementa con el artículo 760 de la LEC (sucesor del art. 210 CC) que, expresamente prevé la necesidad que, la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda al que debe estar sometida la persona incapacitada y también con el artículo 761 de la LEC que, prevé la posibilidad de reintegración de la capacidad y la modificación del alcance de la incapacitación. En consecuencia, de darse los presupuestos descritos en el artículo 200 del Código civil se ha de proceder a la incapacitación de la persona, correspondiendo al juez determinar el régimen de tutela o guarda al que ha de quedar sometido.

En todo caso, la excepcionalidad de la incapacitación, limitada a lo declarado por sentencia y, por las causas previstas por la Ley, hay que ponerla en relación con el principio de dignidad de la persona (art. 10 de la CE) y con la exigencia del artículo 49 de dicho texto constitucional a los poderes públicos de ordenar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos otorgados a todos los ciudadanos.

Ahora bien, de forma novedosa, en cuanto a la capacidad de la persona en cuanto a la capacidad de la persona el CCC pone el acento en la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil, de modo que, combinada con la edad, permite hacer una valoración gradual, no estrictamente seccionada en etapas a lo largo de la vida de la persona (art. 211-3)¹³.

Por su parte, el CFA, al igual que el Código civil español, establece que nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 38.1). Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí

misma (art. 38.2). Existen en los términos reseñados en el párrafo anterior, una importante referencia a la prodigalidad como causa de incapacitación conforma a lo que dispone el artículo 38.3.

En este contexto, resulta esencial mencionar la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 ratificado por España mediante Instrumento de 23 de noviembre de 2007. De tal forma que, conforme a lo previsto en el artículo 96 de la CE esta Convención forma parte de nuestro ordenamiento interno. En su artículo 1 fija como propósito de la misma «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente», entendiendo por personas con discapacidad «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás (art. 1.2), protección que solamente tiene justificación con relación a la persona afectada «como trasunto del principio de la dignidad de la persona»¹⁴. Asimismo, se fija como principio de la Convención «el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas», y en su artículo 12.3 pretende asegurar el pleno respeto de la personalidad jurídica de las personas afectadas por una discapacidad y que cuando sea necesario se proporcione a estas personas el apoyo que, pudiera necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Es por ello que, la Convención parece inclinarse favorablemente por la necesidad de flexibilizar el sistema actual de cargos tutelares, si tenemos presente la tendencia que, está adquiriendo fuerza de sustituir el sistema basado en la incapacitación y tutela o curatela por un «sistema de apoyos», más acorde con el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad y por ende, con las dos vertientes del principio de autonomía del individuo como son el respeto a la voluntad de la persona protegida; y, la preservación máxima de la capacidad, de forma que, aunque se haya establecido un sistema de representación, se posibilite un cierto ámbito de decisión a la persona en todo lo relativo a los actos de naturaleza personal; lo que supone el reconocimiento de una capacidad natural a la persona protegida (art. 12). Asimismo, parece mostrarse favorable a un sistema de curatela reforzada como el que existe en el Derecho francés, y con un alcance limitado al ámbito patrimonial en relación con la curatela de las personas incapacitadas que, se contiene en el artículo 223-6 del Código civil catalán, donde el curador además de completar la capacidad, pueda en actos concretos representar al incapaz¹⁵.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 29 de abril de 2009¹⁶, atendiendo a la propia doctrina de la Sala Primera, y a la sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre¹⁷, ha establecido las reglas interpretativas que permiten compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York de 2006 y lo dispuesto en el Código civil a partir de la reforma de 1983 disponiendo en su *Fundamento de Derecho séptimo* que: «El sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos un fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código civil, y del artículo 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida

discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuya facultades intelectivas y volitivas no le permite ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

Sobre tales bases, lo que ha de tenerse en cuenta como principio fundamental es la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar que, le permiten hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que, tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier índole reconocidos en la Convención¹⁸.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 29 de septiembre de 2009 que, reitera las sentencias de este mismo Alto Tribunal, de 11 de septiembre de 2012, de 14 de octubre de 2015¹⁹, de 20 de octubre de 2015²⁰ y 4 de noviembre de 2015²¹ establece que, «la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambian para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determinan su forma de ejercicio. De aquí que, deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado (...). Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona».

Efectivamente, la incapacitación no es algo rígido sino flexible y debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada lo que se plasma en la mencionada graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan diversa como variadas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida que requiere de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, en qué medida puede cuidarse por sí mismo o necesita de alguna ayuda; si puede actuar por sí mismo, o si precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje o trajes a medida es necesario que, el tribunal de instancia que, debe decidir, adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales y en qué medida precisa de una protección y ayuda²². Requiere, en esencia, un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, lo que exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que, le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que, sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio o interés del discapacitado, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que, presenta en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones²³.

Lo cierto es que la Convención de Nueva York de 2006 trata de preservar al máximo que, la persona afectada por una discapacidad pueda ejercitar por sí sus derechos que, pueda desarrollar al máximo sus posibilidades de autogobierno.

De ahí que, el juez al resolver sobre el grado de capacidad y autogobierno de esa persona y constituir los apoyos necesarios mediante un apropiado régimen de guarda legal, debe afinar y ajustar a aquellos ámbitos en que estrictamente se requiere los apoyos²⁴.

En este contexto, el sistema de apoyos a los que alude la Convención, está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras como la guarda de hecho y el defensor judicial que, también pueden resultar efficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en los últimos tiempos tras descartar que «el «procedimiento de modificación de capacidad» y la constitución de la tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención²⁵. La tutela es la forma de apoyos más intensa que, puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no puede tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el artículo 267 del Código civil que, el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo que aquellos actos que pueden realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayuda a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC)²⁶. Ciertamente, la tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales²⁷; si bien, la jurisprudencia, salvo en supuesto de patente incapacidad total, se viene inclinando a la luz de la interpretación recogida en la Convención para la curatela en el entendimiento que en el Código civil no se circscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 289 del Código civil podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de su enfermedad²⁸. La curatela «es una institución flexible que, se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamado a prestar. Si bien, la regulación conjunta de todos los supuestos en que procede la curatela (arts. 286 y 287 CC) permite creer o contrario, puesto que la curatela de los emancipados (art. 323 CC) y la de los pródigos (por el presupuesto que lo provoca) si se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así, porque ni resulta de la letra del artículo 287 del Código civil ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyos que se adapta a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona. En segundo lugar, por lo que se refiere al ámbito patrimonial, la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el artículo 290 del Código civil, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiere subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia

para el patrimonio de la persona con discapacidad que, son aquellas para las que el tutor necesita autorización judicial»²⁹.

En este contexto, la capacidad de testar cuando se es mayor de catorce años y se está en su cabal juicio se debe relacionar con la presunción de capacidad de la persona y su capacidad natural de entender y querer, y con la voluntad de testar en el que opera la autonomía del individuo. Si bien, la libertad de testar tiene el límite de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima y la libertad para testar supone que el consentimiento se preste de forma libre y no viciado. Asimismo, resulta esencial potenciar al máximo la participación del discapacitado en la toma de decisiones en actos tan importantes como el matrimonio y el testamento en la línea con la Convención, sin perjuicio de acompañar tal actuación de las debidas cautelas como la intervención de fedatario público o la realización de los correspondientes dictámenes médicos, si bien, estos últimos cuando resulten estrictamente necesarios. Parece que esta forma de operar se enmarca en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad aprobado el 21 de septiembre de 2018 y habiendo recibido informe favorable del Consejo General del Poder Judicial el 29 de noviembre de 2018.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en analizar la problemática en torno a la capacidad y voluntad de testar y, las implicaciones prácticas que de las mismas se pueden derivar, entre las que se puede destacar la nulidad del testamento si se constata la falta de capacidad para testar en el momento de otorgamiento del testamento, máxime si se trata de testamentos otorgados por personas de edad avanzada —personas vulnerables— donde resulta más probable que, tenga lugar una falta de capacidad natural de entendimiento y comprensión del alcance del acto que representa el testamento —aunque la senilidad y senectud no determinan por sí solas la falta de capacidad de testar— y sea, asimismo, más fácil la captación de su voluntad, viciando la misma (dolo testamentario frente a un *dolus bonus*).

II. LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA. VICIOS DE LA VOLUNTAD

La sucesión testada representa uno de los modos de diferir la sucesión, concretamente, por voluntad del hombre manifestada en testamento (art. 658 CC). Se define el testamento en el artículo 667 del Código civil como «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos los bienes o partes de ello». Para PÉREZ ÁLVAREZ testamento «es un negocio jurídico *mortis causa* determinado por la declaración de voluntad del testador que, tras su fallecimiento, pasará a ser “ley de la sucesión”»³⁰. Por su parte JORDANO BAREA lo conceptualiza como «el negocio jurídico unilateral, unipersonal, personalísimo, no receptivo, formal o solemne, normalmente gratuito, que opera mediante la institución de heredero o legado»³¹. En todo caso, se sustenta sobre el principio de autonomía privada y la declaración de voluntad representa el elemento esencial del testamento y por ello, ha de constar con claridad la intención de testar, y, además, se requiere que la persona que lo otorga tenga la aptitud necesaria para su realización a la que se refiere el artículo 662 del Código civil —presunción de capacidad para testar que goza toda persona salvo las exclusiones expresas que la propia ley impone, de acuerdo con el principio de *favor testamenti*—. Ciertamente, el contenido del testamento se conforma sobre tal declaración de voluntad. Por otra parte, en el régimen del Código civil el testamento se caracteriza por

ser unipersonal y unilateral, personalísimo, formal y revocable. Es un negocio jurídico unipersonal por cuanto solo puede ser otorgado por una sola persona. Así lo establece el artículo 669 del Código civil al disponer que «*no podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero*». Además, la declaración procede de una sola parte —el otorgante— de ahí que, estemos ante un negocio jurídico unilateral. Asimismo, el testamento reviste el carácter de personalísimo por cuanto debe responder de modo necesario a la voluntad de quien lo otorga. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 670, si bien dicha norma posibilita que pueda intervenir un tercero a efectos de designar porciones en las que hayan de suceder quienes no hubieran sido instituidos nominalmente. De ahí, la posibilidad que tiene el testador de encargar a un tercero la distribución de cantidades a favor de clases de personas o grupos (art. 671 CC)³². Precisamente, en relación con el otorgamiento de testamento por persona con capacidad modificada judicialmente, al tratarse de un acto personalísimo, no puede realizarlo su representante legal ni la persona que le asiste ni con su aprobación (curador)³³, en consecuencia, analizaremos también la posibilidad de otorgar testamento por quien se encuentre en esa situación y la sentencia de incapacitación no contenga ningún pronunciamiento sobre la capacidad de testar y se cumpla con la medida de control que, impone el artículo 665 del Código civil. A esta circunstancia se refiere la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018³⁴ de la que también haremos oportuna referencia en el presente estudio; asimismo, el testamento es un negocio eminentemente formal, pues para su validez se exige que la declaración de voluntad se exprese a través de algunos de los cauces testamentarios reconocidos por el Código civil y cumplimiento con las formalidades establecidas al efecto (arts. 687, 705 y 715 CC); y, en fin, es un negocio esencialmente revocable, pues, el otorgante puede modificar en todo o en parte la declaración de voluntad previamente emitida y dejar sin efecto el testamento anterior otorgando, incluso cuando hubiera manifestado su voluntad de no revocarlo (art. 737 CC).

En este contexto, la voluntad testamentaria constituye la base fundamental sobre la que se conforma el negocio jurídico testamentario sin perjuicio de las formalidades exigidas por el ordenamiento que, acompañan la elaboración del testamento —testamento notarial abierto y cerrado—. Una voluntad que ha de ser libre y consciente, sin vicios que lo invaliden, donde el testador determina como quiere distribuir el orden sucesorio de su patrimonio con el único límite del respeto a las legítimas —normativas de *ius cogens*—³⁵. En principio, no debe confundirse la voluntad testamentaria con la capacidad de testar, aunque lo cierto es que ambas constituyen los pilares fundamentales sobre los que se determina la sucesión testada. Así es posible que, la voluntad testamentaria pueda ser libre y el testador incapaz de testar y viceversa. No obstante, en alguna ocasión la ineeficacia del negocio jurídico testamentario puede provenir tanto de la falta de capacidad para testar como de la existencia de un vicio del consentimiento —sobre todo en personas vulnerables, por ejemplo personas de edad avanzada—³⁶.

A los vicios del consentimiento se refiere el artículo 673 del Código civil que establece «la nulidad del testamento otorgado con violencia, dolo o fraude». Aunque el citado precepto solo se refiere a la violencia, la doctrina de forma mayoritaria afirma que se puede incluir también la intimidación³⁷. En relación con el dolo, RODRÍGUEZ GUITIÁN señala que hay dolo testamentario cuando «existen maniobras y artes fraudulentas con las que se trata de influir en el ánimo del testador con el objeto de arrancarle una disposición que seguramente

no habría dictado de no haber sido engañado»³⁸. Para PÉREZ ÁLVAREZ existe dolo o fraude cuando «con palabras o maquinaciones insidiosas el causante fue inducido a otorgar el testamento que en otro caso no hubiera hecho»³⁹. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2014⁴⁰ define dolo testamentario como «la utilización de palabras o maquinaciones insidiosas con las que se induce a una persona a otorgar un testamento en un sentido diferente del que hubiera otorgado si no hubieran mediado tales interferencias». Y añade que «el dolo debe ser: 1. Grave no bastando el llamado *«dolus bonus»* o lo que es lo mismo, el que con atenciones o cuidados especiales trata de dirigir a su favor la voluntad testamentaria; 2. Con relación de causalidad entre la maquinación y disposición testamentaria; 3. Se tiene que probar, pues no se presume; y 4. Puede ser acreditado por cualquier medio de prueba, incluidas las presunciones».

Ahora bien, el concepto de maquinaciones insidiosas puede abarcar tanto una acción como una omisión u abstención, siempre teniendo como nexo común la influencia en la voluntad de la otra parte, induciéndole a error y obligando a emitir la declaración de voluntad en la forma querida por el causante del vicio⁴¹, y, además, en los términos indicados ha de existir una relación de causalidad entre tal conducta dolosa y la declaración testamentaria. En este contexto, es posible que la captación de la voluntad del testador tenga lugar mediante manifestaciones de afecto, atenciones y cuidados especiales con la única finalidad de lograr la atribución testamentaria a favor de la misma persona que, lleva a cabo tal captación o a favor de terceros que ella misma desea o quiere —lo que se conoce como *dolus bonus* que puede ser considerado como una modalidad de dolo—⁴².

En principio, las atribuciones testamentarias realizadas en consideración a estos cuidados o atenciones pueden ser válidas siempre que no vayan unidos a algún tipo de engaño, al igual que, los ruegos de una persona para ser instituida heredera o legataria, siempre que estos no disminuyan la libre voluntad de la persona, por lo que, el testador puede hacer caso o no de tales ruegos a la hora de distribuir su haber hereditario⁴³.

En todo caso, para determinar si realmente los comportamientos dolosos de terceras personas han tenido influencia decisiva en la voluntad del testador habrá de analizarse si con tales engaños o maquinaciones insidiosas se ha inducido a realizar el testamento en el sentido querido por la persona que actúa bajo tal comportamiento doloso e influenciable; de forma que, la voluntad del testador deja de ser libre y las atribuciones testamentarias solo operan, precisamente, a favor de estas personas y no frente a quienes por ley o por la decisión del propio testador —tomada libremente— pudieran ser llamados legalmente a la sucesión. En consecuencia, se habrá de ponderar en cada caso todas las circunstancias concretas que rodean tal actuación del testador para poder determinar si la disposición testamentaria es fruto de una maniobra extraña con la consiguiente inefficacia del testamento o es libremente realizada por el testador. Lo cierto es que, el dolo o fraude es más fácilmente constatable en personas especialmente vulnerables, al ser su voluntad más fácilmente influenciable por sus propios parientes y cuidadores⁴⁴. De todas formas, se defiende en la doctrina que, la anulación de un testamento por falta de capacidad del testador puede servir también para proteger la libertad de testar⁴⁵.

Ahora bien, los vicios invalidatorios de la declaración de voluntad representan elementos fácticos dentro del proceso y por consiguiente, su fijación en sentencias compete a los tribunales de instancia, no revisables en casación salvo evidente error comprobado con idéntica certeza⁴⁶.

En este contexto, como cualquier negocio jurídico, el testamento precisa de interpretación, esto es, determinar el sentido y alcance de la declaración de voluntad del testador, pues, el *animus testandi* es presupuesto de la validez de la declaración testamentaria (art. 667 CC). El artículo 675 párrafo 1 establece al respecto que «*toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*». Por lo que sobre tal base legal resulta necesario atender en primer lugar a la voluntad efectiva del testador utilizando el criterio gramatical, siempre que el testamento no plantea dudas sobre la intención del otorgante⁴⁷. Cuando no es posible emplear tal criterio, al no poder valiéndose del mismo, averiguar la voluntad real del testador por la oscuridad, ambigüedad de alguna de las cláusulas testamentarias, o resultar una contradicción evidente entre el tenor del testamento y la voluntad del testador se habrá de realizar un examen de conjunto de la totalidad del testamento⁴⁸, acudiendo a los actos anteriores o posteriores al otorgamiento, a pruebas externas como la opinión del notario autorizante del testamento a efectos de determinar la voluntad real del testador —interpretación subjetiva—⁴⁹.

En todo caso, la labor interpretativa de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia, la cual debe prevalecer en casación a menos que dicha calificación o interpretación resulte ilógica, absurda o contraria a norma legal⁵⁰.

III. LA CAPACIDAD DE TESTAR

A la capacidad de testar también llamada testamentificación activa se refiere el artículo 662 del Código civil que dispone «*pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*». Cabe apreciar que, la norma, además de responder al principio de *favor testamenti*, establece una regla general de presunción *iuris tantum* de capacidad que ya resulta del artículo 10 de la Constitución española, artículo 322 del Código civil y artículo 760.1 de la LEC y que ha quedado reforzada por la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad, todo ello en la línea de reconocimiento de la plena capacidad de obrar que, dispone cualquier individuo cumplida la mayoría de edad⁵¹. Se utiliza el término «expresamente» con ello se quiere poner de manifiesto que: 1. No cabe basar la capacidad para testar ni por analogía ni una interpretación extensiva de los preceptos; 2. Las normas sobre capacidad de las personas son de carácter imperativo y quedan fuera del ámbito de autonomía de la voluntad; 3. El incapaz para testar fallece intestado; de ahí la exigencia de procurar la validez del testamento ante la reticencia del legislador, precisamente, a la aplicación de las normas de sucesión intestada; 3. El carácter personalísimo del testamento impide la posibilidad de suplir la falta de capacidad con la intervención de terceras personas —representante legal o persona que le asista—; por ello, la opción por dotar del más amplio reconocimiento a la capacidad de testar; 4. La constatación de la capacidad de testar es una cuestión de hecho⁵².

Esta amplia capacidad para testar también se contiene en otros Derechos civiles autonómicos, así el artículo 421.3 del CCC, el artículo 408 del CFA y la Ley 184 del Fueno Nuevo de Navarra —en adelante, FNN— que, se refiere a los casos de incapacidad para testar que, coincide con los del artículo 663 del Código civil.

Ahora bien, esta presunción *iuris tantum* de capacidad para testar admite prueba en contrario, por lo que corresponde a la parte que impugna el testamento la carga de probar que, el testador carecía de capacidad para testar en el momento de otorgar el testamento⁵³. Para la destrucción de esta presunción resulta necesario aportar pruebas inequívocas, concluyentes y completas que, constaten que el testador, precisamente, carecía de capacidad natural en el momento de otorgamiento del testamento, no bastando para ello apoyarla en meras presunciones, pruebas indicarias o aisladas o indirectas conjeturas⁵⁴. Al respecto cabe cualquier medio de prueba, siendo de especial relevancia, los dictámenes de facultativos que, acrediten la existencia de una enfermedad de carácter físico o psíquico que, privan a la persona de su cabal juicio. La prueba pericial, no obstante, no tiene un carácter decisivo en cuanto ha de ser apreciada por el juzgador de instancia conforme a las reglas de la sana crítica, sin quedar vinculado necesariamente por ella⁵⁵. De todas formas, los actos coetáneos, anteriores o inmediatamente posteriores al otorgamiento pueden constituir un claro indicio junto con otros elementos probatorios que, permitan constatar en un análisis de conjunto que el testador carecía de capacidad en el momento de otorgar el testamento⁵⁶.

Por otra parte, esta presunción *iuris tantum* de capacidad queda reforzada con el juicio notarial de capacidad (arts. 685.1 *in fine*, 696 y 707.4 CC) por el que, el notario emite un juicio sobre la capacidad suficiente para testar —mayor de catorce años y que está en su cabal juicio— que, hace constar en el testamento —deber tanto material como formal—⁵⁷. No se exige que tenga una certeza absoluta de tal capacidad, le basta al notario con constatar el hecho que, el otorgante tiene la capacidad suficiente para testar. Ciertamente el notario lleva a cabo una apreciación subjetiva de capacidad del testador; de ahí, el empleo del término «a su juicio» que se contiene en el artículo 685.1 del Código civil completado con los artículos 696 y 707.4 del citado texto legal. En todo caso, este juicio de capacidad emitido por el notario tiene el valor de presunción *iuris tatum* sobre la base del propio prestigio de la función notarial; lo que, además, exige que la parte que solicita la nulidad del testamento deba presentar prueba cualificada de la incapacidad del testador⁵⁸.

Ahora bien, como excepciones a esta regla general de capacidad para testar, el artículo 663 del Código civil establece que «están incapacitados para testar: 1. Los menores de catorce años de uno y otro sexo; 2. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio». En cuanto a la edad, hay que señalar que representa una excepción a la regla de los dieciocho años —artículo 315 del Código civil— y que presenta una salvedad en los casos de otorgamiento de testamento ológrafo para el que se exige la mayoría de edad (art. 688.1 CC)⁵⁹. La referencia a los menores de catorce años «de uno y otro sexo» responde al hecho que el Código civil abandona la regla fijada en el Derecho precedente conforme a la cual se permitía a las mujeres testar a partir de los doce años y a los hombres solo cumplidos los catorce. También fija dicha edad el artículo 421.4 del CCC y 408 del CFA. Por su parte, la Ley 184 del FNN solo menciona el término impúberes como sujetos sin capacidad para testar; pero la Ley 50 considera como púberes a los mayores de catorce años. Ahora bien, se ha planteado, frente a la exigencia legal de mayoría de edad, si los menores de edad emancipados pueden otorgar testamento ológrafo. La doctrina de forma mayoritaria se inclina por la negativa a tal posibilidad⁶⁰.

En cuanto al cabal juicio, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1962⁶¹ ha venido sosteniendo que «sin pretensión científica, pues con amplia comprensión práctica, aun cuando el término cabal es sinóni-

mo de completo, justo, acabado o exacto y en tal sentido, no parece que pueda predicarse de la salud mental que, como la física, es raramente perfecta, también por cabal se entiende lo normal, en cuya acepción indudablemente la Ley, en este caso, la emplea, refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos del acto verdaderamente humano, caracterizado porque se realice con inteligencia, o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que con el mismo se persigue». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.^a, de 22 de abril de 2003⁶² interpreta la expresión cabal juicio «como aquella normalidad de la conciencia que permite comprender la importancia y consecuencias de las propias acciones y aquella integridad de la voluntad que permite decidirse libremente en las propias determinaciones, sin que baste hallarse en un umbral de conocimiento, en un estado de obnubilación que, sin embargo, permita asentir y firmar». Asimismo, en una interpretación vulgar del término la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2.^a, de 28 de noviembre de 2007⁶³ que tal expresión representa «la tenencia de capacidad suficiente para entender y querer lo que se dispone» o como dice la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 1928 de «inteligencia indispensable para expresar su voluntad de un modo deliberado y consciente», debiendo apreciarse dicha capacidad atendiendo al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento como establece el artículo 666 del Código civil (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 1959, y de 14 de abril de 1886). En fin, por cabal juicio la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.^a, de 26 de octubre de 2011⁶⁴ señala que, ha de entenderse como «completo, justo, acabado o exacto» en el sentido que se realice «con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que con el mismo persigue» o como que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresiva de la aptitud mental (art. 664 CC), es decir, la falta de cabal juicio supone que el sujeto que la sufre se encuentre privado de sus facultades cognoscitivas, las que les posibilitan entender la realidad y trascendencia del acto jurídico testamentario (lo que ha venido a identificar con procesos patológicos graves: esquizofrenias con alteración de la personalidad, demencias avanzadas, amencis, etc., o con previas incapacitaciones judiciales; resaltándose que más que la enfermedad mental, lo primordial es la incidencia de la misma en su capacidad de entender y querer). Desde tal perspectiva, conviene hacer una serie de precisiones: 1. La edad avanzada, por sí sola, no es causa de incapacidad: la senilidad o senectud, como estado fisiológico, es diferente a la demencia senil, como estado patológico (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 1928); tampoco el hecho que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 1998); 2. Es principio general el de que la capacidad de las personas se presume siempre (principio *pro capacitate*, derivado del de *favor testameti*); de forma que, toda persona se reputa en su «cabal juicio» como atributo normal de su ser, por lo que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo⁶⁵.

Para RODRÍGUEZ GUITIÁN para tener cabal juicio «no es suficiente con encontrarse en un estado de obnubilación que, no obstante, permita asentir o firmar; ni tampoco basta con tener una capacidad mental tan disminuida que las manías y las obsesiones eliminen con claridad de juicio y libertad de decisión»⁶⁶; y, por su parte, RUBIO GARRIDO considera que representa «una clara manifestación de la relevancia de la capacidad natural, esto es, de la real situación emocional, psíquica y volitiva de la persona, con total o gran independencia respecto de su

estado civil o de cualesquiera otras caracterizaciones formales o abstractas»⁶⁷. En todo caso, como constata la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2007⁶⁸ la situación de no encontrarse en su cabal juicio «no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento o espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretenda testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con él mismo se persigue». En sentido negativo, para el Tribunal Supremo son circunstancias insuficientes por sí mismas para incurrir en incapacidad para testar: a) La edad senil o senectud que no conlleve demencia senil; b) El hecho que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos siempre que no afecten a su salud mental; c) Que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias⁶⁹.

Sobre tales bases, la expresión «cabal juicio» no equivale a integridad absoluta de las facultades mentales. Ha de interpretarse en cuanto que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que, se estiman necesarias y expresivas de una aptitud mental, esto es, la suficiente capacidad natural de entender y querer⁷⁰. Por lo que, dentro de la expresión «cabal juicio» se ha de incluir no solo a las personas incapacitadas judicialmente, sino también a los incapaces de hecho —el Código civil emplea el término «accidentalmente»—. Lo que viene ratificado por lo dispuesto en el artículo 664 del Código civil, pues, se considera válido el testamento hecho antes de la enajenación mental⁷¹. De todas formas, conviene precisar que, respecto al incapacitado judicial habrá que estar a lo que disponga la sentencia de incapacitación y, en todo caso, podrá otorgar testamento en intervalo lúcido cumpliendo con los requisitos del artículo 665 como analizaremos. Asimismo, la posterior declaración judicial de incapacidad no supone *per se* que, el testador no se encontraba en su cabal juicio al tiempo de testar, al igual que, sucede con la enfermedad mental que tiene lugar después del otorgamiento del testamento —y antes de la enajenación mental— ; lo que ello no impide en ambos casos que, tales circunstancias puedan constituir un indicio de la falta de capacidad y servir de cumplida prueba para destruir la presunción *iuris tantum* de capacidad. En todo caso, cabal juicio como atributo normal inherente a cualquier persona, opera sobre la presunción *iuris tantum* de capacidad y, determina el mantenimiento de la declaración testamentaria en tanto no se acredite que, al tiempo de realizarla no tenía tal capacidad de entender y querer. Por otra parte, procede señalar que, la capacidad de testar es más amplia que la de contratar.

Ahora bien, como establece, asimismo, la doctrina para la determinación de si una persona está o no en su cabal juicio se ha de atender a la sencillez o no del testamento. Por lo que resulta lógico que, a mayor complejidad del testamento se requiera un mayor grado de facultades volitivas e intelectivas⁷².

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 1998⁷³, citada por la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 27 de junio de 2005⁷⁴ de forma acertada y contundente establece sobre la cuestión: «es constante la jurisprudencia que de antiguo y en interpretación de tales preceptos ha establecido: a) Que la incapacidad o afección mental ha de ser grave hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece con exclusión de la conciencia de sus propios actos (sentencia de 25 de abril de 1959); b) No bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas

conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentificación y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto de otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (sentencia de 25 de octubre de 1928), c) Que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (sentencia de 18 de abril de 1916); d) Que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1. La edad senil del testador, pues, «es insuficiente para considerarle incapaz de hecho» de tratarse de un anciano decrepito y achacoso... ni el Derecho ni la Medicina consienten que el solo hecho de llegar la senilidad equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerarlo demente, pues, la herencia a esta de un estado de demencia requiere especial declaración para ser fundamento de situación de derecho (sentencia de 25 de noviembre de 1928); 2. Que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (sentencia de 25 de octubre de 1928); 3. No obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el notario y los testigos (sentencia de 28 de diciembre de 1918); e) La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (sentencia de 1 de febrero de 1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser (sentencia de 25 de abril de 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum* que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que solo puede destruirse por una prueba en contrario «evidente y completa» (sentencias de 8 de mayo de 1922 y de 3 de febrero de 1951), «muy cumplida y convincente» (sentencias de 10 de abril de 1944 y de 16 de febrero de 1945), «de fuerza inequívoca» (sentencia de 20 de febrero de 1975), cualesquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto (sentencia de 25 de abril de 1959), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (sentencias de 23 de marzo de 1944, y de 1 de febrero de 1956); f) La falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción *iuris tantum* (sentencias de 23 de marzo de 1913; de 10 de abril de 1944; de 16 de febrero de 1945), que revela el acto de otorgamiento en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el notario (sentencia de 23 de mayo de 1944); g) Restando por añadir que la intervención de facultativos ni es necesaria en supuesto de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz —lo que no implica que puedan intervenir especialmente si el notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (sentencia de 18 de abril de 1916 y de 16 de noviembre de 1918)— pues el artículo 665 del Código civil no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (sentencia de 27 de junio de 1908)».

En este contexto, para la apreciación de si el testador está o no en su cabal juicio, se atenderá al estado en que se halle el testador al tiempo de otorgar el testamento, tal como dispone el artículo 666 del Código civil, lo que completa lo dispuesto en el citado artículo 664⁷⁵. De ahí que, la pérdida de juicio posterior que, puede dar lugar o no a la incapacitación judicial del testador no afecte, en principio, a la validez del testamento sobre la base de la mencionada presunción *iuris tantum* de capacidad que consagra el artículo 662 del citado cuerpo legal, ni viene a constituir prueba por sí sola de la incapacidad del testador en el momento de otorgamiento del testamento. Ello no prejuzga que, atendiendo las circunstancias anteriores o posteriores al otorgamiento de este, junto con las pruebas aportadas, puedan determinar, en un análisis de conjunto de todo ello, la nulidad del testamento⁷⁶. En todo caso, la prueba en contrario que puede destruir la presunción *iuris tantum* de capacidad ha de ser inequívoca, cumplida y convincente⁷⁷.

En todo caso, la sentencia de incapacidad judicial posterior al otorgamiento del testamento aunque puede constituir un indicio de la existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico del testador incapacitante en el momento de otorgamiento del testamento; debe ir acompañada de otras pruebas que, precisamente, acrediten la falta de capacidad del testador⁷⁸. De todas formas, la sentencia de incapacidad que tiene carácter constitutivo, no tiene eficacia retroactiva —sin efectos *ex tunc*—, por lo que solo privará a la persona de su capacidad para testar en el futuro, si así lo manifiesta la sentencia⁷⁹.

Sobre tales bases, como ha reiterado nuestra jurisprudencia, la sanidad de juicio del testar es una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al órgano judicial de instancia, que debe valorar toda la prueba pericial aportada y, en particular los dictámenes periciales conforme al principio de libre valoración y sin más sujeción que la pauta que ofrecen las reglas de la sana crítica, esto es, según la lógica y buen sentido⁸⁰. Por lo que, esa valoración de la prueba razonada y completa que realiza el tribunal de instancia no es revisable en casación, pues, además de no representar una tercera instancia⁸¹, solo excepcionalmente resulta posible revisar la valoración de la prueba, si se justifica que esta conduce a un resultado manifiestamente erróneo, arbitrario o ilógico⁸². Ahora bien, para la doctrina hay diversas circunstancias de las que se puede deducir la falta de cabal juicio. Así se refieren a la ancianidad —si bien, no constituye por sí sola causa de incapacidad para testar, aunque se acompañe de patologías asociadas a la edad (artrosis, lentitud en los movimientos, pérdida auditiva y visual, entre otras)—⁸³, enfermedad física y psíquica grave, demencia y, la depresión que puede derivar en suicidio. Respecto de la ancianidad, conviene precisar que, a la edad avanzada hay que asociar la existencia de enfermedades neurodegenerativas que, pueden conllevar una ausencia de cabal juicio, una alteración grave de la capacidad de entender y querer que, determinan la incapacidad para testar⁸⁴; asimismo, las enfermedades físicas y psíquicas han de ser lo suficientemente graves para mermar las facultades mentales del testador⁸⁵; y, en caso de demencia y otros deterioros cognitivos suelen ser de carácter progresivo y de una larga evolución. Al respecto precisa RODRÍGUEZ GUITIÁN «al ser las demencias de carácter progresivo, es complicado dar una regla general sobre su evolución en todos los casos, pero suelen distinguirse en las mismas tres fases, la inicial o leve, la intermedia o moderada y la avanzada o grave. Casi con toda probabilidad cabe sostener que muchas personas con demencias en estados iniciales mantienen una capacidad de tomar decisiones aceptables; por tanto, en la fase inicial existe una mínima capacidad para testar pero existe. En el extremo opuesto parece también indudable que en la fase avanzada, es decir, cuando se ha instaurado la enfermedad, la

incapacidad es evidente. La mayor dificultad se encuentra en la fase intermedia, donde la incapacidad puede darse o no»⁸⁶. En fin, en caso de suicidio que puede provenir de una depresión existente, en principio, tal enfermedad mental no priva, en principio, al individuo de su plenitud de facultades mentales, si bien, como toda enfermedad dependerá del estadio en que se encuentre; en el hipotético caso que, se otorgue testamento y la persona del testador se suicide después, esto no afecta a la validez del testamento, si en el momento de otorgamiento era plenamente capaz, aunque puede ser un indicio probatorio de un estado patológico depresivo en fase avanzada⁸⁷. En todos los supuestos descritos, la dificultad está en determinar en qué momento hay que entender que está afecto el estado mental de la persona —no se halla en su cabal juicio—.

Por otra parte, la falta de capacidad para testar determina la nulidad del testamento, pese al silencio del Código civil, como así se muestra partidaria la mayoría de la doctrina⁸⁸. En cambio, sí se pronuncia expresamente sobre tal nulidad el artículo 422-1.1 del CCC y el artículo 423.2 del CFA. En todo caso, esta acción de nulidad del testamento por falta de capacidad solo puede ejercerse una vez fallecido el testador. Así se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2010⁸⁹ en un caso en que el tutor interpuso la demanda de nulidad del testamento en su condición de representante legal antes del fallecimiento del testador, en vida de este, así a juicio del Alto Tribunal el tutor carece de legitimación activa, máxime si se plantea la acción de nulidad antes que tenga lugar la apertura de la sucesión del testador, pues, «1. El testamento es un acto sin eficacia hasta que se produce la muerte del causante. Aunque este fuese incapaz, no se puede impugnar un testamento que no tiene la condición de acto eficaz hasta que adquiere dicha eficacia, es decir, en el momento de la muerte del testador; 2. El tutor debe actuar en beneficio del tutelado. La acción para pedir la nulidad del testamento no beneficia para nada los intereses del incapaz, porque el testamento no va a ser eficaz en vida y cuando fallece, va a beneficiar los llamados en el testamento, pero no al incapaz y los interesados tienen legitimación para ejercer aquellas acciones que crean conveniente para pedir la nulidad de un testamento (...). 3. El propio testador no puede pedir la nulidad de un testamento por falta de capacidad o vicio de la voluntad, aunque tiene en su mano la revocación si es capaz. Si es incapaz serán sus sucesores los que impugnarán el testamento caso de no haberlo revocado el testador. Por lo que no pudiendo el tutelado ejercer esta acción, tampoco estará legitimado el tutor». En contra, se muestra RUBIO GARRIDO alegando para ello: «1. Si en lugar de testamento, hablásenos de un seguro de vida, del que fuera tomador el pupilo y beneficiario su amante captador o captadora ¿entonces si habría legitimación activa del tutor? ¿qué motivo práctico o de justicia fundamentaría la diferencia?; 2. Si en lugar del testamento, habláramos de un contrato sucesorio, en los términos más o menos estrechos o anchos que cupiesen según la ley española territorial civil aplicable al testador ¿también diríamos que el tutor no tiene legitimación activa porque nos encontramos con un negocio jurídico *mortis causa*?; 3. Si los hechos relatados nos condujeran a la convicción o certeza de que el testamento del incapaz fue otorgado en circunstancias delictivas ¿no tendría legitimación activa el tutor para el ejercicio de la acción penal y de la civil derivada de esos hechos?; 4 (...) A la locución del «beneficio personal del tutelado» cree que hay que darle una lectura más objetivadora, capaz de superar aquella que se detuviese en una hipotética lectura desde la mente y volición del incapacitado, desde sus supuestos deseos y apariencia. Dicho beneficio personal del tutelado lo ha de perseguir el tutor dentro de los parámetros sociales de custodia, intentando

no separar al tutelado de sus parientes y allegados, no permitiendo influencias nocivas o captaciones de interés». En base a todo ello, considera que, yerra el Tribunal Supremo en esta sentencia, pues, entiende que, sí tiene el tutor legitimación activa para pedir su nulidad por falta de capacidad, como la tiene para denunciar su nulidad por dolo y captación de voluntad⁹⁰.

Nos parece más oportuna la posición de la citada sentencia del Tribunal Supremo de 2010 y considerar que, el tutor no tiene legitimación activa en este supuesto. No es necesario forzar la intervención del tutor, pues, con ello no se protege ni se beneficia al tutelado/testador, que es lo que constituye la propia esencia de la actuación del aquel y de su labor representativa, máxime, en un supuesto como este en el que, estamos ante un acto con eficacia *mortis causa*. En todo caso, la acción de nulidad del testamento por falta de capacidad del testador podría ejercitarse por el tutor, una vez fallecido este.

1. OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE EN INTERVALO LÚCIDO

El artículo 665 del Código civil «*siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad*». Representa una manifestación del *favor testamenti* en cuanto posibilita el otorgamiento del testamento en intervalo lúcido. Se refiere a los incapacitados judicialmente, pero solo respecto de aquellos que la sentencia de incapacidad no diga nada acerca de su capacidad de testar y añade la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2018 que, aquella ha de ser firme⁹¹. Se debe haber incapacitado judicialmente antes del otorgamiento del testamento⁹²; si bien, no se niega al incapacitado judicialmente la posibilidad de hacer testamento⁹³. En consecuencia, se excluye del ámbito de aplicación del citado precepto a los no incapacitados, esto es, a los incapaces de hecho al operar la presunción de capacidad de testar de todas las personas no incapacitadas, siendo suficiente con el juicio de capacidad del notario, si el testamento es notarial⁹⁴, y, también respecto de los que la sentencia de incapacidad se haya pronunciado sobre la capacidad de testar. Así aquella puede, por un lado, contener un pronunciamiento favorable a la capacidad de testar del incapacitado, lo que, posibilita el otorgamiento del testamento; si bien esto no impide que, el notario determine si tiene o no capacidad en el momento de otorgamiento; o, bien, negar expresamente la capacidad de testar. En este último caso, se puede acudir al instrumento de la sustitución ejemplar⁹⁵, o que operen las normas de la sucesión intestada. De todas formas, atendiendo a los postulados de la Convención de Naciones Unidas resulta poco coherente con la misma que, se establezca en la sentencia de incapacidad de forma anticipada la falta de aptitud psíquica para testar del sujeto, si tenemos presente que, se puede testar en intervalo lúcido y, además que, la apreciación de la capacidad testamentaria ha de tener lugar precisamente, en el momento de otorgamiento de testamento no antes ni después⁹⁶.

En todo caso, la posibilidad de testar en intervalo lúcido solo opera con la forma de testamento notarial abierto, excluyendo con ello la forma ológrafa y resultando más discutible el testamento notarial cerrado, aunque el juicio de capacidad del testador realizado por el notario en el instante mismo de la extensión del acta de otorgamiento del testamento (art. 707.4 CC) pueda determinar

su aplicabilidad, si bien, también se puede considerar que, el notario no puede conocer con certeza si el testador tenía cabal juicio en el momento que, redactó el documento, pues, ciertamente son dos los momentos que, en este tipo de testamentos cerrados el testador ha de encontrarse en intervalo lúcido tanto en el momento que redacta el testamento, como cuando el notario da fe en el acta que, a su juicio el testador tiene capacidad legal necesaria para otorgar testamento; lo que resulta difícil en el primer momento descrito⁹⁷.

Ahora bien, el artículo 665 del Código civil exige, además de la intervención del notario autorizante, la de dos facultativos que reconozcan al testador. Tanto la designación de tales facultativos como la iniciativa de que intervengan en el acto de otorgamiento corresponde al notario autorizante⁹⁸. Precisamente, esta intervención de los dos facultativos tiene como función, además de acreditar la capacidad de entender y querer del testador, asegurar la validez del testamento⁹⁹. El límite mínimo es de dos facultativos —por imposición normativa—, aunque ello no impide que puedan ser consultados más de dos.

El reconocimiento de los dos facultativos debe ser anterior al otorgamiento del testamento, aunque la doctrina admite que se produzca en el mismo momento del otorgamiento (el artículo 698.2 del Código civil señala, precisamente, que al otorgamiento han de concurrir tales facultativos). En todo caso, no ha de recurrir un lapso temporal amplio entre el reconocimiento y otorgamiento por el principio de unidad de acto¹⁰⁰.

No hace falta que sean especialistas en psiquiatría o enfermedades mentales, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018 se destaca que en la sentencia recurrida se valoró, además, de la opinión profesional del notario, la de la médica de cabecera que atendió a la testadora durante catorce años.

En todo caso, lo que han de dictaminar los facultativos es que el testador posee la capacidad suficiente de entender y querer exigible al acto mismo de testar¹⁰¹.

Si el informe es desfavorable, no puede el notario autorizar el testamento por imperativo del artículo 665 del Código civil. Ahora bien, si discrepa del informe favorable de los facultativos, debe prevalecer en todo caso la opinión del notario¹⁰². El testamento que se otorga en intervalo lúcido es válido y goza de la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador —informe favorable de los facultativos y asimismo, constatación de dicha capacidad por el notario autorizante—. Si bien, tal presunción puede destruirse por prueba en contrario, aunque las pruebas han de ser cumplidas y convincentes —pues la aseveración favorable de los facultativos y el acto de fe de capacidad del testador por parte del notario admiten prueba en contrario—¹⁰³.

Ahora bien, si el incapacitado otorga testamento sin las formalidades del artículo 665 del Código civil o utilizando alguna forma testamentaria excluida del ámbito del precepto, el testamento es nulo¹⁰⁴.

Por otra parte, la intervención de los facultativos también puede tener lugar, aplicando analógicamente el artículo 665 del Código civil, cuando se trate de incapaces de hecho, y el notario tenga dudas sobre su capacidad. En este caso, la intervención de los facultativos será voluntaria, porque así lo solicite el notario. Precisamente a ello se refiere el artículo 421-9.1 del CCC al señalar que, «si el testador no está incapacitado judicialmente el notario debe apreciar su capacidad para testar de acuerdo con el artículo 421-7 y si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos, los cuales, si procede, deben certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo». La exigencia de la intervención de dos facultativos no es en este caso

preceptiva; y solo coadyuva en la fijación del juicio notarial de capacidad a la par que refuerza la presunción de capacidad de testar¹⁰⁵.

En este contexto, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018 se analiza la validez del testamento otorgado por persona con la capacidad modificada judicialmente, que se sometió a curatela para la realización de actos de disposición, no pronunciándose la sentencia expresamente sobre su capacidad para hacer testamento. Por lo que es aplicable a este supuesto el artículo 665 del Código civil. Partiendo del principio general de capacidad de las personas, y en especial en los casos de incapacitación de la presunción de capacidad para testar, de la necesidad de modular o graduar la incapacidad y la importancia de atender y aplicar los postulados de la Convención de la ONU. Dicha sentencia establece como doctrina jurisprudencial que: en primer lugar, «(...) esta Sala no observa ninguna vulneración evidente o manifiesta en la valoración de la capacidad para otorgar testamento. La sentencia recurrida parte de que no existe pronunciamiento previo en la sentencia de incapacitación y de que corresponde al notario asegurarse de que, a su juicio, el testador tiene la capacidad legal necesaria para testar, lo que en el caso hizo contando con el juicio favorable de dos facultativos. La sentencia recurrida valoró, además, junto a la opinión profesional del notario y de la médica de cabecera que atendió a la testadora durante catorce años, otro tipo de pruebas, como lo manifestado por la testadora en el previo procedimiento de modificación de su capacidad, la realización de otros actos jurídicos antes y después de la modificación judicial de la capacidad, o la coherencia de la voluntad de dejar sus bienes a las personas que le prestaron su apoyo y en quien confiaba». A continuación sostiene que «(...) la finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar. En consecuencia, con independencia de cuál sea la causa de la discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, y con independencia de que la enfermedad se mantenga estable o evolucione, de manera que la persona recupere sus facultades, el artículo 665 del Código civil ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar». Como consecuencia de todo ello desestima el segundo motivo de casación.

En cuanto al primer motivo del recurso de casación se indica que, versa sobre si puede otorgar testamento conforme al artículo 665 del Código civil una persona que, de acuerdo con lo dispuesto en una sentencia de modificación de la capacidad de obrar, precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición. La Sala desestima también el motivo por las siguientes razones: «1. El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La Convención proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad así como promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1); 2. De manera específica para el testamento, el artículo 662 del Código civil establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad; 3. Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de

disposición *inter vivos* y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual; 4. Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento; 5. Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la “enajenación mental” es válido (art. 664). Y también el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC); 6. Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente el artículo 665 del Código civil impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.

Como ha declarado reiteradamente esta Sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes».

En aplicación al caso de la doctrina expuesta, concluye que «acierta la sentencia recurrida cuando afirma que la limitación de la capacidad de obrar establecida por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento. El testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el artículo 665 del Código civil y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad para testar precisamente mediante otras pruebas cumplidas y convincentes.

Puesto que, en el caso, la sentencia de la Audiencia Provincial, mediante la valoración de todas las pruebas, no ha considerado probado que la testadora careciera de capacidad para testar, debe ser confirmada».

En esta resolución se observa los postulados expuestos sobre la regla general de capacidad para testar, que, se mantiene, incluso en los supuestos de personas con la capacidad modificada judicialmente, pues, la Convención de la ONU de personas con discapacidad sienta como principio general el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas, y que las medidas de apoyo han de adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad que, serán proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, de ahí en la necesidad de graduar o modular cualquier incapacitación y la importancia del papel del notario en la determinación del juicio de capacidad que, ha de ser apreciado en el mismo momento del otorgamiento del testamento y que, igualmente, estará vinculado por los postulados de la Convención. Este juicio de capacidad en caso de sentencia de incapacidad sin pronunciamiento sobre la capacidad de testar debe ser completado por dos facultativos como establece el artículo 665 del Código civil. Sobre tales bases, la incapacidad para testar debe ser la excepción, pues, se debe partir de un amplio reconocimiento de la capacidad de testar como una manifestación del *favor testamenti* y, además, la disposición de los bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de disposición *inter vivos*, pues, además del carácter personalísimo del testamento que impide que su falta de capacidad pueda ser integrada con la intervención del tutor, curador o con autorización judicial, asimismo, de la presunción *iuris tantum* de capacidad para testar —si hay informe favorable de dos facultativos y así lo estima el notario—,

hay que señalar que de no resultar válido el testamento por falta de capacidad del testador, este no resulta perjudicado en su posición jurídica, y, en consecuencia, operarán las reglas de la sucesión intestada, a las que recordemos el legislador mira con cierto recelo, dando por ello el máximo valor a la voluntad testamentaria. Lo cierto es que, sin perjuicio de la complejidad que puede entrañar la elaboración de cualquier disposición testamentaria, nuestro legislador ha optado por un tratamiento más flexible y laxo en la ejecución de actos de disposición *mortis causa* mediante la regla específica del artículo 665 del Código civil frente a lo dispuesto con carácter general en el artículo 1263.2 de citado cuerpo legal para los actos de disposición *inter vivos* y sin regla equivalente.

En esta línea también de fomentar la capacidad de testar y, ampliar al máximo su operatividad, y solo en caso de duda manifiesta y de forma excepcional, solicitar por el notario la intervención de dos facultativos que, dictaminen sobre la aptitud del testador, se contiene en la nueva redacción del artículo 665 del Código civil dada por el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, redactándose del siguiente modo «*si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al notario de su aptitud para otorgarlos, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que, previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud*»¹⁰⁶. Se suprime también la necesidad de sentencia de incapacitación previa en la que no conste nada sobre la capacidad para testar, o se le otorgue tal capacidad —lo que claramente opera como señalamos, en la línea de la Convención reforzando la autonomía y toma de decisiones del individuo discapacitado en todos los actos que le afecten, siendo el sistema de apoyo convenido simplemente una ayuda cuando resulte necesario—. En la misma línea, en sede de matrimonio a la hora de determinar la capacidad matrimonial de los contrayentes se pronuncia el artículo 56 apartado segundo del Código civil —reformado por la Ley 15, 2015, 2 de julio de en vigor a partir del 30 de junio de 2020— dispone que «*solo en caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*». De nuevo para ambos actos —testamento y matrimonio— se potencia la autonomía y capacidad del individuo. Y solo excepcionalmente se acude a la intervención de facultativos, pues, se opta por reforzar la presunción *iuris tantum* de capacidad.

2. EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD DEL TESTADOR

Con la reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991 el artículo 685.1 del Código civil establece que solo corresponde al notario identificar al testador y apreciar su capacidad. El citado precepto tiene su homólogo en el artículo 696 del citado texto legal para el testamento abierto y el 707.4 para los cerrados. Por lo que se aplica a todas las formas testamentarias menos la ológrafo. Por el contrario, el párrafo 2 del citado artículo 685 para los testamentos otorgados solo ante testigos —en peligro inminente de muerte y en caso de epidemia— corresponde a los testigos asegurarse de la capacidad del testador. La apreciación por el notario de la capacidad del testador se manifiesta en dos planos de actuación: uno, sustantivo o material que, coincide con la comprobación de la capacidad del testador por parte de aquél; y, el otro formal, que consiste en la plasmación documental de tal capacidad apreciada por el notario, esto es, su

constancia en el testamento¹⁰⁷. No hace falta emplear expresiones formalistas o protocolarias ni utilizar las mismas palabras que se contienen en el artículo 696 del Código civil, basta con que quede constancia que, el notario considera al testador con suficiente capacidad de obrar¹⁰⁸.

La aseveración notarial de la capacidad del testador no significa que tenga que constatarlo con una certeza absoluta pese a la expresión del artículo 685 del Código civil «deberá asegurarse» que, parece que dota de cierta imperatividad a su actuación, pues, queda atenuada la misma por otra expresión «a su juicio» contenida en este mismo precepto a continuación de la otra indicada. El notario deberá emplear los medios que tiene a su alcance para llegar al convencimiento que, el testador es una persona capaz para disponer de sus bienes en testamento comprobando su grado de discernimiento¹⁰⁹. En todo caso, el juicio del notario es exclusivamente propio y personal —apreciación subjetiva— que, no se apoya en la colaboración de especialista como ocurre con el supuesto de artículo 665 del Código civil¹¹⁰.

Ahora bien, la manifestación del notario autorizante del testamento en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial adquiere una especial relevancia, constituyendo una energética presunción *iuris tantum* de aptitud que, solo puede destruirse mediante prueba en contrario. Prueba que no deberá dejar margen racional de duda, ha de ser cumplida y convincente, esto es, demostrativa que, en el momento de testar no se hallaba el testador en su cabal juicio, puesto que la aseveración del fedatario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre —aunque no deviene inatacable—¹¹¹. Al respecto precisa la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 4.^a, de 24 de enero de 2002¹¹² que «este juicio emitido por el Notario como tal y en cumplimiento de un encargo legal y expresado en testamento, genera una «verdad oficial» según la cual el testador es tenido como capaz a efectos de disponer su última voluntad «verdad oficial» que tiene claramente el valor de presunción *iuris tantum* y que, por consiguiente, puede desvirtuarse en el correspondiente proceso declarativo, probando que al tiempo de otorgar el testamento el testador no se hallaba en su cabal juicio». Ciertamente, el juicio de capacidad que realiza el notario aunque constituye una «verdad oficial» no es una verdad inamovible, en cuando representa una presunción *iuris tantum* «reforzada» que, puede destruirse mediante prueba en contrario inequívoca, cumplida y convincente, no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas¹¹³ y que se hará valer en el correspondiente procedimiento declarativo¹¹⁴. En todo caso, la apreciación de la falta de capacidad del testador determina la nulidad del testamento.

En fin, no podemos finalizar este apartado sin señalar que, la intervención notarial no se limita solo a dar fe de la capacidad del testador, lo que representa un refuerzo importante a la voluntad del testador y, por ende, a autorizar el testamento ni a procurar la redacción del mismo, sino que como también, como manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de septiembre de 1998 «el deber profesional y más aún el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos que, se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador porque la voluntad inicial de éste puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de la de asesorar o más bien, pone el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad». Por lo

que, asimismo, el notario, en su labor de fedatario público, cumple una función de asesoramiento y de acomodo de la última voluntad del testador, precisamente, a la legalidad vigente.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2015). *Curso de Derecho Civil*, V Derecho de sucesiones, undécima edición, Madrid: Edisofer.
- COBACHO GÓMEZ, J.A. (2014). Sobre la intervención notarial respecto de la capacidad legal para testar. En: A. Domínguez Luelmo y M.^aP. García Rubio (dirs.), *Estudio de Derecho de Sucesiones, Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Madrid: La Ley.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2014). La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad. En: A. Domínguez Luelmo y M.^a Paz García Rubio (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Madrid: La Ley.
- JORDANO BAREA, J.B. (1991). Comentario al artículo 667 del Código civil, *Comentario del Código civil, T.I*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, V Sucesiones, 4.^a edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). Comentario al artículo 685 del Código civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IV*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Barcelona: Bosch.
- PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacidad?, *La Ley 9 de septiembre*.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). El testamento. En: M. Á. Pérez Álvarez (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. V Derecho de sucesiones*, reimpresión de la primera edición, Madrid: Edisofer.
- PUIG FERRIOL, L. (1991). Comentario al artículo 662 del Código civil, *Comentario del Código civil, T. I*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2016). Comentario al artículo 685 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. II*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil. En: Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. II*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor.
- *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Navarra: Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículo 662 a 666 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IV*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RUIZ MOROLLÓN, F. (2018). Testamento del judicialmente incapacitado, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 80, de julio-agosto.

- VARQUER ALOY, A. (2015). La protección del testador vulnerable, *Anuario de Derecho Civil, Fasc. II*.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2014). La nulidad del testamento derivada de vicios de la voluntad en su otorgamiento. En: Fco. Lledó Yagüe, M.^a P. Ferrer Vanrell y J.Á. Torres Lana (dirs.), *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Madrid: Dykinson.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 10 de abril de 1944.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de febrero de 1956.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de mayo de 1962.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 1962.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de diciembre de 1970.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de mayo de 1998.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de febrero de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de noviembre de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de junio de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de julio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de junio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de julio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de septiembre de 2018.
- RDGRN, núm. 7104, 10 de mayo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de junio de 2018.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 8 de mayo de 2014.
- SAP Pontevedra, secc. 4.^a, 24 de enero de 2002.
- SAP Barcelona, secc. 18^a, 11 de mayo de 2004.
- SAP Zamora, secc. 1.^a, 7 de marzo de 2005
- SAP Cuenca, secc. 1.^a, 22 de noviembre de 2006.
- SAP La Rioja, secc. 1.^a, 13 de marzo de 2007.
- SAP Valencia, secc. 7.^a, 13 de junio de 2012.
- SAP Pontevedra, secc. 6.^a, 2 de diciembre de 2013.
- SAP Madrid, secc. 25.^a, 30 de diciembre de 2015.
- SAP Alicante, secc. 6.^a, 9 de mayo de 2017.
- SAP Barcelona, secc. 1^a, 12 de febrero de 2018.

NOTAS

¹ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 16 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999, 6938) en la que pone de manifiesto que, «implicando la incapacidad la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de dignidad de

la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial»; y, 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5204); y, las SAP Alicante, 22 de febrero de 1995 (*AC* 1995, 333); SAP León, secc. 2.^a, 19 de noviembre de 1998 (*AC* 1998, 2073); SAP Alicante, secc. 6.^a, 8 de noviembre de 2001 (*AC* 2002, 284); SAP Castellón, secc. 1.^a, 2 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 701); y, SAP Barcelona, secc. 15.^a, 8 de julio de 2004 (*AC* 2004, 1244).

² *Vid.*, las STS, Sala de lo Civil, 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4428) en un caso de demencia senil, enfermedad que se considera de carácter permanente e irreversible; lo que determina su incapacidad para autogobernarse; y, las SAP Burgos, secc. 2.^a, 15 de mayo de 1995 (*AC* 1995, 1665); SAP Castellón, secc. 1.^a, 21 de marzo de 2001 (*JUR* 2002, 29095); SAP A Coruña, secc. 4.^a, 23 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 226196); de la SAP Alicante, secc. 6.^a, 8 de noviembre de 2001 (*AC* 2002, 284); SAP Castellón, secc. 1.^a, 20 de marzo de 2002 (*JUR* 2004, 701); SAP Girona, secc. 1.^a, 26 de marzo de 2001 (*JUR* 2001, 178887); SAP Barcelona, secc. 18.^a, 21 de marzo de 2003 (*JUR* 2003, 197860); 11 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 189807); y, 15 de julio de 2004 (*JUR* 2004, 218155); SAP Zamora, secc. 1.^a, 7 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 566); SAP Castellón, secc. 3.^a, 18 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 1201); SAP Cuenca, secc. 1.^a, 22 de noviembre de 2006 (*AC* 2006, 2317); y, SAP La Rioja, secc. 1.^a, 13 de marzo de 2007 (*AC* 2007, 1068).

³ La SAP Cantabria, 11 de enero de 1994 (*AC* 1994, 19) señala que «(...) la imposibilidad para el autogobierno debe referirse a la capacidad general del sujeto ante la vida social, y no a su ineptitud ante una determinada relación o situación en que se encuentre, implicando pues, el autogobierno, una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial; y la valoración judicial de las repercusiones de una enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión, entendida en el sentido de conciencia suficiente de la propia actuación general, constituye la médula del sistema de incapacitación de la persona en nuestro derecho, debiendo centrarse la actuación del juez en precisar dos extremos: 1. Que la enfermedad o deficiencia efectivamente incide, es la conducta del presunto incapaz. 2. Que esa incidencia es de entidad suficiente para impedir un comportamiento normal respecto de su persona y bienes o algunos de ambos extremos, debiendo tenerse en cuenta el contenido del artículo 210 del Código civil». Asimismo, *vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 1 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 408); y, 26 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 7845); y, las SAP Cantabria, secc. 2.^a, 4 de septiembre de 1997 (*AC* 1997, 1773); y, SAP Málaga, secc. 5.^a, 15 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006, 30510).

⁴ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 16 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999, 6938).

⁵ *RJ* 2012, 9713.

⁶ *RJ* 1998, 3378.

⁷ *RJ* 1999, 7845.

⁸ *RJ* 2002, 10266.

⁹ *RJ* 2004, 4297.

¹⁰ *RJ* 1998, 6134. Asimismo, *vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 24 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 3948); 14 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4755); y, 4 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5138).

¹¹ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 520) persistencia «equivale a permanencia firme con independencia de su mayor o menor intensidad periódica, por lo que tal concepto de persistencia es perfectamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiestan en fases cíclicas»; 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9438); 31 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 8004); y, 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5204) donde se señala que autogobierno significa «la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no solo los materiales, sino también los morales, y, por ende, la guarda de la propia persona» o, como dice un autor, «el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad, como en el plano económico o patrimonial». Desde el punto de vista médico, se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las

necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado). En el informe emitido por el médico forense contiene las siguientes consideraciones médico-forenses: «Don Mauricio presenta una tretalgia y una imposibilidad para la comunicación verbal; precisando de cuidados de forma continua, con imposibilidad de autogobierno para su persona».

¹² *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4290).

¹³ Artículo 211-3 dispone que: «*1. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente Código. 2. La plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad. 3. Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva atendiendo a la capacidad natural.*

¹⁴ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 17 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5726).

¹⁵ PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?, *La Ley 9 de septiembre*, 10.

¹⁶ *RJ* 2009, 2901.

¹⁷ *RTC* 2002, 174.

¹⁸ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 14 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4755).

¹⁹ *RJ* 2015, 4755.

²⁰ *RJ* 2015, 4900.

²¹ *RJ* 2015, 5138.

²² *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 1 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4518); y, 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900).

²³ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 2023); 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2311); 4 de abril de 2017 (*RJ* 2017, 1505); y 6 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1062).

²⁴ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4290).

²⁵ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 17 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 3020).

²⁶ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 16 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2207); 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 5913); y, 15 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2449).

²⁷ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 1 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4518).

²⁸ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900).

²⁹ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 5913).

³⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2016). El testamento. En: M. Á. Pérez Álvarez (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. V Derecho de sucesiones, reimpresión de la primera edición, Madrid: Edisofer, 101.

³¹ JORDANO BAREA, J.B. (1991). «Comentario al artículo 667 del Código civil», *Commentario del Código civil*, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1679.

³² LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, V Sucesiones, 4.^a edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 166-167; AL-BALADEJO GARCÍA M. (2015). *Curso de Derecho Civil*, V Derecho de sucesiones, undécima edición, Madrid: Edisofer, 213-214.

³³ *Vid.*, las SAP Asturias, secc. 5.^a, 15 de enero de 1996 (*AC* 1996, 105); y, SAP Murcia, secc. 1.^a, de 14 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 277021).

³⁴ *RJ* 2018, 1090.

³⁵ En esta línea, MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Barcelona: Bosch, 56.

³⁶ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 16 de abril de 1959 (*RJ* 1959, 1552); y, 5 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010, 84).

³⁷ *Vid.*, por todos, VERDERA IZQUIERDO B. (2014). «La nulidad del testamento derivada de vicios de la voluntad en su otorgamiento». En: Fco. Lledó Yagüe, M.^a P. Ferrer Vanrell y J.A. Torres Lana (dirs.), *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Madrid: Dykinson, 632. Se incluye tanto la violencia física (*vis absoluta*) como la violencia moral (*vis compulsiva*) y, asimismo, el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la de sus familiares que, van a determinar la forma cómo se va a emitir la declaración de voluntad testamentaria.

³⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil. En: Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, y Rosario Valpués-

ta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. II*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 263.

³⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (2016). El testamento, *op. cit.*, 108.

⁴⁰ *RJ* 2014, 6020. *Vid.*, asimismo, SAP Toledo, secc. 1.^a, 20 de mayo de 2013 (*AC* 2013, 1152).

⁴¹ MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 68.

Por su parte, la STS, Sala de lo Civil, 28 de septiembre de 2011 (*RJ* 2011, 6586) referido al dolo en contratos señala que «lo constituye no solo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, omitiendo hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato».

⁴² *Vid.*, la SAP León, secc. 3.^a, 3 de noviembre de 2008 (*AC* 2009, 177). Por su parte, el artículo 203.2 de la Ley 2, 2006, de 14 de junio de Derecho civil de Galicia considera válida «la disposición a favor de quien cuide al testador. Salvo que se disponga otra cosa, si el testador hubiera designado testamente, será este quien determine en escritura pública la personas o personas que cuidan del testador».

⁴³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil, *op. cit.*, 263.

⁴⁴ GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2014). Relaciones de cuidado y Derecho sucesorio: algunos apuntes. En: A. Domínguez Luelmo y M.^a P. García Rubio (dirs.), *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber amicorum Teodora Torres García*, Madrid: La Ley, 485-486, pone el acento en quienes están más próximos al testador —más o menos vulnerable—, pues, en el momento de hacer testamento son quienes más fácilmente pueden captar su voluntad.

Vid., asimismo, las SAP Valencia, secc. 7.^a, 13 de junio de 2012 (*JUR* 2012, 358279); SAP Pontevedra, secc. 6.^a, 2 de diciembre de 2013 (*JUR* 2013, 380563); y, SAP Barcelona, secc. 1.^a, 12 de febrero de 2018 (*AC* 2018, 174).

⁴⁵ MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 59; VARQUER ALOY, A. (2015). La protección del testador vulnerable, *Anuario de Derecho Civil, Fasc. II*, 342.

⁴⁶ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 1 de junio de 1962 (*RJ* 1962, 2619).

⁴⁷ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 7696).

⁴⁸ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 3 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1625).

⁴⁹ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 9 de junio de 1987 (*RJ* 1987, 4049) medios extrínsecos; y, 28 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4578).

⁵⁰ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 4900); 5 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 1101); y, 21 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 3238).

⁵¹ *Vid.*, las SAP A Coruña, secc. 4.^a, 4 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 65601); SAP Albacete, secc. 2.^a, 24 de abril de 2013 (*AC* 2013, 1123); SAP Sevilla, secc. 6.^a, 9 de julio de 2014 (*AC* 2014, 1754); SAP Las Palmas, secc. 5.^a, de 26 de enero de 2015 (*AC* 2015, 311); y, SAP, secc. 14.^a, 16 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 187952).

⁵² RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil, *op. cit.*, 258-259. Por su parte, la STS, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2449) establece que no se extiende la curatela a los actos de disposición *mortis causa* al ser el testamento un acto personalísimo.

⁵³ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 7 de diciembre de 1970 (*RJ* 1970, 5437) legitimación activa corresponde a cuantas personas tengan interés en la apertura de la sucesión testada; y, la SAP Barcelona, secc. 13.^a, 26 de octubre de 2011 (*AC* 2014, 2154).

⁵⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). El testamento, *op. cit.*, 105. *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 18 de marzo de 1988 (*RJ* 1988, 10355); 19 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988, 6399); 13 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 7863); 20 de mayo de 1994 (*RJ* 1994, 3723); 31 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 1717); 27 de junio de 2005 (*RJ* 2005, 9688); 21 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007, 8119); 26 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 2680); y, 7 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3157). Asimismo, *vid.*, las SAP La Rioja, secc. 1.^a, 3 de marzo de 2014 (*AC* 2014, 641); SAP Jaén, secc. 1.^a, 15 de octubre de 2014 (*AC* 2014, 2381); y, SAP Cuenca, secc. 1.^a, 10 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 139515).

⁵⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil, *op. cit.*, 261. *Vid.*, asimismo, las SSTS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 1995 (*RJ* 1995, 3256); 15 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 2501); y, 4 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 7401); y, la SAP Granada, secc. 3.^a, 12 de julio de 2002 (*AC* 2002, 1559).

⁵⁶ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 24 de febrero de 1981 (*RJ* 1981, 605); y, 7 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3157); y, la SAP Madrid, secc. 11.^a, 23 de julio de 2011 (*AC* 2011, 2109).

⁵⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil, *op. cit.*, 261. *Vid.*, asimismo, la SAP A Coruña, secc. 3.^a, 15 de noviembre de 2013 (*JUR* 2013, 374608).

⁵⁸ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 12 de mayo de 1998 (*RJ* 1998, 3570); 21 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007, 8119); y 22 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 465).

⁵⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 161 señala que, hay quien considera que resulta demasiado baja la edad exigida para testar en contraste con la capacidad negocial general. Y aclara que esta diferencia se justifica desde diversos puntos de vista «de una parte, el testamento es revocable y no produce efectos sino desde el fallecimiento del testador, de modo que no podría causar daño al que lo otorga, ni tampoco a los acreedores o legítimos que tienen sus derechos garantizados en diversos precepto legales; tampoco arrebata al menor la posibilidad de cambiar ulteriormente de opinión con juicio más maduro; finalmente, se hace notar que si el menor no otorga testamento, no puede otorgarlo nadie por él, ya que no sería admisible la concurrencia al acto, para aprobarlo, del representante legal, ni menos la sustitución del causante interesado por su representante legal en el otorgamiento».

⁶⁰ *Vid.*, por todos, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil, *op. cit.*, 266. En la misma línea, el artículo 408.2 del CFA y la Ley 193 del FNN, pues, ambas legislaciones exigen mayoría de edad; en cambio, el artículo 421.17 del CCC permite otorgar testamento ológrafo a mayores de edad y menores de edad emancipados.

⁶¹ *RJ* 1962, 5063.

⁶² *AC* 2003, 1597.

⁶³ *AC* 2008, 305.

⁶⁴ *AC* 2014, 2154.

⁶⁵ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 27 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8717).

⁶⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016) Comentario al artículo 663 del Código civil, *op. cit.*, 267.

⁶⁷ RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículo 662 a 666 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. IV, Valencia: Tirant lo Blanch, 5122.

⁶⁸ *RJ* 2007, 7401.

⁶⁹ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 27 de enero de 1998.

⁷⁰ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 663 del Código civil, *op. cit.*, 267; MESA MARRERO C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 20. *Vid.*, asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 27 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8717); y, la SAP Barcelona, secc. 1.^a, 26 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 6684).

⁷¹ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 22 de junio de 1992 (*RJ* 1992, 5460); y, 19 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6399).

⁷² RODRÍGUEZ GUITIAN, A. (2016). Comentario al artículo 663 del Código civil, *op. cit.*, 267; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 43. Asimismo, *vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 19 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6399).

⁷³ *RJ* 1998, 3570.

⁷⁴ *RJ* 2005, 9688.

⁷⁵ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 30 de noviembre de 1968 (*RJ* 1968, 5708); 13 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 7863); 26 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 2680); 22 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 3578); y, 26 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 3578). Asimismo, *vid.*, las SAP Barcelona, secc. 1.^a, 26 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 6684); SAP Burgos, secc. 2.^a, 21 de diciembre de 2006 (*AC* 2007, 326) testamento ológrafo de forma manuscrita otorgado en su habitación del hospital en presencia de varias personas y el beneficiario con el testamento. Causante

que no podía comprender la importancia y consecuencias de sus propias acciones. Estado de importante deterioro físico y «adormilada», bajo los efectos de una fuerte medicación para el dolor; SAP Las Palmas, secc. 3.^a, 25 de abril de 2006 (AC 2006, 1008); y, secc. 5.^a, 31 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 147032) metástasis cerebral del carcinoma pulmonar diagnosticado un mes antes de otorgar testamento; SAP Madrid, secc. 18.^a, 9 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 68360); SAP Jaén, secc. 1.^a, 15 de octubre de 2014 (AC 2014, 2361); y, SAP Alicante, secc. 6.^a, 9 de mayo de 2017 (AC 2017, 1341).

⁷⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 666 del Código civil, *op. cit.*, 272 y 279-280; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 16-17; RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5122.

⁷⁷ *Vid.*, la SAP A Coruña, secc. 3.^a, 15 de noviembre de 2013 (*JUR* 2013, 374608).

⁷⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 666 del Código civil, *op. cit.*, 279-280; RUBIO GARRIDO T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5122; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 16-17.

⁷⁹ RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5123. Asimismo, *vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 18 de marzo de 1988 (*RJ* 1988, 10355); y, 28 de septiembre de 2018 (*JUR* 2018, 261966).

⁸⁰ MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 24-25. *Vid.*, asimismo, las SSTS, Sala de lo Civil, 10 de abril de 1944 (*RJ* 1944, 5339; 16 de febrero de 1945 (*RJ* 1945, 138); 9 de abril de 1948 (*RJ* 1948, 474); 1 de febrero de 1956 (*RJ* 1956, 680); 25 de marzo de 1957 (*RJ* 1957, 1181); 19 de enero de 1960 (*RJ* 1960, 437); 12 de mayo de 1962 (*RJ* 1962, 2245); 8 de marzo de 1972 (*RJ* 1972, 1091); 20 de febrero de 1975 (*RJ* 1975, 661); 7 de octubre de 1982 (*RJ* 1982, 5545); 30 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 8582); y 26 de abril de 1995 (*RJ* 1995, 3256); la STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 21 de junio de 1990 (*RJ* 1994, 9031); y, las SAP Barcelona, secc. 14.^a, 19 de diciembre de 2007 (AC 2008, 481) tests minimentales que acreditan un deterioro mental grave y evidente; SAP Madrid, secc. 11.^a, 23 de julio de 2011 (AC 2011, 2109) informes periciales, documental aportada y declaraciones testimoniales. Incapacitación por demencia en grado moderado con deterioro cognitivo que le priva de su capacidad de conocer y querer; y, SAP Madrid, secc. 25.^a, 30 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 39051) testifical del médico de la fallecida.

⁸¹ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 29 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 2310); y, la SAP La Rioja, secc. 1.^a, 3 de marzo de 2014 (AC 2014, 641).

⁸² MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 24-25.

⁸³ *Vid.*, la SAP Jaén, secc. 1.^a, 2 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 31208) persona de avanzada edad consciente de sus limitaciones físicas que, no le impiden llevar una vida normal y asumir tareas cotidianas con ayuda de su sobrina o hermana, teniendo conciencia y percepción de la realidad y alcance de sus actos.

⁸⁴ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2006). *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Navarra: Thomson-Civitas, Cizur Menor, 15 señala al respecto que «en gran número de casos la ancianidad se presenta como una situación limítrofe entre la plenitud de facultades mentales y la ausencia de cabal juicio (por ejemplo, cuanto más edad se alcanza más posibilidades reales hay de sufrir demencia senil o cualquier otro deterioro mental o físico de carácter grave)».

En esta línea, las SAP Jaén, secc. 3.^a, 12 de mayo de 2004 (AC 2994, 948) demencia tipo alzheimer de origen degenerativo, incurable y progresivo; SAP Almería, secc. 1.^a, 29 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 485307) demencia senil progresiva e irreversible; SAP Lugo, secc. 1.^a, 7 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 116453) falta de capacidad de la testadora en el momento en que lo efectuó al padecer parkinson y demencia senil; SAP Madrid, secc. 19.^a, 9 de junio de 2014 (AC 2014, 1621) demencia senil permanente e irreversible; SAP Alicante, secc. 6.^a, 10 de febrero de 2015 (AC 2015, 532) enfermedad de alzheimer en grado avanzado; y, 5 de octubre de 2016 (*JUR* 2017, 11041) padece el testador la enfermedad de alzheimer en estado grave; SAP Pontevedra, secc. 6.^a, 2 de noviembre de 2017 (*JUR* 2017, 289697)

síndrome demencial tipo alzheimer de la testadora, llevándola a la imposibilidad de atender a sus más elementales necesidades como persona por sí misma; y, SAP A Coruña, secc. 5.^a, 12 de diciembre de 2017 (*JUR* 2018, 51413) deterioro cognitivo grave.

⁸⁵ *Vid.*, la SAP Las Palmas, secc. 4.^a, 26 de julio de 2000 (*JUR* 2001, 15672) incapacidad legal para testar por grave deterioro psíquico derivado de toxicomanía alcohólica.

⁸⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 663 del Código civil, *op. cit.*, 269.

Por su parte, la SAP Murcia, secc. 5.^a, 22 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 936) hace referencia a la existencia de un significativo deterioro mental.

⁸⁷ MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 33-34; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 663 del Código civil, *op. cit.*, 269; PUIG FERRIOL, L. (1991). Comentario al artículo 662 del Código civil, *Comentario del Código civil*, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1670. Por su parte, la SAP Cuenca, secc. 1.^a, 10 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 139515) descarta que el suicidio pueda considerarse circunstancia que suponga ausencia de cabal juicio.

⁸⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 662 del Código civil, *op. cit.*, 260; RUBIO GARRIDO T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5135.

⁸⁹ *RJ* 2010, 2326.

⁹⁰ RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5138-5139.

Por su parte, la STS, Sala de lo Civil, 7 de diciembre de 1970 (*RJ* 1970, 5437) dispone que tienen legitimación activa para solicitar la nulidad del testamento a cuantas personas tengan interés en la apertura de la sucesión testada.

⁹¹ *JUR* 2018, 261966. El testamento se otorgó tras la sentencia de primera instancia y pendiente de su apelación. Por lo que, ante la ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar testamento, la sentencia de la Audiencia aplica correctamente el principio *favor testamenti* y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado. Además, se señala que, tal interpretación no ha de verse como una dificultad para anular los actos otorgados por las personas en tanto no hay recaído una declaración judicial firme de incapacidad, pues, siempre cabe la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte.

⁹² *Vid.*, la SAP Soria, secc. 1.^a, 22 de junio de 2010 (*AC* 2010, 1128).

⁹³ En esta línea, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 666 del Código civil, *op. cit.*, 273; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 107. *Vid.*, asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 20 de mayo de 1994 (*RJ* 1994, 3723); y, la SAP Asturias, secc. 5.^a, 15 de enero de 1996 (*AC* 1996, 105).

⁹⁴ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 666 del Código civil, *op. cit.*, 273; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 107.

⁹⁵ El artículo 776 del Código civil establece que «*el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental*» y añade el párrafo segundo que esta sustitución quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante el intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón». Este precepto contempla la llamada sustitución ejemplar o «*quasi pupilar*» —«*ad exemplum*» de la sustitución pupilar referida en el artículo 775— mediante la cual se nombra heredero por el ascendiente a su descendiente que, por ser modificada judicialmente su capacidad, no puede otorgar testamento. Tiene su origen en el Derecho romano y fue recogida en el Título V de la Partida Sexta. La sentencia del Tribunal Supremo, 10 de junio de 1941 expresó que su «fundamento natural y jurídico es la falta de capacidad de los enajenados y el amor que les profesan sus ascendientes, amor que se les inclina, y les lleva a procurarles un bien. En este caso tal finalidad tutiva se obtiene dando un destino a los bienes del incapacitado que falleciera antes de haber recobrado la razón designándole un sustituto idóneo».

Aunque la cuestión no es pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo en las que se estima que en la sustitución ejemplar el

ascendiente otorga testamento en representación del sustituto para evitar la sucesión intestada de este (sentencias de 10 de diciembre de 1929; 10 de junio de 1941; y, 20 de mayo de 1972), de suerte que el sustituto hereda al sustituido y no al sustituyente. La sentencia de este mismo Alto Tribunal, 26 de mayo de 1997 (*RJ* 1997, 4234) expresa que «esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907, que la sustitución ejemplar consiste en el nombramiento de un heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente». Y el mismo criterio mantiene la sentencia de 7 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 7257). Según estos pronunciamientos, la sustitución ejemplar —como la pupilar— constituye una excepción a la regla general del carácter personalísimo del testamento, que establece el artículo 670 del Código civil. En la misma línea, *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). Las sustituciones. En: M.Á. Pérez Álvarez (coord.), *Curso de Derecho Civil*, V Derecho de Sucesiones, Madrid: Edisofer, 210. Por otra parte, el Tribunal Supremo —en contra de lo que afirmó en su sentencia de 20 de marzo de 1967 (*RJ* 1967, 1665) así como la resolución de la DGRN de 6 de febrero de 2003 (*RJ* 2003, 2269)— ha entendido que la sustitución ejemplar comprende todo el patrimonio del sustituido y no solo los bienes y derechos dejados a este por el sustituyente. Según la sentencia de 14 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 2753) «la sustitución tanto pupilar como ejemplar comprende el patrimonio entero del sustituido —hijo menor o incapaz— y no solo el recibido del sustituyente, o cual podrá hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria». Esta misma regla es la establecida en el artículo 425-10 del CCC. Asimismo, en este sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Principios de Derecho Civil*, T. VII Derecho de Sucesiones, Madrid: Marcial Pons, 104.

En este contexto, en la resolución de la DGRN, núm. 7104, de 10 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2484) la cuestión que se debate es si el testamento otorgado por la sustituída antes de ser judicialmente incapacitada —anterior también al otorgado por la sustituyente— impide o no la eficacia de la sustitución ejemplar. Se trata de una cuestión que no está prevista en la regulación del Código civil que se limita a establecer que la sustitución ejemplar quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante el intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón. Y en la doctrina no existe una opinión unánime, pues, algunos intérpretes concluyen que el fundamento de la sustitución ejemplar —que no es simplemente la prevención de la sucesión intestada sino, esencialmente, la protección del incapacitado— exige que el ascendiente mediante la sustitución testamentaria, pueda revocar el testamento anterior del sustituido en atención de la nueva circunstancia —la modificación judicial de su capacidad— pero, para otros, la sustitución ejemplar es eficaz solo si el sustituido no ha otorgado testamento antes de su incapacitación, como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1941, al referir la declaración de incapacidad no al momento de la sustitución, sino al tiempo de fallecimiento «sin testar del sustituido», así como del artículo 664 del Código civil. Por lo que en el presente caso, la concreta cuestión planteada puede solventarse atendiendo a la «ratio» del precepto legal examinado y a su interpretación lógica y sistemática, si conforme al testamento otorgado por la sustituta en el año 1979 antes de su incapacitación en 1990, instituyó heredera a su madre, sustituída para el caso de premoriencia por su tía carnal y ninguna de estas ha sobrevivido a la testadora, debe entenderse que al fallecimiento de esta no existe testamento a los efectos de entrada en juego de la sustitución ejemplar ordenada en el testamento de la madre. Por ello, esta institución por vía de sustitución debe reputarse plenamente eficaz.

Finalmente, señalar que, en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018 se propone la supresión del artículo 776.

⁹⁶ Por su parte, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2014). La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad. En: A. Domínguez Luelmo y M.^a Paz García Rubio (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Madrid: La Ley, 628 señala al respecto que «en tanto se produzca la reforma que adecúe los postulados de la Convención a la capacidad de testar, sería deseable una interpretación restrictiva en el sentido de limitar el pronunciamiento judicial al reconocimiento

de la facultad de testar en forma notarial y sometiendo, en todo caso, su otorgamiento a las cautelas del artículo 665 del Código civil y al juicio notarial de la capacidad del testador en el momento de otorgamiento».

⁹⁷ PUIG FERRIOL, L. (1991). Comentario al artículo 665 del Código civil, *op. cit.*, 1675; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 665 del Código civil, *op. cit.*, 276.

⁹⁸ PUIG FERRIOL, L. (1991). Comentario al artículo 665 del Código civil, *op. cit.*, 1675.

⁹⁹ RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5134; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). «Comentario al artículo 665 del Código civil», *op. cit.*, 277.

¹⁰⁰ RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5134; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). «Comentario al artículo 665 del Código civil», *op. cit.*, 277.

¹⁰¹ RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario a los artículos 662-666 del Código civil, *op. cit.*, 5134.

¹⁰² RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2016). Comentario al artículo 665 del Código civil, *op. cit.*, 278; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemático y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 103-104.

¹⁰³ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 15 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 2051); y, 21 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007, 8119).

¹⁰⁴ PUIG FERRIOL, L. (1991). Comentario al artículo 665 del Código civil, *op. cit.*, 1676. *Vid.*, asimismo, las SAP León, secc. 2.^a, 22 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002, 35287); SAP Salamanca, secc. 1.^a, 12 de mayo de 2006 (*AC* 2006, 1789); y, SAP León, secc. 1.^a, 27 de marzo de 2015 (*AC* 2015, 613) emisión del juicio de incapacidad desconociendo la existencia de sentencia de incapacitación y sin pedir el dictamen de los facultativos.

¹⁰⁵ PUIG FERRIOL, L. (1991). Comentario al artículo 663 del Código civil, *op. cit.*, 1672. *Vid.*, asimismo, la STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 8 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3737).

¹⁰⁶ También se da nueva redacción al artículo 695 que a los efectos que a nosotros interesa establece en su apartado tercero *in fine* que «el notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad».

¹⁰⁷ RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2016). Comentario al artículo 685 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. II, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 349.

¹⁰⁸ RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2016). Comentario al artículo 685 del Código civil, *op. cit.*, 355 señala que «el notario no está obligado a emplear las mismas palabras que expresa el Código en su artículo 696, pudiendo usar otras distintas que indiquen la misma idea, pues, lo esencial no son las palabras empleadas, sino que el Notario considere al testador con suficiente capacidad para testar». En esta línea, COBACHO GÓMEZ, J.A. (2014). Sobre la intervención notarial respecto de la capacidad legal para testar. En: A. Domínguez Luelmo y M.^a P. García Rubio (dirs.), *Estudio de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum Teodora F. Torres García, Madrid: La Ley, 306; RUIZ MOROLLÓN, F. (2018). Testamento del judicialmente incapacitado, *El Notario del Siglo XXI*, número 80, julio - agosto, 157. Por su parte, señala al respecto la STS, Sala de lo Civil, 10 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 5628) que no es necesario que la manifestación del notario acerca de la capacidad del otorgante se consigne con las palabras precisas e insustituibles a su juicio, bastando de cualquier otro modo o con locución distinta exprese clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal para otorgar testamento. Debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, solo por necesidad de seguridad jurídica imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada. El criterio de flexibilidad que aplicó la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1896 destacando la necesidad que, el cumplimiento del plazo formal de juicio de capacidad no tenga que manifestarse, a su vez, de modo expreso y ritualista, bastando con que de cualquier otro modo o con locución

distinta se exprese con claridad dicho juicio de capacidad. Asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 28 de septiembre de 2018 (*JUR* 2018, 261966).

¹⁰⁹ MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). Comentario al artículo 685 del Código civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. IV, Valencia: Tirant lo Blanch, 5285.

¹¹⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2016). Comentario al artículo 685 del Código civil, *op. cit.*, 350; MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). Comentario al artículo 685 del Código civil, *op. cit.*, 5283; MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, 86. Asimismo, *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 19 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6399); y, de 31 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 1717); y, la SAP Guadalajara, secc.1.^a, 15 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 14421) que señala que «resulta evidente la dificultad que para el notario, al que no se le exige conocimientos psiquiátricos y psicológicos, puede suponer la apreciación de la capacidad de las personas, especialmente cuando se trata de personas enfermas, pero ello no impide que dado el contacto directo con el testador en el momento del otorgamiento que, el juicio que realiza de su capacidad tenga especial relevancia».

¹¹¹ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 23 de marzo de 1944 (*RJ* 1944, 317); 25 de marzo de 1957 (*RJ* 1957, 1181); 7 de febrero de 1967 (*RJ* 1967, 550); 7 de octubre de 1982 (*RJ* 1982, 5545); 21 de junio de 1986 (*RJ* 1986, 3788); 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 2549); 18 de marzo de 1988 (*RJ* 1988, 10355); 13 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 7863); 21 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007, 8119); y, 5 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010, 84). Asimismo, *Vid.*, la STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 21 de junio de 1990 (*RJ* 1994, 9031); y, las SAP Málaga, secc. 6.^a, 17 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004, 67735); SAP Madrid, secc. 11.^a, 10 de abril de 2010 (*JUR* 2010, 233853); y, SAP Ourense, secc. 1.^a, 27 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 177704).

¹¹² *JUR* 2002, 97958.

¹¹³ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 2680); la STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 7 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 3562); y, la SAP Ourense, secc. 1.^a, 27 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 177704).

¹¹⁴ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 25 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 4892) intervención adhesiva del notario en el juicio de capacidad.

1.5. Obligaciones y contratos

Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y cláusulas *claim made*

Restrictive clauses of the insured's rights and claim made clauses

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

Profesora Agregada de Derecho Civil

Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

RESUMEN: En el ámbito del contrato de seguro, una de las controversias más frecuentes y constantes en la práctica ha centrado su atención en las cláusulas delimitadoras del riesgo y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado: su diferenciación, admisibilidad, efectos, requisitos formales... Han sido numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que se han dictado en relación con este tema. Y recientemente el Tribunal Supremo se ha pronunciado también sentando doctrina y poniendo fin a las resoluciones contradictorias en relación a las cláusulas *claim made* y los efectos y requisitos formales exigidos a cada una de las dos modalidades de esta cláusula reconocidas en el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro.

En este trabajo se analizará el régimen legal de cada una de estas modalidades de cláusulas en el ámbito del seguro y la interpretación y doctrina jurisprudencial sentada al respecto por nuestro Alto Tribunal.

ABSTRACT: Within the scope of the insurance contract, one of the most frequent and constant controversies in practice has focused on the risk-limiting clauses and the limiting clauses of the insured's rights: their differentiation, admissibility, effects, formal requirements... numerous judgments of the Supreme Court have been issued in relation to this subject. And recently the Supreme Court has also pronounced doctrine and ending the contradictory resolutions in relation to clauses *claim made* and the effects and formal requirements required to each of the two modalities of this clause recognized in artículo 73 of the Insurance Contract Law.

In this paper we will analyze the legal regime of each of these modalities of clauses in the field of insurance and the interpretation and jurisprudential doctrine set forth in this regard by our High Court.

PALABRAS CLAVE: Asegurado. Aseguradora. Cláusulas *claim made*. Cláusulas delimitadoras del riesgo. Cláusulas limitativas de derechos. Seguro. Nulidad.

KEY WORDS: Insured. Insurer. *Claim made clauses. Risk-limiting clauses. Limiting rights clauses. Insurance. Nullity.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE DERECHOS VS CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO: 1. CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO 2. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE DERECHOS. 3. CLÁUSULAS LESIVAS.—III. CLÁUSULAS *CLAIM MADE*.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. PLANTEAMIENTO

En el ámbito del seguro la diferenciación entre cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y cláusulas limitativas del derecho del asegurado y la concreción en cada caso de cuando nos encontramos ante cada una de estas modalidades y sus consecuencias, ha sido y es objeto de constantes controversias ante los tribunales. A lo largo de los últimos años el Tribunal Supremo ha ido perfilando el concepto y requisitos de cada una de estas cláusulas y de algunas de sus cláusulas concretas más frecuentes en la práctica. A este último respecto, recientemente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Pleno, en la sentencia de 26 de abril de 2018, ha sentado doctrina en relación con las cláusulas *claim made* como cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y de delimitación temporal de la cobertura del seguro.

En este trabajo se analizará el régimen legal de cada una de estas modalidades de cláusulas en el ámbito del seguro y la interpretación y doctrina jurisprudencial sentada al respecto por nuestro Alto Tribunal.

II. CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO VS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

De su propia denominación puede deducirse al menos el fin y objeto de cada una de estas cláusulas: las cláusulas delimitadoras del riesgo concretan, «delimitan», el riesgo cubierto por la póliza de seguro contratado fijando el objeto del mismo que determina el nacimiento del derecho del asegurado a exigir la prestación reparadora por la aseguradora; mientras que las cláusulas limitativas de derechos del asegurado vienen a restringir los derechos de estos en el ámbito de la cobertura (previamente delimitada) del seguro contratado.

Podría parecer así sencillo diferenciar las cláusulas, pero en la práctica son numerosos los casos en los que determinar si una concreta cláusula es limitativa de derechos o delimitadora del riesgo no es tan claro; los rasgos diferenciadores no han sido pacíficos (entre otras, SSTS de 25 de noviembre de 2013 y de 15 de octubre de 2014); y ello ha suscitado muchas controversias, motivando con el tiempo resoluciones del Tribunal Supremo sentando doctrina primero y haciendo posteriormente incluso matizaciones a tal doctrina, precisando los criterios que permiten diferenciar uno y otro tipo de cláusula. Y es que, como veremos, el determinar si nos encontramos ante uno u otro tipo de cláusula resulta relevante pues ello implica la exigencia o no de cumplir con ciertos requisitos formales y una eventual nulidad ante su incumplimiento. Con carácter general y como premisa puede afirmarse que habrá que atender al caso concreto y al contenido del concreto contrato de seguro para determinar ante qué tipo de cláusula nos encontramos, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido marcando unas pautas aclaratorias al respecto.

Por otro lado, cabe tener en cuenta que para el caso de que el asegurado fuera un consumidor en la Exposición de Motivos de la Directiva 93/13/CEE

del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se advierte que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de apreciación de abusividad, «ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor».

1. CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO

Ya el artículo 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS) viene a hacer referencia a las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado cuando define el contrato de seguro como «aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas».

Asimismo, en relación con el objeto del contrato, el artículo 8 LCS, en sus apartados 3, 4 y 5, advierte que como contenido mínimo el contrato de seguro debe incluir: «3. Naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas, las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente. 4. Designación de los objetos asegurados y de su situación. 5. Suma asegurada o alcance de la cobertura».

Como cláusula delimitadora del riesgo podemos afirmar que se trata de aquella cláusula con la que se concreta y define el riesgo cubierto por el seguro, determinando el objeto del seguro, es decir, los riesgos que en caso de materializarse darían lugar a la cobertura del seguro y a la obligación de la aseguradora de cumplir con la prestación pactada en tal caso y al derecho del asegurado a exigir tal prestación. Como se indica en el artículo 1 LCS, la obligación del asegurador se encuentra dentro de los límites pactados en el contrato (*vid.*, entre otras, STS de 11 de septiembre de 2006).

Concretando más aún este concepto, matizando y sentando doctrina al respecto, debe citarse la STS de 11 de septiembre de 2006 que advierte que son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: i) qué riesgos constituyen dicho objeto; ii) en qué cuantía; iii) durante qué plazo; y iv) en qué ámbito espacial. Esta doctrina fue acogida y referenciada en numerosas sentencias posteriores (entre otras, SSTS de 17 de octubre de 2007, de 12 de noviembre de 2009, de 15 de julio de 2009, de 1 de octubre de 2010, de 20 de julio de 2011 y de 30 de noviembre de 2011).

Por su parte, la STS de 5 de marzo de 2012 señaló que dentro de esta categoría de cláusulas delimitadoras del riesgo debe incluirse «la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada».

Y según la STS de 22 de abril de 2016: «se trata pues de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherence con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes)».

Estas cláusulas delimitadoras del riesgo suelen encontrarse en el condicionado general del contrato y su aceptación por el asegurado se engloba conjun-

tamente con el resto de cláusulas generales sin que, a diferencia de las cláusulas limitativas de derechos, como luego se expondrá, se requiera una aceptación específica para estas cláusulas delimitadoras (entre otras, STS de 7 de julio de 2006).

Ahora bien, también hay que tener en cuenta que nos encontramos ante contratos que se caracterizan por ser generalmente de adhesión, en el que el tomador o asegurado simplemente se adhiere y consiente al clausulado propuesto por la compañía aseguradora sin posibilidades de negociación. Y ante este tipo de contratos es esencial la exigencia de claridad en la redacción de cláusulas y de transparencia contractual, informando al adherente de los elementos esenciales del contrato, entre ellos el objeto. En relación con la claridad de las cláusulas debe advertirse que en caso de duda, oscuridad o confusión en su redacción, la cláusula delimitadora será interpretada a favor del asegurado adherente. Y en cuanto a la transparencia contractual, en la medida que resulta esencial que el asegurado conozca el objeto del contrato sobre el que va a prestar su consentimiento, dado que estas cláusulas que estamos analizando concretan el objeto del contrato (el riesgo objeto de cobertura por el seguro), el asegurador deberá proporcionar información suficiente sobre ese objeto y el concreto riesgo cubierto por el seguro, lo que exige prestar información clara, oportuna y suficiente en relación con las cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y las de exclusión de cobertura, así como respecto a las limitativas de derechos del asegurado; si bien, respecto a las delimitadoras del riesgo no se prevén unos requisitos formales de incorporación y transparencia tan expresos y específicos como los recogidos en el artículo 3 LCS sobre las cláusulas limitativas de derechos, las exigencias de transparencia formal determinan que en la práctica las aseguradoras igualmente destaqueen en el contrato este tipo de cláusulas y hagan una llamada de atención expresa y específica a las mismas en el propio contrato en el momento y lugar de aceptación del clausulado por el asegurado.

2. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

A través de las cláusulas limitativas de derechos se restringe, condiciona o modifica el derecho del asegurado y, con ello, su indemnización cuando el riesgo objeto del seguro se hubiera producido (SSTS de 16 de octubre de 2000, 22 de abril de 2016, de 19 de julio de 2016 y de 7 de noviembre de 2017, entre otras).

Esta limitación de derechos tiene lugar en relación a un riesgo y objeto de seguro ya delimitado: de ahí la diferenciación entre cláusulas delimitadoras de riesgos y cláusulas limitativas de derechos. Con las cláusulas limitativas de derechos se viene a alterar el marco contractual general acordado entre las partes en relación con el objeto de cobertura.

De forma práctica el Tribunal Supremo ha concretado el concepto de cláusulas limitativas de derechos, bajo una determinación positiva, por referencia al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor e introductorio, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto conforme a lo dispuesto en la Ley o en la práctica aseguradora. Según advierte nuestro Alto Tribunal el carácter limitativo de una cláusula puede resultar, asimismo, de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares; el principio de transparencia, que cons-

tituye el fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas que afectan a la reglamentación del contrato, cláusulas introductorias o particulares (entre otras, SSTS de 15 de julio de 2009 y de 7 de noviembre de 2017).

Las limitaciones o restricciones previstas en el condicionado general del contrato de seguro, pero también en el condicionado particular, están sujetas a un control y a un régimen especial diferente al de las cláusulas delimitadoras.

En relación con las cláusulas limitativas de derechos una norma fundamental a tener en cuenta es el artículo 3 LCS, que concreta en el ámbito del seguro las exigencias de transparencia de las condiciones generales de contratación en relación a sus requisitos formales de incorporación al contrato: «Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito».

De este precepto se deriva que las cláusulas limitativas de derechos del asegurado se admiten en nuestro ordenamiento siempre y cuando se cumplan estas dos condiciones:

- a) Que se identifiquen en el contrato de forma destacada en relación al resto de cláusulas (como por ejemplo, el uso de tipografía diferente como letra en negrita, o poner estas cláusulas en un apartado separado y diferenciado del resto de cláusulas).
- b) Que sean específicamente aceptadas por escrito por el asegurado. A este respecto, no es suficiente con la firma de la póliza con la consecuente aceptación del clausulado contenido en ella sino que se requiere lo que viene denominándose una doble firma o doble aceptación: la firma y aceptación del contrato con su contenido general; y la firma y aceptación expresa de las cláusulas limitativas de derechos.

Estas exigencias formales se prevén como requisitos de admisibilidad de este tipo de cláusulas con el fin de garantizar que el asegurado tenga pleno conocimiento de las mismas y de su alcance efectivo en el contrato.

Pero debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 7 LCS: «Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado». De modo que si las personas del tomador y del asegurado son distintas, el principio de transparencia determina que las obligaciones del asegurador a ese respecto deben configurarse teniendo en cuenta la posición de tomador y asegurado en el contrato; y ello implica que las especiales exigencias formales del artículo 3 LCS deben interpretarse en consonancia con ese principio de transparencia contractual.

Y en tal sentido debe tenerse en cuenta en este ámbito el diferente tratamiento de los seguros colectivos y los seguros individuales ante las cláusulas limitativas de derechos, su incorporación al contrato y su aceptación por el asegurado. Sobre ello se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 541/2016 de 14 de septiembre de 2016, con referencia a las SSTS de 18 de octubre de 2007 y de 25 de noviembre de 2013, entre otras.

Como cuestión previa cabe advertir que en el caso de seguros voluntarios de accidentes, que era el objeto de la referida STS de 14 de septiembre de 2016, el Tribunal Supremo ya determinó anteriormente en su sentencia de Pleno de 14 de julio de 2015 que «cualquier restricción mediante cláusulas que determinen las causas o circunstancias del accidente o las modalidades de invalidez, por las que queda excluida o limitada la cobertura, supondría una cláusula limitativa de derechos del asegurado».

Los seguros individuales se caracterizan porque el asegurado es una única persona: el interés cubierto es el de una concreta persona (el asegurado); puede coincidir o no con el tomador, pero en ese caso, aun siendo distintas personas, bastaría con la firma de la póliza y aceptación expresa del tomador en los términos del artículo 3 LCS para que el asegurado se vea afectado por las cláusulas limitativas sin que se exija un documento especial de adhesión y aceptación por parte del asegurado (STS de 17 de noviembre de 2015).

Los seguros colectivos se caracterizan porque el tomador contrata la póliza en garantía de los intereses de un grupo de personas, que serían los asegurados, facilitando así su incorporación a ese aseguramiento; ese grupo de personas se encuentran unidos entre sí no con el fin de asegurarse sino por algún otro motivo (empleados, miembros participantes de un viaje organizado,...). En los seguros colectivos, al igual que en los seguros individuales, el tomador debe aceptar expresamente las cláusulas limitativas de derechos, las cuales deben encontrarse claramente identificadas en el contrato (art. 3 LCS). Ahora bien, en los seguros colectivos no solo el tomador del seguro debe tener conocimiento y aceptar expresa y especialmente esas cláusulas limitativas, sino que cada uno de los asegurados debe tener conocimiento de ellas y aceptarlas expresamente por escrito, en los términos fijados por el artículo 3 LCS: por ello, en el documento individual expedido para cada asegurado de adhesión al seguro colectivo deberá hacerse constar con total claridad tanto la cobertura del seguro como la existencia de cláusulas limitativas, y recabarse la expresa aceptación del asegurado por escrito, tal y como exige el artículo 3 LCS (entre otras, SSTS de 6 de abril de 2001, de 27 de julio de 2006, de 18 de octubre de 2007, de 25 de noviembre de 2013 y de 14 de septiembre de 2016).

3. CLÁUSULAS LESIVAS

A pesar de que en el artículo 3 LCS se hace referencia también a las cláusulas lesivas, su régimen debe diferenciarse claramente del indicado sobre las cláusulas limitativas de derechos; no son cláusulas equiparables a estos efectos.

Las cláusulas lesivas están prohibidas: el artículo 3 LCS es claro al señalar que las condiciones generales del contrato de seguro en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados. En el contexto del contrato de seguro el Tribunal Supremo ha venido considerando cláusula lesiva aquella que desproporcionadamente limita y restringe los derechos del asegurado de modo que lleva a vaciarlo de contenido pues impide una cobertura real y efectiva del siniestro en que se materialice el riesgo objeto de cobertura (STS de 22 de abril de 2016).

Las cláusulas limitativas de derechos tampoco son favorables al asegurado, pero resultan válidas en cuanto vengan aceptadas expresamente por este, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 LCS. Sin embargo, las cláusulas lesivas son siempre inválidas, y como tales, de introducirse en el contrato, serán consideradas nulas y se tendrán por no puestas.

III. CLÁUSULAS CLAIM MADE

A continuación se hará referencia a un tipo de cláusulas específicas, respecto de las cuales el Tribunal Supremo ha sentado doctrina para zanjar las controversias suscitadas por resoluciones contradictorias por parte de las Audiencias Provinciales: me refiero a la STS de 26 de abril de 2018, en relación con las cláusulas de delimitación temporal o cláusulas *claim made* en los contratos de seguro de responsabilidad civil.

En general puede afirmarse que en este tipo de seguros la cobertura del riesgo incluye todos los siniestros que hubieran tenido origen y se hubieran producido durante la vigencia de la póliza, con independencia de cuándo se efectuó la reclamación por el asegurado; es decir, el foco de atención temporal de la cobertura del seguro se pone en el momento de producción del siniestro.

Sin embargo, pueden surgir conflictos con respecto a daños que aflorasesen mucho después de haberse producido el siniestro o hecho originador de la responsabilidad, y en ese momento ya no estuviera vigente la póliza del seguro o fuera otra la aseguradora de las responsabilidades por daños (es decir, que el seguro de responsabilidad civil lo tuviera el asegurado en el momento de realizarse la reclamación con otra compañía aseguradora distinta a la que asumía la cobertura en el momento de producirse efectivamente el hecho generador de responsabilidad o siniestro).

Ante estos casos en los que las aseguradoras tenían que atender reclamaciones posteriores al periodo de cobertura del seguro, las aseguradoras empezaron a incluir en las pólizas las llamadas cláusulas *claim made*: cláusulas con las que se pretende delimitar temporalmente la cobertura del seguro, poniendo la atención en el momento de la reclamación y no en el momento de la producción del siniestro, exigiendo que tal reclamación se produzca durante la vigencia de la póliza fijada en el contrato o en el periodo marcado en el propio contrato para ello.

Inicialmente estas cláusulas no estaban reconocidas en la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro y la jurisprudencia venía a admitirlas solo si beneficiaban al asegurado, pero de lo contrario las rechazaba por considerarlas lesivas para el asegurado al ocasionar que ciertos siniestros y daños quedaran, en virtud de estas cláusulas, carentes de cobertura. La jurisprudencia mayoritaria consideraba que siempre que el siniestro se hubiera producido en el periodo de vigencia de la póliza de seguro debía atenderse y surgía la obligación de cumplir con la prestación por parte de la aseguradora, con independencia de cuando se efectuase la reclamación del perjudicado, siempre que no hubiera prescrito esa acción de reclamación (*vid.*, entre otras, SSTS de 20 de marzo de 1991, de 23 de abril de 1992, de 10 de marzo de 1993, de 15 de junio de 1995 y de 19 de junio de 2012).

Pero ante la proliferación de este tipo de cláusulas en la práctica, en 1995, al modificarse el artículo 73 LCS por la disposición adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, ya se recogió expresamente mención sobre estas cláusulas, calificándolas como cláusulas limitativas de derechos del asegurado.

Esta Ley 30/1995 introdujo un segundo párrafo en el referido artículo 73 LCS del siguiente tenor: «Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un periodo de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su periodo de duración. Asimismo, y

con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el periodo de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado».

Como puede observarse en este precepto se prevén dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal:

- a) Cláusulas de cobertura retrospectiva, retroactiva o de pasado. Serían las cláusulas que prevén la cobertura de siniestros acaecidos durante la vigencia de la póliza y en un periodo anterior a que el contrato produzca efectos; tiempo que se fijará por las partes en el contrato y que no podrá ser inferior a un año anterior a esa vigencia del seguro. Si se acorta ese periodo previo de un año, la cláusula será nula. Es imprescindible que el asegurado no conociera la producción del siniestro con carácter previo a la vigencia del contrato de seguro; y también es esencial tener en cuenta que solo se cubrirá por el seguro ese siniestro si la reclamación del asegurado tiene lugar estando vigente la póliza.
- b) Cláusulas de cobertura posterior o prospectiva. En este caso el seguro cubriría los siniestros producidos estando en vigor la póliza cuya reclamación tenga lugar durante la vigencia de la póliza o un periodo posterior a la vigencia del contrato o su última prórroga, concretado en este y no inferior a un año.

Realmente estas cláusulas *claim made* no plantearán normalmente conflicto alguno, salvo en aquellos casos en que, como se comentó anteriormente, surjan daños diferidos en el tiempo con respecto al momento en que se produjo el siniestro.

Por otro lado, como se ha indicado, en el artículo 73 LCS se configuran como cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y ello determina que para su validez deban cumplir con los ya mencionados requisitos formales previstos en el artículo 3 LCS: i) identificación clara en el contrato; y ii) aceptación específica, expresa y por escrito por parte del asegurado. Si no se cumplieran tales requisitos, la cláusula *claim made* sería nula y se tendría por no puesta. Tras el reconocimiento expreso legal de las cláusulas *claim made* a partir de esa reforma del artículo 73 LCS, el Tribunal Supremo ha afirmado también su validez, una vez cumplidos los requisitos del artículo 3 LCS, en, entre otras, las SSTS de 14 de julio de 2003, de 14 de febrero de 2011, de 19 de junio de 2012, de 20 de mayo de 2014, de 18 de febrero de 2016, de 8 de marzo de 2018 y de 26 de abril de 2018; ha advertido, además, que estas cláusulas no pueden perjudicar ni al asegurado ni al perjudicado (SSTS de 14 de febrero de 2011 y de 19 de junio de 2012), si bien «esta declaración debe ponerse en relación o bien con sentencias sobre el artículo 73 LCS antes de su modificación en 1995, o bien con la aplicación de su redacción posterior a casos de sucesión o concurrencia de seguros de responsabilidad civil para evitar periodos de carencia de seguro o de disminución de cobertura en detrimento del asegurado o del perjudicado, pues claro está que las cláusulas de delimitación temporal, como limitativas que son, en principio siempre perjudican al asegurado» (STS de 26 de abril de 2018).

En esta STS de 26 de abril de 2018, además, nuestro Alto Tribunal sienta doctrina en relación con la diferenciación plena entre las dos modalidades de cláusulas *claim made* reconocidas en el segundo párrafo del artículo 73 LCS y las dudas que el tenor literal de este precepto generaban. Y a este respecto el Tribunal Supremo advierte que se trata de dos cláusulas distintas, con un régimen diferenciado entre sí: cláusulas de futuro o prospectivas y cláusulas de pasado o retrospectivas; y los requisitos temporales exigidas para la categorización en una u otra modalidad no son cumulativos entre sí. De este modo, la validez de las cláusulas prospectivas no exige que además en la póliza se acoja una cobertura retrospectiva, ni la validez de una cláusula de pasado exige que la póliza cubra también reclamaciones posteriores a la vigencia del contrato de seguro.

Para la fijación de tal doctrina acoge un criterio de interpretación gramatical del segundo párrafo del artículo 73 LCS: «Cualquiera que sea la opinión que merezca la introducción de su párrafo segundo al alterar la regla general de su párrafo primero para poner el acento no en el nacimiento de la obligación del asegurado de indemnizar a un tercero, sino en la reclamación de este tercero contra el asegurado, lo cierto es que se declaran legalmente admisibles dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal, cada una de ellas con sus propios requisitos de validez. Así se desprende de su regulación diferenciada en dos incisos separados por un punto y seguido y del comienzo de la redacción del inciso segundo con el adverbio “asimismo”, equivalente a “también”, seguido de las palabras “y con el mismo carácter de cláusulas limitativas”, reveladoras de que cada una de las modalidades contempladas en el párrafo segundo del artículo 73 LCS es diferente de la otra y tiene sus propios requisitos de validez, por más que ambas sean limitativas».

CONCLUSIONES

I. La distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto por el seguro y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado es relevante en el marco de la determinación de los requisitos para su validez. Tal distinción en ocasiones no es clara.

II. Las exigencias de transparencia contractual legalmente se concretan en esta materia en relación especialmente a las cláusulas limitativas de derechos a través del artículo 3 LCS, exigiéndose para su validez la identificación clara dentro de la póliza y la aceptación expresa, específica y por escrito del asegurado, con el fin de garantizar que este tiene pleno conocimiento de su existencia y de los efectos que suponen. En el caso de los seguros colectivos cada uno de los asegurados deberá aceptar expresamente y por escrito esas cláusulas limitativas de la póliza.

III. Ahora bien, en la práctica también las aseguradoras en las pólizas inciden en la transparencia de las cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto.

IV. Las cláusulas lesivas están totalmente prohibidas en el ámbito del seguro.

V. Una de las cláusulas limitativas de derechos del asegurado que han venido proliferando en la práctica son las cláusulas *claim made* o de delimitación temporal de la cobertura del seguro, que ponen su centro de atención, no en la producción del siniestro como hecho generador de la obligación de indemnizar, sino en el momento de la reclamación por el perjudicado.

VI. Las cláusulas *claim made* fueron reconocidas legalmente en 1995, al incluirse un nuevo párrafo segundo en el artículo 73 LCS, previéndose dos mo-

dalidades: las cláusulas de cobertura prospectiva o de futuro; y las cláusulas de cobertura retrospectiva o de pasado.

VII. Ambas modalidades de cláusulas *claim made*, como cláusulas limitativas de derechos que son, para su validez deben cumplir con los requisitos formales previstos en el artículo 3 LCS. Pero, tal y como advierte la STS de 26 de abril de 2018, lo que no se exige es que los requisitos temporales previstos en el segundo párrafo del artículo 73 LCS para cada modalidad se deban acumular entre sí: la validez de las cláusulas prospectivas no exige que además en la póliza se acoja una cobertura retrospectiva, ni la validez de una cláusula de pasado exige que la póliza cubra también reclamaciones posteriores a la vigencia del contrato de seguro.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 20 de marzo de 1991.
- STS de 23 de abril de 1992.
- STS de 10 de marzo de 1993.
- STS de 15 de junio de 1995.
- STS de 16 de octubre de 2000.
- STS de 6 de abril de 2001.
- STS de 14 de julio de 2003.
- STS de 7 de julio de 2006.
- STS de 27 de julio de 2006.
- STS de 11 de septiembre de 2006.
- STS de 17 de octubre de 2007.
- STS de 15 de julio de 2009.
- STS de 12 de noviembre de 2009.
- STS de 1 de octubre de 2010.
- STS de 14 de febrero de 2011.
- STS de 20 de julio de 2011.
- STS de 30 de noviembre de 2011.
- STS de 5 de marzo de 2012.
- STS de 19 de junio de 2012.
- STS de 25 de noviembre de 2013.
- STS de 20 de mayo de 2014.
- STS de 15 de octubre de 2014.
- STS de 17 de noviembre de 2015.
- STS de 18 de febrero de 2016.
- STS de 22 de abril de 2016.
- STS de 19 de julio de 2016.
- SSTS de 14 de septiembre de 2016 (núm. 541, 2016 y 543, 2016).
- STS de 7 de noviembre de 2017.
- STS de 8 de marzo de 2018.
- STS de 26 de abril de 2018.

1.6. Responsabilidad civil

Revisión de la responsabilidad civil contractual y extracontractual del auditor de cuentas a la luz de la jurisprudencia y de las novedades normativas: el nexo causal entre la acción ilícita y el daño

Review of contractual and non-contractual civil liability of the auditor in the light of jurisprudence and normative novelties: the causation between the unlawful action and the damage

por

CARMEN MUÑOZ DELGADO

Profesora Asociada Doctora de Derecho mercantil UNED

Equipo de coordinación y secretaría académica del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales

RESUMEN: La responsabilidad del auditor de cuentas se rige por las reglas generales de la responsabilidad civil, si bien su imputación viene marcada, principalmente, por la relación de causalidad entre la conducta del auditor y el daño producido como consecuencia de esta. El auditor debe prestar su servicio no solo de acuerdo con el contenido del contrato suscrito con la entidad a auditar, sino también sometido a las obligaciones y deberes legales y reglamentarios fijados para el ejercicio de su actividad. El Tribunal Supremo en sus resoluciones centra su interés en estos aspectos para precisar cuándo es exigible a los auditores el resarcimiento de daños y perjuicios a la entidad auditada o a terceros.

ABSTRACT: *The auditor responsibility is regulated by the general rules of civil liability, although its imputation comes principally marked by the cause-and-effect relationship between the auditor's conduct and the damaged that might produce. The auditor must provide his service not only according to the contents of the contract signed with the entity to be audited, but also according to the legal and regulatory obligations established for the exercise of his activity. The Supreme Court resolutions focus their interest on these aspects in order to determine in which cases the compensation of damages by the auditor is enforceable.*

PALABRAS CLAVES: Auditoría de cuentas. Auditor. Responsabilidad civil. Nexo causal. Contrato de auditoría. *Lex artis*. Diligencia. Informe de auditoría.

KEYS WORDS: *Audit of accounts. Auditor. Responsibility. Causation. Audit contract. Lex artis. Diligence. Audit report.*

SUMARIO: I. REFLEXIONES INTRODUCTORIAS: LA RECENTE STS DE 21 de septiembre de 2018.—II. EL SISTEMA JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA AUDITORÍA DE CUENTAS: 1. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES DE CUENTAS: DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA, SOLIDARIA E ILIMITADA A LA RESPONSABILIDAD LIMITADA A LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES: A) *Requisitos necesarios para la imputación de la responsabilidad civil al auditor, el comportamiento del auditor y la existencia de daños y perjuicios.* B) *La relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido. Tratamiento jurisprudencial: desde las SSTS, 1.ª, de 9 de octubre de y 14 de octubre de 2008 a la STS, 1.ª, de 21 de septiembre de 2018.* III. CONDUCTA DETERMINANTE DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD AL AUDITOR: 1. ALCANCE DE LA ACTIVIDAD DE AUDITORÍA: EL PRINCIPIO DE INTERÉS PÚBLICO. 2. CONDUCTAS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD: LAS NORMAS TÉCNICAS DE AUDITORÍA: A) *Derivadas de las obligaciones asumidas en el contrato de auditoría.* B) *Derivadas del cumplimiento de las normas rectoras de la actividad de auditoría: la diligencia debida.* C) *Derivadas de la emisión del informe de auditoría.*—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

I. REFLEXIONES INTRODUCTORIAS: LA RECENTE STS, 1.^a, DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2018 vuelve a incidir sobre un tema de gran relevancia: la responsabilidad civil del auditor de cuentas y la necesaria concurrencia del nexo causal entre la acción ilícita y el daño. Destaca en esta relación, habida cuenta de su transcendencia, la configuración de la actividad de auditoría, al ser base y fundamento de la determinación de la regularidad o licitud de la actuación del auditor.

El artículo 1.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas determina que el auditor de cuentas tiene como labor principal «la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros».

Hay que partir, pues, de la distinción de dos rasgos importantes en la actividad del auditor. Por un lado, la verificación, consistente en constatar que la información y documentación contable ofrecidas por los administradores responden a los principios generales de contabilidad y a las normas de auditoría y que debe llevarse a cabo dentro del marco del contrato de auditoría. Y, por otro, la emisión de un informe de auditoría, documento mercantil con efectos frente a terceros y que, por ende, transciende del ámbito contractual.

Por ello, sin dejar al margen otras posibles responsabilidades como la penal o la administrativa¹, la responsabilidad del auditor es, principalmente civil, contractual o extracontractual, dependiendo del ámbito y consecuencias de su

actuación. Por tanto, requiere del análisis de aspectos concretos de la relación auditor-sociedad auditada-terceros interesados en la información de dicha sociedad.

II. EL SISTEMA JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES

1. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES DE CUENTAS: DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

La primera regulación de la responsabilidad de los auditores de cuentas en nuestro ordenamiento jurídico tiene lugar gracias al artículo 11 de la Ley de Auditoría de Cuentas 19/1988, de 12 de julio, que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables (conocida como *Octava Directiva*). Este sistema se basa en la responsabilidad directa y solidaria frente a las empresas o entidades auditadas y frente a terceros por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones, régimen al que se añade la responsabilidad ilimitada en virtud del artículo 42 del Reglamento, dictado en desarrollo de la Ley de Auditoría². A mayor abundamiento, se establece que, si el auditor pertenece a una sociedad de auditoría, la responsabilidad alcanzará tanto al auditor como a la sociedad de auditoría e, incluso, a los restantes socios auditores que no hayan firmado el informe de auditoría de cuentas, si bien estos lo harán de forma subsidiaria y de forma solidaria entre ellos.

Este régimen será modificado por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, con la finalidad de agilizar y profundizar en el proceso de integración de los mercados financieros de la Unión Europea. De una parte, se pasa de un régimen específico de responsabilidad a la aplicación de las reglas generales del derecho privado con la particularidad de que, si la auditoría de cuentas se realiza por un auditor parte de una sociedad de auditoría, responderá solidariamente tanto el auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad. En suma, se excluye, por un lado, la mención «frente a terceros» y, por otro, la responsabilidad de los demás socios auditores que no hayan firmado el informe. De otra parte, la mencionada Ley 44/2002 incluiría ciertas novedades en el estatuto jurídico del auditor, referentes a las obligaciones de acceso a la profesión, y a la fijación de sus deberes en el desarrollo de la actividad. En este punto, su incumplimiento se constituye en uno de los criterios claves para la imputación de responsabilidad.

Ahora bien, los sucesos acaecidos en el entorno económico y financiero (Enron, Parmalat, Vivendi, Banesto, PSV), desembocaron en la desconfianza de los operadores económicos sobre la actuación de los auditores y pusieron de manifiesto la ausencia de un planteamiento armonizado de la auditoría en el ámbito de la Unión Europea capaz de reforzar los principios que debían regir esta actividad, así como su supervisión pública. Con este objeto, sería sancionada la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, que deroga la Octava Directiva. Esta nueva Directiva logra una mayor armonización de los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad de auditoría en el ámbito de la Unión Europea, partiendo de su concepción como función de interés público. Serían ampliados ciertos principios como la ética profesional, la independencia y la objetividad, y se exigiría la realización

de las auditorías de conformidad con las normas internacionales adoptadas por la Unión Europea.

Sin embargo, en la Directiva no se impone una regulación concreta sobre responsabilidad del auditor³; antes bien, encomienda a la Comisión emitir un informe sobre el impacto de las normas de los distintos Estados en esa materia y la propuesta de recomendaciones⁴. El resultado se plasmaría en la Recomendación 2008/473/CE, de 5 de junio de 2008, sobre la limitación de la responsabilidad civil de los auditores legales y las sociedades de auditoría, la cual imponía a los Estados Miembro revisar el régimen de responsabilidad en el sentido de limitar la responsabilidad de los auditores sin impedir el resarcimiento justo de las partes⁵.

De nuevo, la necesaria transposición de esta Directiva y de la recomendación de la UE produce la segunda de las reformas sustanciales de la materia objeto de estudio. Así, la Ley 12/2010, de 30 de junio, modifica el artículo 11, relativo a la responsabilidad civil, incluyendo un segundo apartado: «la responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma proporcional a la responsabilidad directa por los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional». Conviene destacar la siguiente matización: «será exigible en forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por un tercero». De modo que se consolida un régimen de responsabilidad proporcional y directa, personal e individualizada, por el que los afectados recuperarán del auditor exclusivamente aquella parte del daño imputable a su concreta acción u omisión.

Este régimen de responsabilidad civil de los auditores se mantiene en las sucesivas reformas. Así, el artículo 22 Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, mantiene la limitación de la responsabilidad, añadiendo un inciso en el apartado segundo en el que define lo que se entenderá por tercero, en idénticos términos del artículo 1.6. de la Ley de Auditoría de 1988 tras la modificación por Ley 12/2010.

La última reforma en materia de auditoría fue consecuencia de la crisis financiera de principios de siglo y la evolución posterior del contexto económico y financiero que provocó de nuevo un debate en el seno de la Unión Europea sobre cómo la actividad de auditoría podría contribuir a la estabilidad financiera. Este proceso llevó a la aprobación y publicación de la Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas y del Reglamento (UE) núm. 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público. En España, la Ley 22/2015, de Auditoría de Cuentas, adapta la legislación interna a los cambios incorporados en la normativa comunitaria y, en su artículo 26, regula la responsabilidad civil de los auditores en el ejercicio de la actividad de auditoría, sin que se haya producido modificación alguna, hasta el momento de la redacción de este trabajo, en el régimen ya previsto⁶.

Sin embargo, si bien pervive el mismo régimen de responsabilidad civil de los auditores, lo cierto es que se delimitan con mayor precisión el ámbito y las normas de actuación del auditor. Para ello, se clarifica la función que desempeña la auditoría y su alcance y limitaciones; se exige un nivel mínimo de convergencia en las normas de auditoría, como el contenido del informe de auditoría; se refuerza, de forma más restrictiva, la independencia y objetividad de los auditores en el ejercicio de su actividad, como pilar básico de la confianza que se deposita en el informe de auditoría. Todo ello con la finalidad de consolidar la independencia profesional y

prevenir conflictos de intereses fruto de la prestación de servicios ajenos a los de auditorías o consecuencia del sistema donde es el auditado quien selecciona y paga al auditor y la deriva de la «familiaridad» de las relaciones prolongadas en el tiempo.

2. DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA, SOLIDARIA E ILIMITADA A LA RESPONSABILIDAD LIMITADA A LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES

En suma, el régimen del auditor ha pasado de una responsabilidad directa, solidaria e ilimitada frente a las entidades auditadas y frente a terceros, al sistema general de responsabilidad por los daños y perjuicios causados derivados del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del derecho privado matizado «con las particularidades establecidas» en la propia norma. Por tanto, se establece un régimen especial que parte del general de responsabilidad civil, concretado o circunscrito en una responsabilidad:

- a) directa y proporcional a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por la actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero; y
- b) exigible de forma personal e individualizada, excluyéndose el daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros.

En consecuencia, se trata de un régimen que pivota sobre dos ejes:

- En primer lugar, la remisión a la teoría general de la responsabilidad civil, de la que se van a tomar los elementos principales y, por tanto, como coinciden doctrina y jurisprudencia, la responsabilidad del auditor no solo abarca la responsabilidad frente a la sociedad por el daño causado a consecuencia del incumplimiento de sus deberes, sino la contraída frente a terceros en el ejercicio de sus funciones. Es decir, los auditores «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados (...) en cumplimiento de sus obligaciones» cuando «incurrieren en dolo, negligencia o morosidad» (art. 1101 CC), pero también tienen la obligación de reparar el daño cuando «por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia» (art. 1902). En consecuencia, quedan sometidos tanto a responsabilidad contractual como extracontractual.
- Y, en segundo lugar, las particularidades que matizan dicho régimen general y que permiten delimitar el tipo de responsabilidad. Es una responsabilidad directa y proporcional al daño y personal e individualizada, lo que supone la exclusión de la responsabilidad solidaria con otros agentes intervenientes⁷. Adquiere relevancia, en este sentido, «la concurrencia de culpas», de forma que además de valorarse si existen o no los requisitos para declarar la responsabilidad civil del auditor se valore también la actuación de otros sujetos intervenientes en la auditoría⁸.

A) *Requisitos necesarios para la imputación de la responsabilidad civil al auditor: el comportamiento del auditor y la existencia de daños y perjuicios*

Esa remisión que la Ley de Auditoría de Cuentas hace a las reglas generales del Código civil, encuadra la responsabilidad del auditor en una responsabilidad

pro damnato, de forma que todos los perjuicios y daños que se produzcan a consecuencia de la actividad de auditoría deben ser objeto de resarcimiento. Es requisito principal, por tanto, la existencia de un resultado dañoso pues sin este no cabe reclamación⁹.

Daños que, según el artículo 1107 del Código civil, en interpretación de la jurisprudencia, han de ser daños reales y no una simple probabilidad de causación de un daño. Pero, además, esos daños han de ser daños económicos, como puntualiza la propia Ley de Auditoría, lo que ha de entenderse que debe afectar directamente al patrimonio del tercero lo que exigirá no solo probar el daño, sino también la repercusión económica que tiene¹⁰.

Además del daño o perjuicio causado al tercero, deberá concurrir simultáneamente, una actuación activa o pasiva por parte del auditor en el marco de la relación contractual de auditoría que le une con la sociedad auditada, y que esa conducta consista en el incumplimiento de sus obligaciones y deberes, es decir, de los principios y *lex artis* que definen la práctica auditora. Esta actuación ha de ser la que produzca el resultado dañoso.

Se trata, por tanto, de una responsabilidad basada en el daño, cuya finalidad es indemnizar a la sociedad o al tercero los daños y perjuicios causados como consecuencia de un cumplimiento doloso o negligente por parte del auditor. Hay que destacar, sin embargo, que el comportamiento del auditor no siempre ha de consistir en una conducta antijurídica o que sea imprescindible la intencionalidad, sino que es suficiente con que se trate de una acción u omisión irregular en el sentido de que suponga una infracción del contrato, de la ley o de la diligencia exigida.

El comportamiento del auditor al efectuar su actividad ha de consistir en una acción u omisión que conlleve una infracción del contrato, de las obligaciones y deberes legales y reglamentarios asumidos con su actividad o, más importante, del conjunto de normas que determinan la conducta diligente exigida al auditor. Y es fundamental que dicha acción u omisión cause un resultado que suponga un daño o un perjuicio, pues sin este no existe posible reclamación de responsabilidad.

En conclusión, la exigencia de la responsabilidad civil a los auditores se fundamenta en la necesaria existencia de una relación de causalidad entre el daño y perjuicio sufrido por la entidad auditada y/o por los terceros y la conducta del auditor (STS, 1.^a, núm. 444/2016, de 1 de julio).

B) La relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido. Tratamiento jurisprudencial: de las SSTS, 1.^a, de 9 de octubre y 14 de octubre de 2008 a la STS, 1.^a, de 21 de septiembre de 2018

La importancia de la necesaria causalidad entre la conducta y el daño se pone ya de manifiesto en las SSTS, 1.^a, de 9 de octubre de y 14 de octubre de 2008 (siendo Ponente en ambas el mismo magistrado), bajo la vigencia de la Ley de Auditoría de Cuentas de 1988.

El Tribunal Supremo fija, en ambas sentencias, como presupuesto de responsabilidad, en primer lugar, la aplicación de la regla de la «*conditio sine qua non*» (toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa de resultado) y la de la «equivalencia de condiciones» (cuando un conjunto de condiciones es antecedente necesario de un resultado conforme a las reglas de la experiencia todas ellas merecen la calificación de causa). Fijada la relación causal en estos términos, en segundo lugar, se trata de identificar si hay causalidad

conforme a una valoración jurídica, basada en juicios de probabilidad, formados con la valoración de los antecedentes causales y de otros criterios (entre ellos, la propia norma). Deben distinguirse, por tanto, en la acción de responsabilidad civil dos fases íntimamente relacionadas: la fáctica, o de valoración de la prueba, y la jurídica. Esa relación entre ambas fases fija la causalidad material o física (STS, 1.^a, de 22 de diciembre de 2014).

Partiendo de este planteamiento, el Alto Tribunal analiza los antecedentes causales y otros criterios para determinar si existe la necesaria relación de causalidad entre la actuación del auditor y el resultado dañoso. En la primera de las sentencias, de 9 de octubre de 2008, la responsabilidad de la sociedad auditada se solicita por inversores que encomendaron a la sociedad auditada que invirtiera importantes cantidades —no recuperadas—, después de que las cuentas de la sociedad y el informe de auditoría se depositarán en la CNMV, sin que en este último se hiciera constar ninguna salvedad, expresando la opinión de que las cuentas anuales reflejaban la imagen fiel, cuando la sociedad, en crisis económica, había utilizado los fondos para cubrir anteriores pérdidas, siguiendo el método de distracción de fondos, lo que dio lugar a un posterior expediente incoado por la CNMV y a la sanción por faltas graves a la sociedad y a sus administradores. Aunque se aprecia que el auditor demandado debería haber detectado las importantes irregularidades en que había incurrido la sociedad auditada e instado la actuación de la CNMV, se estima que comportamientos ajenos al del auditor son los causantes directos y, por ello, no se puede considerar causa suficiente que el auditor sea el garante último de la transparencia de la información económico-contable para que objetivamente se puedan imputar al auditor los perjuicios causados¹¹. Sin embargo, la STS de 14 de octubre de 2008, entiende que la infracción de las reglas que norman la ejecución de la auditoría por parte de los auditores, aunque no sea la causa principal de la crisis económica de la sociedad auditada y, por ello, del incumplimiento por la misma de sus compromisos frente a los cooperativistas de la sociedad, contribuyó de forma directa a ese resultado, pues les privó, como socios, de la necesaria información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de aquella, que les hubiera permitido adoptar en el seno de la sociedad un voto más consciente sobre la aprobación de las cuentas anuales. Los intereses de los socios estaban protegidos por la norma que se infringió, lo que justifica suficientemente la imputación objetiva del daño.

Ambas sentencias se basan en el principio de «el fin de protección de la norma»¹², aunque la primera para desestimar y la segunda para estimar la imputación objetiva del daño. Este fin de protección de la norma, como recoge la jurisprudencia, es tanto en beneficio de la entidad auditada como de los intereses de sus socios y de cualquier tercero que actúe confiando en el informe de auditoría.

Esta doctrina se ha aplicado a posteriores reclamaciones de responsabilidad de auditores, aunque no existen criterios homogéneos para probar materialmente la relación de causalidad. Se parte, habitualmente, de la aplicación de la regla de la causalidad adecuada¹³, sostenida por juicios de probabilidad formados con la valoración de los antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos, el que ofrece la consideración de los incumplimientos de la *lex artis* por el auditor, como son la ausencia de comprobación de la necesaria coincidencia formal entre los originales y las copias de los albaranes examinados; la falta de cotejos con las correspondientes facturas; la ausencia de comprobación de la cantidad o número de unidades de los productos, etc. (STS, 1.^a, núm. 520/2018, de 21 de septiembre).

La STS, 1.^a, de 11 de junio de 2008, establece a este respecto que «Esta modalidad de imputación consiste en que, establecida una relación de causalidad física o fenomenológica entre el agente y el resultado dañoso, debe formularse un juicio mediante el cual se aprecia si las consecuencias dañosas de la actividad son susceptibles de ser atribuidas jurídicamente al agente, aplicando las pautas o criterios extraídos del ordenamiento jurídico que justifican o descartan dicha imputación cuando se ponen en relación con el alcance del acto dañoso particularmente considerado, con su proximidad al resultado producido, con su idoneidad para producir el daño y con los demás elementos y circunstancias concurrentes. Este juicio de imputación se integra en la *quaestio iuris*»¹⁴.

En materia de causalidad se pasa, por tanto, de la causalidad necesaria a una causalidad adecuada, de forma que, si la prueba muestra una de las causas probables o de las causas a las que racionalmente el hecho parece que puede ser imputable, debe declararse la responsabilidad. El auditor será responsable cuando existan evidencias de que no ha puesto los medios adecuados para realizar su actividad. En sentido contrario, el auditor que cumple con los cánones de diligencia en el ejercicio de su profesión (*lex artis*) y con las normas reguladoras de la actividad de auditoría cumple con su prestación, sin que le puedan resultar imputados los resultados dañosos que se hayan podido producir.

Es primordial, por tanto, para saber si existe relación causal, determinar si la conducta o actividad del auditor representa un antecedente del hecho dañoso, es decir, si constituye una «*conditio sine qua non*» de ese resultado.

III. CONDUCTA DETERMINANTE DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Existe, tal y como hemos tenido oportunidad de examinar, una íntima relación entre la imputación de responsabilidad y la actuación del auditor. Como también hemos constatado que la actuación ha de ser una actuación ilícita o irregular, una conducta activa o pasiva dolosa o culpable o simplemente negligente. Pues bien, para apreciar si existe tal comportamiento, es decir, si la actuación llevada a cabo por el auditor es suficiente o es posible motivo de imputación de responsabilidad por los daños y perjuicios causados a la entidad o a terceros, resulta necesario fijar cuál es el alcance de esa actuación y el marco en que debe ser ejercitada, ámbito constituido no solo por el contrato de auditoría, que une al auditor con la sociedad auditada, sino por el propio estatuto jurídico del auditor de cuentas, es decir, por los requisitos, deberes y obligaciones que ha de cumplir en el ejercicio de su actividad.

El auditor se encuentra obligado a prestar sus servicios en los términos asumidos contractualmente. Por tanto, el incumplimiento doloso o negligente de las obligaciones del auditor asumidas en virtud del contrato celebrado con la entidad auditada dará lugar a responsabilidad contractual (art. 1101 CC). Ahora bien, dado el especial contenido de la obligación, la actuación se encuentra sometida no solo a lo dispuesto en el contrato, sino también a la regulación legal y reglamentaria de la propia actividad y, en concreto, a cumplir con la diligencia debida para la obtención de un informe que refleje una opinión técnica sobre la situación económico-patrimonial y financiera de la entidad. Y es el incumplimiento de esta regulación lo que va a llevar, no solo a la imputación de responsabilidad frente a la entidad, sino también frente a los terceros a los que el informe de auditoría afecte directamente (responsabilidad extracontractual, ex. art. 1902 CC).

Es necesario, por esta razón, partiendo de lo que se entiende por actividad de auditoría, delimitar las conductas determinantes de responsabilidad derivadas del propio contrato de auditoría, de la diligencia debida al auditor y de los efectos del informe de auditoría frente a la propia entidad y frente a terceros.

1. ALCANCE DE LA ACTIVIDAD DE AUDITORÍA: EL PRINCIPIO DE INTERÉS PÚBLICO

La auditoría de cuentas se define, en el artículo 1.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas, como «la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros».

La responsabilidad y actuación de los auditores de cuentas debe estar, además, presidida por el principio de interés público que conlleva la auditoría de cuentas. La auditoría busca asegurar el funcionamiento eficaz y transparente del mercado y la protección de los muy diversos intereses concurrentes, de ahí la importancia de lograr que la información sobre la situación económica y financiera y de los resultados de la sociedad sea lo más veraz, real y fiable posible.

Se trata de una actividad con una doble función: revisar y verificar los documentos contables elaborados por la entidad auditada en el plazo acordado y de acuerdo con lo dispuesto en la ley y en las normas técnicas de auditoría, y emitir un informe en el que conste su opinión técnica responsable¹⁵. Esta es la obligación del auditor (revisar, verificar y dictaminar) y es la que debe ser objeto de valoración para determinar el grado de cumplimiento de acuerdo con el compromiso asumido en el contrato de auditoría y de acuerdo con las obligaciones derivadas de la función que ejerce.

En este sentido es clarificadora la STS, 1.^a, de 9 de octubre de 2008, cuando afirma que la auditoría de cuentas tiene una «finalidad empírica: la de obtener un medio que garantice, en la medida de lo razonable, que los estados financieros auditados no adolecen de inexactitudes significativas», de forma que se exige al auditor «una prestación profesional que posibilite dicha función» basada en «la naturaleza profesional y el contenido técnico de la prestación». Son estos parámetros los que «determinan el nivel de la exigencia no solo según el contrato sino también según la ley». Por tanto, «cumple el auditor su obligación contractual y los deberes vinculados a su función por la norma cuando actúa con la pericia y diligencia de un buen profesional en la ejecución de la auditoría».

Esta doble función ha planteado en la doctrina un debate, ya superado en la doctrina y por la jurisprudencia, sobre la naturaleza jurídica de esta prestación. El Tribunal Supremo, partiendo de esta distinción, matiza que «la prestación de emitir un informe con un determinado contenido es una obligación de resultado, propia de un contrato de obra; pero en cuanto al objetivo final perseguido, avalar la fiabilidad de la información económico-contable suministrada por la sociedad y asegurar que no existen irregularidades relevantes, la obligación asumida por los auditores es de medios, llevar a cabo la revisión y verificación de arreglo a unas normas técnicas, que en condiciones normales resultan eficaces». (STS, 1.^a, de 1 de julio de 2016). Por tanto, ha de concluirse que a los auditores les es exigible una prestación de medios, no de resultados¹⁶. Puntualización esta de gran relevancia a la hora de fijar el cumplimiento de la prestación asumida.

2. CONDUCTAS DETERMINANTES DE RESPONSABILIDAD: LAS NORMAS TÉCNICAS DE AUDITORÍA

A) *Derivadas de las obligaciones asumidas en el contrato de auditoría*

El contrato de auditoría fue definido por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) como un contrato de arrendamiento de obra o servicio, consensual, cuyo contenido consiste en una prestación de servicios: realizar un informe de acuerdo con los procedimientos de trabajo normativamente establecidos a cambio de un precio (Consulta núm. 6, en el BOICAC, núm. 12, de marzo de 2003).

Por su parte, las normas técnicas de auditoría recogen que el auditor debe acordar por escrito con su cliente el objetivo y alcance del trabajo, así como sus honorarios o los criterios para su cálculo para todo el periodo de nombramiento. Dicha norma fue desarrollada con el objeto de establecer el contenido de carácter general de dicho contrato, periodo de contratación —según la normativa vigente—, los plazos, fecha de entrega del informe, así como cuantos aspectos concretos se deriven de las circunstancias particulares de cada encargo. Además, en el contrato deberán fijarse las reglas materiales de realización del trabajo, que habrán de ser respetadas por ambas partes y que el auditor deberá seguir preceptivamente con sujeción a las normas de auditoría.

En este sentido, la NIA-ES 210¹⁷ determina los requerimientos para la confección o modificación de la carta de encargo. La carta de encargo ha de contener cuando menos: el objetivo y alcance de la auditoría; la responsabilidad del auditor; las responsabilidades de la dirección y del órgano de gobierno de la entidad; identificación del marco de información financiera aplicable; referencia a la estructura y contenido que se espera de cualquier informe emitido por el auditor y una declaración de que pueden existir circunstancias en las que el contenido y la estructura del informe difieran de lo esperado.

Una cuestión interesante relacionada con la responsabilidad contractual del auditor es la posibilidad de incluir en el contrato cláusulas que agraven, limiten o, incluso, excluyan la responsabilidad del auditor. La autonomía de la voluntad permite este tipo de pactos, siempre y cuando se respeten los límites del artículo 1255 del Código civil y se trate de responsabilidad por mera negligencia. En cualquier caso, respecto a las cláusulas que excluyan la responsabilidad contractual cuando ha mediado dolo del auditor el pacto será nulo (art. 1102 CC) y las de agravación parece que tendrán escasa aplicación práctica.

Serían admisibles, en su caso, limitaciones como fijar una cuantía máxima o exonerar en caso de existir responsabilidad de los propios administradores de la entidad o delimitar los incumplimientos que dan derecho a resarcimiento¹⁸. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el ámbito de los efectos de estas cláusulas limitativas sería *inter partes* pero no alcanzaría a posibles terceros afectados, pues el contrato de auditoría no es un contrato en beneficio de terceros, sino que la propia naturaleza jurídica de la actividad tiene como fin producir efectos frente a terceros. Cualquier limitación supondría privar al tercero de un derecho a reclamar los daños y perjuicios producidos como consecuencia de dicha actividad (art. 1902 CC).

Por tanto, será conducta determinante de responsabilidad contractual del auditor el ejercicio de la actividad incumpliendo los términos del contrato, siempre que estos sean compatibles con la normativa reguladora de la auditoría de cuentas. De ahí la importancia que tiene para determinar la responsabilidad el conocimiento de dicha normativa y la repercusión de su cumplimiento en el ejercicio de la actividad como causa de imputación objetiva de responsabilidad.

B) Derivadas del cumplimiento de las normas rectoras de la actividad de auditoría: la diligencia debida

La actividad de la auditoría de cuentas debe sujetarse a un sistema de fuentes jurídicas constituido por tres grupos de normas:

I. normas de auditoría, definidas en la propia ley de auditoría como principios y requisitos que debe observar necesariamente el auditor de cuentas en el desempeño de su función y sobre las que deben basarse las actuaciones necesarias para expresar una opinión técnica responsable e independiente;

II. normas de ética y,

III. normas de control de calidad interno de los auditores y sociedades de auditoría. Es decir, además de los principios generales, recogidos en la Ley y en el Reglamento de Auditoría de Cuentas¹⁹, adquieren un papel relevante las Normas Técnicas de Auditoría, resultantes de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España (NIAS-ES), y las que regulan aquellos aspectos no contemplados en las normas internacionales adoptadas por la Unión Europea (NTA).

En esta línea, el Tribunal Supremo destaca que la propia ley de auditoría es la que determina la forma en que los auditores han de ejercer su función, de modo que su incumplimiento se erige por sí en fuente de responsabilidad profesional pues supone la falta de diligencia que les resulta exigible²⁰.

Pues bien, la diligencia debida es una norma que se refiere al especial deber de cuidado y atención que debe prestar el auditor al conocer y aplicar la normativa reguladora de la actividad de auditoría, de forma que las conclusiones alcanzadas en la realización del trabajo de auditoría estén debidamente soportadas y justificadas [art. 19.1.b) Reglamento de Auditoría de Cuentas]. Como se observa, esta diligencia debida no es la diligencia del artículo 1104 del Código civil, sino la diligencia profesional de quien posee los conocimientos técnicos necesarios para conseguir una finalidad, como es la emisión de un informe sobre la veracidad y fiabilidad de los documentos contables sometidos a su verificación y revisión.

Tal deber exige, por tanto, una actitud determinada del auditor al ejercer su profesión y esta actitud es una actitud de escepticismo y de aplicar el juicio profesional. Se trata de una actitud inquisitiva y de especial alerta que permite al auditor detectar cualquier circunstancia que pueda indicar incorrecciones en las cuentas anuales auditadas, debidas a error o fraude, y que conlleva la formación crítica de las conclusiones a las que llegue en su trabajo (art. 13 Ley de Auditoría de Cuentas). Es decir, el auditor ha de partir de la posibilidad de que existan incorrecciones en las cuentas anuales.

Directamente relacionadas con el escepticismo profesional están las NIA-ES 200, 250 y 450. La NIA-ES 200²¹ define las responsabilidades globales que tiene el auditor independiente cuando realiza una auditoría (responsabilidades respecto al ejercicio de la actividad), de forma que el auditor logre una opinión sobre los mismos basado en los requerimientos de ética aplicables. Para alcanzar esa opinión, la norma requiere que el auditor obtenga una seguridad razonable de que los estados financieros están libres de incorrecciones materiales debidas a fraude o a error. Con este fin, la NIA-ES 240²² exige al auditor la obtención de una evidencia de auditoría suficiente y adecuada que le permita identificar y valorar los riesgos de incorrección material debida a

fraude²³ y la NIA-ES 450²⁴ le exige la evaluación del efecto de las incorrecciones identificadas en la auditoría y, en su caso, de las incorrecciones no corregidas en los estados financieros.

Hay que puntualizar que la seguridad razonable a que se refiere la NIA-ES 200 es un grado alto pero no absoluto de seguridad, el cual se alcanza cuando el auditor ha obtenido evidencia de auditoría suficiente y adecuada para reducir, a un nivel aceptablemente bajo, el riesgo de expresar una opinión inadecuada cuando los estados financieros contienen incorrecciones materiales. La evidencia de auditoría que permite al auditor alcanzar sus conclusiones es una evidencia convincente pero no concluyente, de ahí que al auditor se le exija que aplique, basándose en la evaluación del riesgo, los procedimientos de auditoría necesarios para obtener la seguridad razonable de que las irregularidades y errores significativos que pudieran existir y que afecten significativamente a las cuentas anuales, consideradas en su conjunto, se detecten adecuadamente.

En consecuencia, la propia NIA-ES 240 limita el alcance de responsabilidad por el riesgo de no detectar incorrecciones materiales debidas a fraude, ya que los intentos de ocultación (falsificación, omisión de registros de transacciones, manifestaciones erróneas) pueden llevar al auditor a obtener evidencias que en realidad son falsas o incluso a no detectarlas debido a que el enfoque y finalidad del trabajo del auditor es distinto del descubrimiento de aquellos. Como ya expuso la STS, 1.^a, 9 de octubre de 2008, el auditor no es responsable por no detectar todos los errores o fraudes que puedan cometer los administradores, directivos o personal de la entidad auditada —algunos realizados con la intención de mantenerlos ocultos a toda investigación ajena—, sino solo cuando con una correcta ejecución de su prestación profesional debería haberlos descubierto.

En consecuencia, al auditor se le exige la realización correcta de su actividad, si bien no se le puede responsabilizar de actuaciones y comportamientos ajenos. El auditor tiene la función de verificar y revisar las cuentas anuales y otros documentos contables, pero no la de garantizar que la información económico-contable facilitada cumple con los requisitos de transparencia exigidos. Por eso, la responsabilidad del auditor se exige de forma personal e individualizada con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros (art. 26.2. *in fine*). Se impone, de este modo, la necesaria valoración de la concurrencia de culpas e individualizar la indemnización de daños correspondientes a cada uno de los participantes en la producción del resultado dañoso.

Por último, hay que destacar también la importancia que, junto al escepticismo y el juicio profesional, adquiere el deber de independencia²⁵ como principio ético y criterio de imputación de responsabilidad. La independencia se define en el Reglamento de Auditoría de Cuentas como «ausencia de intereses o influencias que puedan menoscabar la objetividad del auditor en la realización de su trabajo de auditoría»²⁶. Lo que conlleva que el auditor debe abstenerse de actuar cuando su independencia en relación con la revisión y verificación de las cuentas anuales, los estados financieros u otros documentos contables se vea comprometida (art. 14 Ley de Auditoría de Cuentas)²⁷.

Pues bien, la falta de independencia o riesgo de imparcialidad es justa causa para acordar el cese por la Junta general o para solicitar del registrador mercantil o del letrado de la administración de justicia su cese y el nombramiento de otro. Pero debe observarse que el incumplimiento de este deber del auditor cuando afecta a la revisión, verificación e informe de las cuentas anuales o la toma de decisiones se base en información que permitiría no solo impugnar los acuerdos adoptados en el seno de la entidad (vulneración de la ley), sino ejercer

la acción de responsabilidad si se ha producido un daño o perjuicio a la propia entidad o a un tercero.

Se puede concluir que la diligencia debida del auditor es un criterio de referencia para determinar la corrección del auditor en el cumplimiento de la prestación asumida y, en consecuencia, para justificar la imputación de responsabilidad. Por consiguiente, si el auditor al informar favorablemente es consciente de la existencia de irregularidades contables, si no aplica los debidos procedimientos para obtener las evidencias necesarias que fundamentan su opinión, etc., está incumpliendo no solo con su obligación contractual, sino también con los principios profesionales que rigen su actividad y, a la vez, está contribuyendo al resultado perjudicial al privar de la necesaria información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la entidad auditada.

En definitiva, el auditor que actúa de acuerdo a las normas de ética y aplica los procedimientos técnicos que se requieren para obtener una evidencia suficiente y adecuada (siendo los papeles de trabajo una prueba de diligencia) que le permitan obtener una opinión fundada no tiene responsabilidad por los perjuicios causados al no haber detectado algún error o fraude significativos. La conducta determinante de la responsabilidad del auditor de cuentas no es, por tanto, la falta de detección de irregularidades en la contabilidad o la existencia de fraudes, sino la falta de seguimiento de las normas que rigen su actuación.

C) Derivadas de la emisión del informe de auditoría

La obligación final asumida por el auditor de cuentas es la emisión de un informe detallado sobre el resultado de su actuación de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas (art. 269 Ley de Sociedades de Capital). Emitido el informe se cumple la finalidad para la que fue contratada la auditoría de cuentas (art. 5.2. Ley de Auditoría de Cuentas).

Este informe se regula en la NIA-ES 700 (revisada)²⁸, cuyo objetivo es fijar la responsabilidad que tiene el auditor, al formarse una opinión sobre los estados financieros, de concluir sobre si ha alcanzado una seguridad razonable de que los estados financieros en su conjunto están libres de incorrección material. Además, la NIA 705 (revisada)²⁹ y la NIA-ES 706 (revisada)³⁰ tratan el modo en que la estructura y el contenido del informe de auditoría se ven afectados cuando el auditor expresa una opinión modificada o incluye un párrafo de énfasis o un párrafo sobre otras cuestiones en el informe de auditoría.

De acuerdo con la evidencia obtenida, la opinión podrá ser:

- a) favorable (modificada) cuando concluya que los estados financieros han sido preparados, en todos los aspectos materiales, de conformidad con el marco de información financiera aplicable;
- b) con salvedades, desfavorable o denegada (opinión modificada) cuando concluya que, sobre la base de la evidencia de auditoría obtenida los estados financieros en su conjunto, no están libres de incorrección material o no pueden obtener evidencia suficiente y adecuada. En este último caso, deben indicarse las salvedades, así como las posibles incertidumbres significativas o materiales relacionadas con hechos o condiciones que pudieran suscitar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad auditada para continuar como empresa en funcionamiento. Además, incluirá toda

cuestión que el auditor de cuentas considere necesario enfatizar (art. 5.1. Ley de Auditoría de Cuentas).

El auditor, por lo tanto, es responsable de la emisión del informe que contenga su opinión, pero sin olvidar que su obligación es una obligación de medios. La responsabilidad del auditor es emitir el informe tras la obtención de una seguridad razonable sobre la corrección o incorrección material, debida a fraude o error, de los estados financieros y en caso de incorrección describir cuáles son y la influencia en las decisiones económicas de los posibles usuarios. En consecuencia, si no se emite el informe o se emite sin seguir las normas rectoras de la actuación del auditor, con defectos o errores³¹, se incumple la conducta debida y ha de responder por los daños y perjuicios causados³². Se vuelve así a la vulneración de la diligencia debida, en la formación de la opinión emitida, como conducta determinante de una posible responsabilidad y no al contenido de la opinión en sí misma.

Además, ha de tenerse en cuenta que el informe se trata de un documento mercantil al que, legalmente, se dota de publicidad en el Registro Mercantil (art. 279.1 de la Ley de Sociedad de Capital) y se le reconoce la posibilidad de «producir» efectos frente a terceros.

El depósito del informe, junto a las cuentas anuales, y la consecuente publicidad registral, lo convierte en «un instrumento jurídico por medio del que se traduce un interés general difuso en el concreto de cada uno de los terceros que entran en relación con la sociedad auditada, confiados en la fiabilidad que ofrece un sistema de regulación del mercado de capitales (...)» (STS, 1.^a, 9 de octubre de 2008).

En cuanto que el alcance de la previsión legal «pueda tener efectos frente a terceros», ha sido interpretado por la doctrina, como la posibilidad de que el informe opere en el tráfico mercantil generando efectos en beneficio de aquellos terceros que hayan procedido confiados en la apariencia documental que refleja el informe publicado³³. Frente a esta opinión generalizada, también se ha defendido que la previsión trasluce la predisposición del informe a operar en el tráfico, a ser un instrumento formal más a considerar en tal ámbito, pero que no se establece con carácter general sino, presuntamente, cuando así se determine, llegando a convertirse en requisito constitutivo de la validez y eficacia de determinados actos jurídicos (supuestos de aumento de capital por compensación de créditos, aumento con cargo a reservas, exclusión del derecho de suscripción preferente, valoración del usufructo de acciones)³⁴. Esta última interpretación lo que hace es basarse en la diferencia entre la auditoría de las cuentas anuales y la revisión y verificación de otros estados o documentos contables elaborados con un objeto determinado cuyos efectos son distintos a los generales que se producen con la publicidad del informe de las cuentas anuales. Ello no excluye que el informe produzca, dentro de su ámbito, efectos frente a terceros.

En este sentido, el Tribunal Supremo reconoce que, en estos casos, también rige el fin de protección de la norma que se concreta es la protección de los intereses de cualquiera que actúe confiando en el informe de auditoría. El informe se constituye así en el «elemento esencial» para la exigencia de responsabilidad extracontractual, ya que es el que contribuye a crear una «sensación» (de confianza o desconfianza), en los socios, en los acreedores y demás operadores del tráfico económico y jurídico³⁵.

A estos efectos, es determinante la propia ley cuando define lo que ha de entenderse por tercero (art. 26.2 Ley de Auditoría de Cuentas). Se considera

tercero a cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo este elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión. Terceros, por tanto, serán los socios, a quienes un informe que no responda a la realidad económico-financiera de la sociedad puede acarrear una pérdida de valor de su participación o los acreedores que, apoyados en dicho informe, concedan crédito a la entidad a pesar de sus dificultades financieras, pero también a cualquier persona que base su decisión de inversión en un informe de auditoría³⁶.

Este planteamiento permite concluir que el presupuesto de la responsabilidad extracontractual del auditor se centra en que «el acto o decisión adoptado por el tercero se fundamenta razonablemente en el informe de auditoría»³⁷, lo que implica que «el demandante utilizó la información recogida en el informe de auditoría y que además, le resultaba comprensible y le indujo a tomar la decisión por la que sufre consecuencias perjudiciales», siendo necesario para establecer la causalidad demostrar que «una conducta distinta del perjudicado hubiera evitado la producción del daño que reclama»³⁸.

Es decir, el auditor no responde en todo caso y frente a cualquiera, pues no hay que olvidar que para que el auditor sea responsable es necesario que se den los presupuestos generales de la responsabilidad civil, y, además, que la protección de la confianza del tercero en el informe de auditoría se vincule a los principios de la buena fe y a la posible concurrencia de culpa de los propios perjudicados, de forma que se pueda exonerar la responsabilidad cuando existan indicios de que dicho tercero conocía o pudo conocer las irregularidades en la información³⁹.

IV. CONCLUSIONES

I. El régimen de responsabilidad civil del auditor de cuentas ha pasado de un régimen de responsabilidad ilimitada a una responsabilidad limitada, consecuencia de las sucesivas modificaciones producidas por la normativa y recomendaciones de la Unión Europea y de los expertos en la materia. Actualmente, la responsabilidad civil se rige por las normas generales del derecho privado con las particularidades establecidas en la Ley de Auditoría de Cuentas.

II. En la delimitación de la responsabilidad civil del auditor adquiere especial importancia el comportamiento o conducta del auditor, una conducta sometida a las obligaciones establecidas en el contrato de auditoría y a los deberes que constituyen su estatuto jurídico (normas a las que debe someter su actuación).

III. El auditor es responsable, por tanto, del cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de auditoría y de desarrollar su labor sometido a las normas de auditoría, tanto a las normas éticas que rigen su actuación, en concreto, la diligencia debida, como a las normas de carácter técnico. Estas normas ofrecen pautas suficientes para determinar la relación causal necesaria entre la conducta del auditor y los daños o perjuicios producidos a la entidad contratante como a los terceros frente a los que el informe tiene efectos. Determinar si el auditor se condujo diligentemente o no constituye un juicio de valor que se efectúa basándose en la prueba disponible.

IV. Siguiendo esta línea, se ha de colegir que la exigencia de responsabilidad al auditor debe fundarse en el grado de cumplimiento o incumplimiento de la obligación de medios que supone la actividad de auditoría, basándose en el fin de

la misma —el informe— y en la repercusión que tiene para la entidad auditada y para los terceros. De forma que los auditores responden frente a la entidad auditada que contrató sus servicios (responsabilidad contractual) y frente a cualquier tercero (responsabilidad extracontractual) siempre que se produzca un daño en su patrimonio como consecuencia de la confianza depositada en el informe publicado registralmente que contiene información errónea o defectuosa consecuencia de la realización negligente o dolosa de las funciones que le competen.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTO LAGO, J.M. (2014). La responsabilidad civil de los terceros de confianza y la teoría de los *flood gates*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 881.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (2010). *Derecho de Sociedades*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch tratados.
- GARRETA SUCH, J.M. (2002). *La responsabilidad de los auditores por no detección de fraudes y errores*, Madrid.
- GIL SALDAÑA, M. (2011). Comentario a la sentencia de 15 de diciembre de 2010, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87.
- GUTIÉRREZ GILSANZ (2007). *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, La Ley, Madrid.
- ILLESCAS ORTÍZ, R. (1993). Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales, en Uría, Menéndez y Olivencia (Dir.), *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VIII, vol. 2.^º.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. (1992). *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Valladolid.
- MUÑOZ GARCÍA, A. (2009). La imputación del daño producido al tercero ante la omisión de los deberes exigidos al auditor de cuentas (Comentario a la STS —Sala 1.^a— de 9 de octubre de 2009), en *Revista Derecho de Sociedades*, núm. 33.
- MUÑOZ VILLAREAL, A. (2010). La responsabilidad civil del auditor, en *Partida Doble*, núm. 225.
- PACHECO CAÑETE, M. (2011). La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Reflexiones a propósito de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo y la Recomendación Europea de limitación de la responsabilidad, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26.
- (2000). *Régimen legal de la auditoría de cuentas y responsabilidad de los auditores*, Madrid.
- PETIT LAVALL, M.^a V. (2002). La responsabilidad del auditor de cuentas frente a terceros, en *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 1, Madrid, Mc Graw Hill.
- (1994). *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas*, Madrid.
- REGLERO CAMPOS, F. (2003). El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas, en Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra.
- RIBOT IGUALADA, J. (2009). La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7.
- ROJO, A. (2018). La contabilidad (II), Las cuentas anuales. Los Principios contables y la Auditoría de Cuentas, en Menéndez y Rojo (Dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Navarra, Civitas.

- SANTAELLA SÁEZ, O. (2017). La responsabilidad civil profesional del auditor de cuentas: evolución y caracteres, *Diario La Ley*, núm. 9087.
- VALMAÑA OCHAÍTA, M. (2008). Recomendación de la Comisión Europea sobre la limitación de la responsabilidad civil de los auditores legales y las sociedades de auditoría, de 5 de junio de 2008, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 31.
- VICENTE DOMINGO, E. (2003). El daño, en Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra.

VI. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- STS, 1.^a, núm. 520/2018, de 21 de septiembre
- STS, 1.^a, núm. 100/2018, de 28 de febrero
- STS, 1.^a, núm. 99/2018, de 26 de febrero
- STS, 1.^a, núm. 444/2016, de 1 de julio
- STS, 1.^a, núm. 737/2014, de 22 de diciembre
- STS, 1.^a, núm. 628/2012, de 26 de octubre
- STS, 1.^a, núm. 338/2012, de 7 de junio
- STS, 1.^a, núm. 815/2010, de 15 de diciembre
- STS, 1.^a, núm. 115/2009, de 5 de marzo
- STS, 1.^a, núm. 869/2008, de 14 de octubre
- STS, 1.^a, núm. 798/2008, de 9 de octubre
- STS, 1.^a, núm. 516/2008, de 11 de junio

NOTAS

¹ El auditor puede incurrir además de en responsabilidad civil en: a) responsabilidad administrativa, competencia del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, que goza de facultades disciplinarias en su labor de regulador de las actuaciones profesionales de los auditores y de supervisor del cumplimiento de la aplicación de las normas técnicas de la auditoría; b) responsabilidad penal en relación con los delitos económicos previstos en los artículos 290 a 297 Código Penal (falsedad en la información social, cooperación necesaria, dolosa); y c) responsabilidades legales específicas como las previstas en los artículos 36 y 166 Ley Concursal (complicidad concursal, actuación de forma dolosa o con culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia).

² Real Decreto Legislativo 1636/1990, de 20 de diciembre.

³ Salvo la responsabilidad plena del auditor de cuentas del grupo respecto a los estados financieros consolidados sin posible limitación únicamente a las sociedades del grupo que hubiera auditado.

⁴ Artículo 31 Directiva 2006, 43, CE.— Responsabilidad civil de los auditores:

Antes del 1 de enero de 2007, la Comisión presentará un informe sobre el impacto de las normas nacionales vigentes en materia de responsabilidad civil en la realización de auditorías legales sobre los mercados europeos de capitales y sobre los regímenes de seguro de los auditores legales y las sociedades de auditoría, incluido un análisis objetivo de las limitaciones de la responsabilidad financiera. En su caso, la Comisión llevará a cabo una consulta pública. A la luz de ese informe, la Comisión presentará, si procede, recomendaciones a los Estados miembro.

⁵ Los métodos propuestos para limitar la responsabilidad son: a) fijación de una cuantía máxima o de una fórmula que permita calcular esa cuantía; b) fijación de un sistema de responsabilidad proporcional, de forma que el auditor o la sociedad auditora solo responda dentro de los límites de su contribución real al perjuicio sufrido por el reclamante; c) establecimiento de disposiciones que autoricen que la sociedad auditada y el auditor o sociedad de auditoría fijen un límite en el propio contrato de auditoría (un estudio sobre los

distintos métodos, VALMAÑA OCHAÍTA, M. (2008), Recomendación de la Comisión Europea sobre la limitación de la responsabilidad civil de los auditores legales y las sociedades de auditoría, de 5 de junio de 2008, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 31).

⁶ Artículo 26. Responsabilidad civil:

1. Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código civil, con las particularidades establecidas en este artículo.

2. La responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero.

A estos efectos, se entenderá por tercero cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo este elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión.

La responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros.

3. Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor de cuentas en nombre de una sociedad de auditoría, responderán solidariamente, dentro de los límites señalados en el apartado precedente, el auditor que haya firmado el informe de auditoría y la sociedad de auditoría.

4. La acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor de cuentas y de la sociedad de auditoría prescribirá a los cuatro años a contar desde la fecha del informe de auditoría.

⁷ VALMAÑA OCHAÍTA (2008), *op. cit.*

⁸ REGLERO CAMPOS, F. (2003), El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas, en Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra.

⁹ VICENTE DOMINGO, E. (2003), El daño, en Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra

¹⁰ La doctrina mantiene opiniones distintas sobre qué ha de entenderse por «daño económico». Un sector estima que son los puramente económicos mientras otro considera que se trata de daños patrimoniales, entendidos como aquellos que recaen sobre los bienes y derechos que forman el patrimonio. PACHECO CANETE, M. (2011), La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Reflexiones a propósito de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo y la Recomendación Europea de limitación de la responsabilidad, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26.

¹¹ Una opinión crítica sobre esta resolución, en MUÑOZ GARCÍA, A. (2009), La imputación del daño producido al tercero ante la omisión de los deberes exigidos al auditor de cuentas (Comentario a la STS —Sala 1.^a— de 9 de octubre de 2009), en *Revista Derecho de Sociedades*, núm. 33.

¹² Criterio de «el fin de protección de la norma» que supone que «no podrán ser objetivamente imputados a la conducta del autor los resultados dañinos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma en la que pretende fundamentarse la responsabilidad» [MUÑOZ GARCÍA, A. (2009), *op. cit.*].

¹³ «Cada actividad que baste por sí para causar un daño lo ha causado en la medida correspondiente a tal probabilidad» (STS, 1.^a, de 7 de junio de 2012) y un estudio sobre la doctrina de la causalidad adecuada en REGLERO CAMPOS, F. (2003), *op. cit.*

¹⁴ STS, 1.^a, 5 de marzo de 2009.

¹⁵ ROJO, A. (2018), La contabilidad (II), Las cuentas anuales. Los Principios contables y la Auditoría de Cuentas, en Menéndez y Rojo (Dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Navarra, Civitas.

¹⁶ Para un estudio de las opiniones doctrinales, GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2007), *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, Madrid, La Ley.

¹⁷ Norma Internacional de Auditoría 210, Acuerdo de los términos del encargo de auditoría (NIA-ES 210), adaptada para su aplicación en España mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013.

¹⁸ GUTIÉRREZ GILSANZ, J., *op. cit.*

¹⁹ A las auditorías de cuentas de entidades de interés público, además de lo dispuesto en la propia Ley de Auditoría de Cuentas 22/2015, les será de aplicación lo establecido en el Reglamento (UE) núm. 537/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público, y la resolución de 23 de diciembre de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en la que se recoge la adaptación de determinadas Normas Técnicas de Auditoría a las exigencias especiales de las entidades de interés público.

²⁰ Sentencia de 14 de octubre de 2008.

²¹ Norma Internacional de Auditoría 200. Objetivos globales del auditor independiente y realización de la auditoría de conformidad con las Normas Internacionales de Auditoría (NIA-ES 200), adaptada para su aplicación en España mediante Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013.

²² Norma Internacional de Auditoría 240 responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude (NIA-ES 240), adaptada para su aplicación en España mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013.

²³ Si el auditor ha identificado un fraude, o tiene indicios de que lo hay, ha de determinar si tiene la responsabilidad de informar a un tercero ajeno a la entidad. En este caso, aunque el auditor tiene el deber de mantener la confidencialidad de la información de su cliente, su responsabilidad legal prevalece sobre el deber de confidencialidad.

²⁴ Norma Internacional de Auditoría 450, evaluación de las incorrecciones identificadas durante la realización de la auditoría (NIA-ES 450), adaptada para su aplicación en España mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013.

²⁵ La regulación de la independencia del auditor en nuestro ordenamiento es consecuencia, al igual que la limitación de la responsabilidad, de la traspוסición de la Directiva relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, cuyo antecedente en esta materia fue la Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 2002, sobre la independencia de los auditores de cuentas en la UE.

²⁶ Artículo 43.2 del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre de por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio.

²⁷ La ley fija, junto al principio general, causas concretas de incompatibilidad que comprenden situaciones o circunstancias que determinan la falta de independencia del auditor. Las situaciones que recoge la norma son situaciones potenciales, denotativas de un riesgo («pudiera verse comprometida», «en todo caso») no se exige una actuación concreta que suponga «una vulneración clara, concreta y determinada de la imparcialidad del auditor» (STS, núm. 99, 2018, de 26 de febrero), es suficiente que se produzca una de las situaciones previstas en la propia Ley para poder afirmar que existe un riesgo claro de parcialidad y pérdida del escepticismo profesional que debe caracterizar la actuación del auditor. Ahora bien, la concurrencia de la situación de riesgo (derivada de la aplicación del principio general de independencia o de los supuestos de incompatibilidad previstos en la propia norma) ha de ser real y efectivamente producida, pero ello no significa necesariamente que el auditor haya realizado la auditoría con falta de objetividad e imparcialidad. Es decir, la existencia de alguna actividad, como la asesoría fiscal (STS, 1.^a, núm. 99, 2018, de 26 de febrero) —y salvo que la entidad auditada sea una entidad de interés público—, no incluida entre las actividades o servicios prestados a la sociedad auditada que determinan la incompatibilidad para ser su auditor de cuentas, requiere que se den circunstancias relevantes añadidas a la mera prestación de dicho servicio (por ejemplo, que la retribución por estos servicios suponga una parte significativa de los ingresos anuales del auditor, que exista una incertidumbre fiscal derivada del asesoramiento fiscal del auditor o de una persona o sociedad integrada en su red). Además, la situación o circunstancia determinante de la falta de independencia se pueden producir no solo entre la sociedad auditada y el auditor sino también entre la sociedad auditada y una sociedad distinta de la sociedad de auditoría, pero integrada en la red a la que esta pertenece, pues los efectos son los mismos que si se produjera directamente la relación entre la sociedad auditada y la sociedad de auditoría (STS, 1.^a, núm. 100, 2018, 28 de febrero de 2018).

²⁸ Norma Internacional de Auditoría 700 (revisada), formación de la opinión y emisión del Informe de Auditoría sobre los estados financieros, NIA-ES 700 (revisada), adaptada para su aplicación en España mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 23 de diciembre de 2016.

²⁹ Norma Internacional de Auditoría 705 (revisada), opinión modificada en el informe de auditoría emitido por un auditor independiente, NIA-ES 705 (revisada), adaptada para su aplicación en España mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 23 de diciembre de 2016.

³⁰ Norma Internacional de Auditoría 706 (revisada), párrafos de énfasis y párrafos sobre otras cuestiones en el informe de auditoría emitido por un auditor independiente, NIA-ES 706 (revisada), adaptada para su aplicación en España mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 23 de diciembre de 2016.

³¹ Los defectos del informe se pueden clasificar en extrínsecos o intrínsecos, v. ILLESCAS ORTIZ, R. (1993), *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales*, en Uría, Menéndez y Olivencia (Dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VIII, vol. 2, Madrid, Civitas.

³² PACHECO CAÑETE, M. (2011), concreta que «cuando el informe de auditoría no se emite existe incumplimiento absoluto, cuando no se emite dentro del plazo establecido para ello existe cumplimiento retrasado, cuando se emite con defectos de forma o fondo existe cumplimiento defectuoso. De estos tres supuestos posibles, dos de ellos, el de incumplimiento absoluto e incumplimiento retrasado no pueden ser activos sino pasivos; el otro caso, la redacción de un informe defectuoso de auditoría, puede ser un comportamiento pasivo, cuando los auditores no han tenido el deber de cuidado correspondiente —bien porque no tienen los conocimientos exigibles para la labor que desempeñan (impericia) o porque han errado en su labor; entre otros supuestos— pero también puede ser un comportamiento activo en el supuesto de que exista connivencia entre auditores y administradores» (La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Reflexiones a propósito de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Recomendación Europea de limitación de la responsabilidad, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26).

³³ PACHECO CAÑETE, M. (2000), *Régimen legal de la auditoría de cuentas y responsabilidad de los auditores*, Madrid.

³⁴ MARINA GARCÍA TUÑÓN, A. (1992), *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Valladolid.

³⁵ STS, 1.^a, de 22 de diciembre de 2014.

³⁶ La Directiva 2006, 43, CE destaca la importancia de la actividad de los auditores, en cuanto garantía de la veracidad de las cuentas que por ello son auditadas, al indicar que «una amplia comunidad de personas e instituciones confían en la calidad del trabajo de un auditor legal» y que «la buena calidad de las auditorías contribuye al correcto funcionamiento de los mercados al incrementar la integridad y la eficiencia de los estados financieros».

³⁷ PETIT LAVALL, M.V. (2002), La responsabilidad del auditor de cuentas frente a terceros, en *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 1, Madrid, Mc Graw Hill.

³⁸ RIBOT IGUALADA, J. (2009), La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7.

³⁹ Los tres supuestos que destaca, Busto Lago, para eximir al tercero de confianza (auditor) de responsabilidad civil son: «1) El perjudicado confió exclusivamente en el informe del tercero, existiendo otros medios de información a los pudió acudir con facilidad; 2) El perjudicado es un experto o profesional, pudiendo exigirsele que verifique la información producida por el profesional en la que fundó su decisión de invertir o de conceder crédito. 3) El perjudicado pudo deducir, de manera sencilla y objetiva, los errores cometidos por el tercero de confianza» [BUSTO LAGO, J.M. (2014), La responsabilidad civil de los terceros de confianza y la teoría de los flood gates. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 881]. También RIBOT IGUALADA, J. (2009), *op. cit.*

1.7. Concursal Civil

La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario. Análisis de las reformas operadas por el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales*

The suspension of the mortgage debtor's release. Analysis of the reforms carried out by the Royal Decree-Law 5/2017, of March 17 and the recent jurisprudence of the Courts

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, amplía hasta el 15 de mayo de 2020 la suspensión de los lanzamientos de familias vulnerables, cuya delimitación amplía, e incorpora al Código de Buenas Prácticas un derecho de opción al alquiler para tales familias. Estas podrán optar al alquiler siempre que acrediten encontrarse en el umbral de exclusión social definido por el Código de Buenas Prácticas y formulen su solicitud en el plazo de 6 meses desde que se suspenda su lanzamiento, y siempre antes del 16 de mayo de 2020. Este arrendamiento no se sujetará a las condiciones de mercado en cuanto a su renta y tendrá una duración de hasta cinco años, cabiendo prórrogas voluntarias y anuales posteriores, por acuerdo entre entidad adjudicataria y arrendatario.

ABSTRACT: The RD-Law 5/2017, of March 17, extends until 15 May 2020 the suspension of evictions of vulnerable families, whose delimitation extends, and incorporates a right of option to rent for those families to the Code of Good Practices. These may opt for rental as long as they prove to be on the threshold of social exclusion defined by the Code of Good Practice and make their request within 6 months of the suspension of its eviction, and always before May 16, 2020. The lease is not subject to market conditions and will last for five years, with voluntary and subsequent annual extensions of the contract, by agreement between the awarded entity and the lessee.

PALABRAS CLAVE: Ejecución hipotecaria. Suspensión del lanzamiento. Derecho de opción al alquiler.

* Este trabajo se realiza en el marco del Grupo de Investigación de la UCM «Nuevas Perspectivas del Derecho Civil», dirigido por el Prof. Dr. Luis ANGUITA VILLANUEVA.

KEY WORDS: *Mortgage foreclosure. Suspension of eviction. Right of option to rent.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS.—III. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS.—IV. DERECHO DE OPCIÓN AL ALQUILER DE LA VIVIENDA EJECUTADA Y CUYO LANZAMIENTO HA SIDO SUSPENDIDO.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios¹, introduce ciertas novedades en el régimen jurídico de suspensión de los lanzamientos, régimen jurídico que como medida temporal y excepcional introdujo en el ordenamiento español, por vez primera el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre (luego tácitamente derogado por los artículos 1 y 2 de la Ley 1/2013).

Esta medida de suspensión de los lanzamientos, como señala la E. de M. del Real Decreto-ley 5/2017, «afectaba a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudicase el acreedor la vivienda habitual² de personas pertenecientes a determinados colectivos». Sobre la base de la expresión primeramente destacada, haciendo una interpretación teleológica y extensiva, había que entender que la suspensión del lanzamiento procedería (siempre que se tratase de la vivienda habitual), no solo cuando se utilizase el procedimiento especial de ejecución hipotecaria judicial (antiguo art. 131 LH y hoy Cap. V, Tít. IV, Libro III de la LEC) o el procedimiento de venta extrajudicial ante notario, sino también en caso de ejecución ordinaria basada en la escritura de constitución de hipoteca (art. 517.4.º LEC), ejecuciones derivadas de monitorios, o incluso en el caso de ejecución ordinaria abierta tras una sentencia recaída en un declarativo seguido contra el deudor hipotecario, *pues la ratio legis de adjudicación de la vivienda habitual al acreedor hipotecario como consecuencia de una ejecución motivada por el incumplimiento del préstamo solicitado para la adquisición de la vivienda, estaría presente en los diversos supuestos (medios que ofrece el ordenamiento para el cobro de la deuda hipotecaria)*³. No cabría, sin embargo, una aplicación analógica a otros lanzamientos derivados de la resolución del contrato de arrendamiento por impago de rentas⁴, desahucio por precario, etc., ya que no es posible la aplicación analógica de normas excepcionales (art. 4.2 CC).

Sucesivas reformas han ido ampliando el ámbito de aplicación subjetivo de esta medida así como su ámbito de aplicación temporal, quedando fijado como límite máximo del plazo de suspensión de los lanzamientos, el 15 de mayo de 2017^{5, 6}. Por eso indica la E. de M. del Real Decreto-ley 5/2017: «Llegados al momento presente y, a pesar de las importantes acciones conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago [Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de

medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que introduce el Código de Buenas Prácticas], así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, existen razones económicas y coyunturales que justifican la adopción de tres tipos de medidas» que consisten en ampliar nuevamente el círculo de beneficiarios por tal suspensión; ampliar en tres años adicionales la suspensión de los lanzamientos, y establecer un derecho de opción al arrendamiento para los deudores hipotecarios beneficiados por la suspensión del lanzamiento, siempre que su entidad financiera esté sujeta al Código de Buenas Prácticas.

Comentaremos a continuación estas medidas.

II. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS

Señala la E. de M. del Real Decreto-ley 5/2017 que el ámbito subjetivo de aplicación de la medida de suspensión de los lanzamientos se amplía «en la misma línea que el Código de Buenas Prácticas. En este sentido, se ajusta la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en lo relativo a la definición de los supuestos de especial vulnerabilidad y se posibilita así que un mayor número de familias puedan acogerse a la suspensión».

Ciertamente, con la nueva redacción que el Real Decreto-ley 5/2017 da al artículo 3.1.b) del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, y al artículo 1.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, el ámbito de delimitación de los colectivos vulnerables queda prácticamente idéntico, con la salvedad de que el artículo 1.2 de la Ley 1/2013, incorpora como supuesto de especial vulnerabilidad la unidad familiar en que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo.

Por lo tanto, los supuestos de especial vulnerabilidad que justifican la aplicación de la medida de suspensión del lanzamiento, siempre que, a su vez, concurren también determinadas circunstancias económicas, son los que enunciamos a continuación; teniendo presente que el artículo 1.4 de la Ley 1/2013 (inalterado) entiende por unidad familiar, a estos efectos, «la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar»⁷.

- a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente (Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas).
- b) Unidad familiar monoparental *con hijos a cargo*. Con anterioridad la norma señalaba «con dos hijos a cargo». Como ya hemos indicado en anteriores trabajos, *strictu sensu*, dada la definición legal de unidad familiar, se estaría haciendo referencia al supuesto exclusivo de que hubiese fallecido el cónyuge del deudor o su pareja de hecho inscrita⁸.
- c) Unidad familiar de la que forme parte *un menor de edad*. Con anterioridad la norma hablaba de «menor de tres años», lo que podía entenderse en el sentido de que siempre que hubiera menores de *hasta tres años de edad* sería de aplicación la suspensión del lanzamiento; pero en todo caso se consideraba que desaparecía la situación de vulnerabilidad, si el menor tenía una edad superior a los tres años. Con la modificación procederá la suspensión del lanzamiento siempre que el menor de edad, sujeto a patria potestad, tutela, guarda o acogimiento, no haya cumplido 18 años en el

- momento de decretarse la suspensión. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento (art. 315 CC).
- d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga reconocido un grado de discapacidad *igual* o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad *que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral* (caso en el que cabe entender que debería tener declarada una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez). La norma incorpora como novedad el término «discapacidad *igual... al 33 por ciento*», ampliando así su ámbito de aplicación subjetivo⁹.
 - e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo. Con anterioridad la norma exigía además que el deudor hubiese agotado las prestaciones por desempleo. Ello podía generar dudas en cuanto a si la percepción de un *subsidió de desempleo* impedía encontrarse en esta situación de vulnerabilidad, desapareciendo tal duda con la redacción actual¹⁰.
 - f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge [no con la pareja de hecho inscrita] por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o *afinidad*, y que se encuentren en situación personal de discapacidad [no siendo necesario tener reconocido un 33% de grado de minusvalía, pues la norma no lo exige], dependencia [o] enfermedad grave *que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral* [o sea, *toda actividad laboral*, pues no indica «su» actividad laboral].
 - g) Unidad familiar en la que exista una víctima de violencia de género.
 - h) El deudor mayor de 60 años. Este supuesto de vulnerabilidad fue introducido por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. Es de notar que, a diferencia de la redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2015 al artículo 3.1.b).5.^o del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en este caso *no se indica expresamente que el supuesto de vulnerabilidad concurre aunque el deudor mayor de 60 años no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar. Sin embargo, nos inclinamos a pensar que el espíritu de la norma es considerar la concurrencia de la situación de vulnerabilidad siempre que el deudor tenga 60 años o más, con independencia de cualquier otra consideración.*

En cuanto a las circunstancias económicas que han de concurrir para la aplicación de la medida de suspensión del lanzamiento, de acuerdo con el artículo 1.3 de la Ley 1/2013, en la redacción definitiva tras las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 1/2015, son las siguientes:

- a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el IPREM anual de *catorce pagas* (método de cálculo con 14 pagas introducido expresamente por el Real Decreto-ley 1/2015). Este límite, sin embargo, puede superarse en dos supuestos (que introdujo la Ley 1/2013 en relación al inicial Real Decreto-ley 27/2012). En efecto, dicho límite será de *cuatro veces* el IPREM de catorce pagas en los supuestos previstos en las letras d) y f) del artículo 1.2 Ley 1/2013, esto es, cuando se trate de «unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad igual o superior al 33%, situación de

dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral» [art. 1.2.d) Ley 1/2013] o bien cuando se trate de «unidad familiar con la que convivan en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, [o] enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral» [art. 1.2.f) Ley 1/2013]. *El segundo supuesto en que se exceptúa la regla de ingresos no superiores a tres veces el IPREM de 14 de pagas* es el caso de que «el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33% [parece que en los tres casos, o por lo menos, en los dos últimos], o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%, así como en los casos de *enfermedad grave que incapacite acreditadamente* [aunque sea transitoriamente], a la persona [o sea, al ejecutado] o a su cuidador, para realizar una [toda] actividad laboral». En este caso, los ingresos de la unidad familiar pueden ser de hasta 5 veces el IPREM de 14 pagas. Parece que la situación de especial vulnerabilidad vendría dada en este último supuesto por las condiciones concurrentes en el propio ejecutado, por lo que bastarían dichas condiciones para cumplir lo previsto en el artículo 1.2 (situación de especial vulnerabilidad) y 1.3.a) (requisito económico de ingresos), sin necesidad de que concurrieran además alguna de las circunstancias del artículo 1.2 o de que el ejecutado tuviera una unidad familiar en los términos del artículo 1.4.b). Lo expuesto debe ser puesto en relación con el artículo 1.3.b) y c) y con el artículo 1.4.a) Ley 1/2013¹¹.

- b) Que en los cuatro años anteriores al momento de su solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda. De acuerdo con el artículo 1.4.a) se entiende que se ha producido tal alteración significativa cuando el esfuerzo que representa la carga hipotecaria sobre la renta familiar se ha multiplicado por al menos 1,5. Dicha alteración significativa no es preciso que se haya manifestado *durante* el periodo de los cuatro años anteriores a la solicitud, sino *en dicho periodo*. Ahora bien, entendemos que tal alteración significativa de las circunstancias económicas debería estar vigente en el momento de formularse la declaración de «*status de familia en situación de especial vulnerabilidad*»¹².
- c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma¹³.

De lo expuesto se desprende que los miembros de la unidad familiar pueden tener ingresos, *incluso procedentes del trabajo o de actividades económicas*, siempre que no superen el límite de tres veces (o cuatro, o cinco) el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples de 14 pagas. Además, la cuota hipotecaria basta que resulte superior al *50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de miembros de la unidad familiar*. La existencia de fiadores, o de otros garantes

reales (hipotecantes por deuda ajena) no impide la aplicación de la norma, ni tampoco la existencia de codeudores ajenos a la familia. Evidentemente el fin perseguido por la norma es diverso al perseguido por el Real Decreto-ley 6/2012. Este pretende *la novación de la deuda hipotecaria y la reducción del esfuerzo hipotecario de los deudores (evitando la ejecución hipotecaria) o bien, la dación en pago extintiva de toda la deuda pendiente*. En cambio, la medida de suspensión del lanzamiento del deudor y su familia no reduce el esfuerzo hipotecario de los deudores ni impide la ejecución hipotecaria, sino que *pretende asegurar la habitación del deudor y su familia durante un plazo determinado, sin pagar canon o renta alguna, por no estar en condiciones de subvenirse una nueva vivienda*.

Cuestión importante que plantea la norma es si protege también al *fidiar real*, esto es, al hipotecante por deuda ajena, que suele ser un pariente próximo del deudor hipotecario que adquiere mediante préstamo hipotecario su vivienda habitual. Aunque el texto legal parece pensar en el deudor hipotecario, es evidente que el sentido de la norma también ampararía a este hipotecante no deudor, si reúne los requisitos del artículo 1 de la Ley 1/2013 (se trataría de una interpretación extensiva). Incluso se llega a señalar que si tanto deudor hipotecario como hipotecante no deudor conviviesen bajo el mismo techo (esto es, en la vivienda habitual del *fidiar real*) «aunque uno de ellos lo haya hecho sobrevenidamente, como a veces ocurre, por un cambio en su situación económica que le haya obligado a retornar a la vivienda de sus padres o familiares, los Tribunales deberán juzgar [en cuanto a la concurrencia de los requisitos del artículo 1 en la unidad familiar de uno u otro] en la forma más benévolas para hacer efectiva la protección de los afectos, tanto en lo concerniente a las condiciones de la unidad familiar como en cuanto al nivel de renta exigido»¹⁴.

En cuanto al acreedor adjudicatario afectado, si bien la ley piensa, en principio, en entidades financieras, podría ser también un particular o sociedad, que no siendo entidad financiera de las autorizadas en la Ley del Mercado Hipotecario, hayan sido acreedores hipotecarios del deudor. Es posible también que el acreedor ejecutante se haya reservado la facultad de ceder el remate a tercero. Hay que tener en cuenta que con la cesión del remate la ley procesal facilita una nueva transmisión inmediata a favor del tercero cesionario en el mismo procedimiento sin necesidad de constancia registral de la transmisión intermedia. Por ello, este cesionario debería resultar afectado por la medida de suspensión de la misma forma que el acreedor adjudicatario, para evitar que mediante la realización de tales cesiones, pudiera defraudarse el tenor de la norma^{15, 16}.

Si el inmueble hipotecado hubiera sido vendido a un tercer adquirente que se hubiese subrogado en la posición jurídica del deudor hipotecario (art. 1205 CC y, art. 118.1.º LH), dicho tercer adquirente, en mi opinión, entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley 1/2013, en cuanto deudor hipotecario que asume una garantía hipotecaria y la responsabilidad personal derivada del préstamo para la adquisición de su vivienda habitual.

III. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS

El artículo 2 del Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, amplia por un plazo adicional de tres años, o sea, hasta el 15 de mayo de 2020, la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de quienes entren dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 1/2013. Así, el artículo 1.1 de la Ley 1/2013 pasa

a indicar: «Hasta transcurridos siete años desde la entrada en vigor de esta Ley [15 de mayo de 2013], no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo».

De acuerdo, pues, con el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, en su nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 5/2017, podría entenderse, en principio, que hasta el 15 de mayo de 2020 (incluido) estarán suspendidos los lanzamientos de los deudores hipotecarios de su vivienda habitual, pudiendo aquellos reiniciarse a partir del 16 de mayo de 2020 (si no se desalojase voluntariamente la vivienda).

Esta medida de ampliación del plazo de suspensión ha entrado en vigor el día 19 de marzo de 2017 (disp. final 2.^a Real Decreto-ley 5/2017), lo que parece exigir que en aquella fecha estuviese ya suspendido el lanzamiento, o bien que estuviese iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (15 de mayo de 2013) y que aún no se hubiese ejecutado el lanzamiento (disp. transitoria primera Ley 1/2013). Pero también cabe entender que la Ley 1/2013 en su artículo 1 da cobertura a las ejecuciones que se planteen tras su entrada en vigor (siempre que se encuentren dentro de su ámbito subjetivo y temporal de aplicación), y por consiguiente, también a las que se planteen tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2017.

Ahora bien, es evidente que las circunstancias tanto personales como económicas de la familia pueden verse alteradas a lo largo del procedimiento de ejecución y por ello, aunque el artículo 2 de la Ley 1/2013 señala que la concurrencia de las circunstancias a que se refiere en su artículo 1 se acreditará por el deudor *en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento*¹⁷, realmente el momento procesal oportuno a que habría que atender para entender concurrentes dichas circunstancias sería el momento de la adquisición de la propiedad por el acreedor hipotecario (de acuerdo con los artículos 673 y 674 LEC, momento de expedición por el secretario judicial [hoy letrado de la Administración de Justicia] del testimonio comprensivo del decreto de adjudicación al acreedor¹⁸), pues es en tal momento cuando surge para el adquirente (nuevo dueño) el derecho a obtener la posesión judicial y el lanzamiento de los ocupantes del inmueble (art. 675 LEC)¹⁹. En consecuencia, entiendo que es en este momento y no en otro, en el que el juez (o el notario) encargado del procedimiento deberá formular una declaración de status de *familia en situación de especial vulnerabilidad*, dando audiencia al acreedor, el cual podrá solicitar el desalojo si considera que los ocupantes no tienen título suficiente (legal) para permanecer en el inmueble (esto es, no son familia especialmente vulnerable). *En este caso, el deudor debería tener presentada su documentación antes de expedirse el testimonio del decreto de adjudicación.*

Entiendo que el juez o notario deben pronunciar esa resolución *declarativa* de la situación de familia especialmente vulnerable, pues se desprende del espíritu de la norma que ella es *conditio iuris* para la aplicación de la medida legal de suspensión del lanzamiento. Es evidente que al juez o notario le corresponderá verificar y comprobar el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 1 de la Ley y, por lo tanto, sobre la base del cumplimiento de tales requisitos, declarar el *status* de familia especialmente vulnerable, o bien denegar tal declaración y, en consecuencia, el beneficio de la suspensión del lanzamiento (que es una excepción al derecho concedido al adquirente en la ejecución en el art. 675 LEC).

Si el desalojo ya era inmediato a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2017 (19 de marzo de 2017), pues la familia no cumplía los requisitos previstos en el artículo 1 de la Ley 1/2013 (en su redacción anterior) y el adjudicatario había hecho uso del artículo 675.2.2.^o LEC, habiéndose formulado petición de lanzamiento, pero con la nueva redacción del artículo 1 de la Ley (operada por dicho Real Decreto-ley 5/2017), la familia sí cumple los requisitos a que se condiciona la suspensión del lanzamiento, deberá suspenderse la vista prevista en el artículo 675.3 LEC el tiempo suficiente para que el deudor [que haya presentado declaración responsable en el sentido del artículo 2.d) Ley 1/2013] acredite su situación de especial vulnerabilidad. El Tribunal, por medio de auto, resolverá sobre el lanzamiento, que decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes no comparecieren sin justa causa.

Si ya había recaído auto que resolvía sobre el lanzamiento, y con la nueva redacción dada al artículo 1 de la Ley 1/2013 por el Real Decreto-ley 5/2017 la familia cumple con los requisitos legales para obtener la suspensión del lanzamiento, la ley obligaría a suspender su ejecución (*arg. ex disp. transitoria 1.^a Ley 1/2013*), en la medida en que el deudor formule tal solicitud y presente al mismo tiempo una declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el ámbito de aplicación de la norma, requisitos que acreditará diligentemente en el plazo más breve posible.

Vemos, pues, que las situaciones contempladas por la Ley 1/2013, tras su reforma por el Real Decreto-ley 5/2017, son diversas y que de computarse el plazo de suspensión de los lanzamientos del modo primeramente indicado (7 años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013), habría deudores hipotecarios que no se beneficiarían de una suspensión del lanzamiento durante siete años, pues podría consumirse una buena parte de dicho plazo durante la propia tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria, pudiendo suspenderse el lanzamiento por tiempo muy inferior, lo que podría impedir la recuperación económica del deudor (fin de la norma expresada en la E. de M. de la Ley 1/2013). Por ello pienso que lo más razonable es entender que el plazo de suspensión del lanzamiento es de siete años a contar desde la fecha del testimonio expedido por el letrado de la Administración de Justicia comprensivo del decreto aprobatorio de la adjudicación, pues es en esa fecha cuando el deudor pierde la propiedad y queda sujeto al lanzamiento, aunque las circunstancias del artículo 1 Ley 1/2013 y la solicitud de suspensión del lanzamiento se verifiquen con posterioridad, por razón de lo avanzado del procedimiento al entrar en vigor la nueva redacción de la Ley 1/2013, o por devenir después la familia en situación de vulnerabilidad.

Verificada la declaración judicial de «*status de familia en situación de especial vulnerabilidad*», parece que debería articularse de algún modo la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, junto con la fecha de inicio y fin del plazo de suspensión del lanzamiento, pues ello vendría exigido por el principio de especialidad. Además ello garantizaría el perjuicio a todo tercero adquirente (incluso un tercero hipotecario) a que tiene derecho el ejecutado, en la medida en que las entidades crediticias pueden enajenar la finca de su propiedad, pues no están sujetas a ninguna prohibición legal o judicial de disponer. La posibilidad de inscripción de tal declaración judicial depende de la naturaleza jurídica que se atribuya al derecho concedido ex lege al ejecutado²⁰.

Por lo tanto, en principio, y manteniendo la interpretación de la norma que hemos venido haciendo hasta el momento, habría que entender que los desahucios podrían comenzar, para las familias en situación de especial vulnerabilidad sujetas a la Ley 1/2013, solo a partir del 16 de mayo de 2020, y siempre que hubiesen

transcurrido 7 años de ocupación a título gratuito del inmueble, desde la fecha de expedición del testimonio del decreto de adjudicación.

La norma no resuelve si la suspensión puede decretarse de oficio por el juez. Parece que no, siendo precisa la solicitud de parte, pero simplemente presentando un escrito y adjuntando la documentación necesaria, sin necesidad de previa personación mediante abogado y procurador. Si el juez denegase la solicitud mediante auto, según RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, sería de aplicación el artículo 562 LEC²¹, relativo a las impugnaciones de infracciones legales durante el curso de la ejecución, que permite recurrir en reposición o mediante la interposición de un escrito dirigido al Tribunal. La resolución del juez que conoce de la ejecución no tendría efecto de cosa juzgada, por lo que la cuestión podría volver a plantearse en un ulterior proceso declarativo²².

IV. DERECHO DE OPCIÓN AL ALQUILER DE LA VIVIENDA EJECUTADA Y CUYO LANZAMIENTO HA SIDO SUSPENDIDO.

El artículo 2 del Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, introduce un párrafo 2.^º en el apartado 1 del artículo 1 de la Ley 1/2013, para otorgar al ejecutado cuyo lanzamiento es suspendido, un derecho de opción al alquiler de la vivienda ejecutada en los siguientes términos:

«Hasta transcurridos siete años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a una persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.

Durante ese plazo, el ejecutado situado en el umbral de exclusión podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda adherido al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma en las condiciones establecidas en el apartado 5 del anexo de dicho Código».

Esta disposición se complementa con una modificación del Código de Buenas Prácticas referido, de tal manera que sus apartados 4 y 5 son objeto de nueva redacción por el artículo 1 del Real Decreto-ley 5/2017, quedando del siguiente modo:

«4. Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual. El deudor hipotecario ejecutado cuyo lanzamiento haya sido suspendido de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma por una renta anual máxima del 3 por cien de su valor al tiempo de la aprobación del remate, determinado según tasación, aportada por el ejecutado y certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regu-

lación del Mercado Hipotecario. *La solicitud a la que se refiere el párrafo anterior, podrá realizarse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2017*, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, para aquellos ejecutados que ya fueran beneficiarios de la suspensión y desde que se produzca la suspensión para quienes se beneficiasen con posterioridad. Dicho arrendamiento tendrá duración anual, prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar el plazo de cinco años. Por mutuo acuerdo entre el ejecutado y el adjudicatario podrá prorrogarse anualmente durante cinco años adicionales.

5. Publicidad del Código de Buenas Prácticas. Las entidades garantizarán la máxima difusión del contenido del Código de Buenas Prácticas, en particular, entre sus clientes».

La E. de M. del Real Decreto-ley 5/2017 señala a este respecto que «se modifica en este artículo el Código de Buenas Prácticas para dar la posibilidad de que aquellos beneficiarios de la suspensión de lanzamientos a la que se refiere el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que sean a su vez clientes de las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas puedan solicitar a la entidad que les sea arrendada su vivienda en condiciones preferenciales por un periodo de hasta cinco años y cinco años más si así se acuerda con la entidad. Esta solicitud deberá realizarse en el plazo de seis meses a contar, bien desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, bien desde que la suspensión les sea aplicable, si esta fuera posterior a dicha entrada en vigor».

Por su parte, la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 5/2017 indica que:

«1. Todas las entidades que a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley se encontrasen adheridas al “Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”, regulado en el anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de conformidad con la redacción vigente en el momento de su adhesión, se considerarán adheridas al mencionado Código en la redacción dada en este Real Decreto-ley, salvo que en el plazo de un mes desde su entrada en vigor comuniquen expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitan mantenerse en el ámbito de aplicación de las versiones previas que correspondan.

2. En los diez días siguientes al transcurso del plazo de un mes establecido en el apartado anterior, la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, ordenará la publicación del listado de entidades adheridas en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el «Boletín Oficial del Estado». Las posteriores comunicaciones se publicarán trimestralmente en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el «Boletín Oficial del Estado», salvo que no hubiera modificación alguna²³».

La concesión de este derecho de opción al alquiler en el Código de Buenas prácticas quedaría sujeta al siguiente régimen jurídico.

Por un lado, dicho arrendamiento solo podría solicitarse hasta el 15 de mayo de 2020, incluido. El ejecutado que solicite la celebración de tal arrendamiento necesita acreditar encontrarse situado en el umbral de exclusión social definido en el artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012, no bastando con que su lanzamiento haya sido suspendido en su día de conformidad con la Ley 1/2013, ya que con posterioridad a tal suspensión pueden haber mejorado sus condiciones económicas. Este derecho de opción al arrendamiento deriva de la adhesión voluntaria de la entidad ejecutante al Código de Buenas Prácticas, entendiéndose que si la entidad ya estaba adherida al Código de Buenas Prácticas en alguna de sus tres versiones anteriores (originaria; derivada de la Ley 1/2013 o derivada del Real Decreto-ley 1/2015), se considerará adherida a esta cuarta versión (Real Decreto-ley 5/2017), salvo que en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2017 hubiese comunicado expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitaba *mantenerse en el ámbito de aplicación de las versiones previas que correspondan*.

Siendo obligatorio para la entidad adherida aplicar el Código de Buenas Prácticas (art. 5.4 Real Decreto-ley 6/2012) y siendo obligatorio para quien concede la opción, la celebración futura del contrato convenido, aquella deberá celebrar el contrato si lo solicita el ejecutado. Este contrato se celebrará en las condiciones indicadas en el apartado 4 (el Real Decreto-ley 5/2017 remite por error al apartado 5) del Anexo del Real Decreto-ley 6/2012, o sea, apartado 4 del Código de Buenas Prácticas en su nueva redacción. Así, la renta anual que se pacte no podrá exceder del 3 por ciento del valor de la vivienda ejecutada al tiempo de la aprobación del remate, valor que se determinará por tasación certificada y aportada por el ejecutado. En cuanto al plazo de duración, se prevé una duración anual, con prórroga forzosa para el arrendador, siempre que el arrendatario lo solicite, hasta completar un periodo de cinco años. Las prórrogas serán anuales (*arg. ex art. 9.1 LAU 1994 y 1581 CC*). Terminado este periodo de prórroga forzosa para el arrendador, las partes podrán acordar prórrogas del contrato, voluntarias y anuales, durante cinco años adicionales, *si bien no está claro si el contrato quedará sujeto a las mismas condiciones de renta (arg. ex apartado 4.III del Código de Buenas Prácticas) o bien a condiciones de mercado (disp. adic. única.1 del Real Decreto-ley 6/2012²⁴), inclinándonos por lo primero ya que si hay ejecución hipotecaria y suspensión del lanzamiento, puede seguir debiéndose parte del crédito, lo que no ocurre en caso de dación en pago con permanencia del inquilino como arrendatario (apartado 3 del Código de Buenas Prácticas), siendo voluntad del legislador que el ejecutado cuyo lanzamiento ha sido suspendido, pueda recuperarse económicamente y estar en condiciones de subvenirse una vivienda a precio de mercado.*

La solicitud de celebración del contrato de arrendamiento con la entidad ejecutante (o persona que actúe por su cuenta) podrá realizarse en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2017 (o sea 6 meses desde el 19 de marzo de 2017), *para aquellos ejecutados que ya disfrutaran de una suspensión del lanzamiento o bien desde que se produzca la suspensión, para quienes se beneficiasen de la misma con posterioridad a tal entrada en vigor*.

El legislador, que parte de que todo lanzamiento se reanudará el 16 de mayo de 2020, piensa en, de este modo, prorrogar por más tiempo (más allá del 15 de mayo de 2020), la situación de protección para las familias vulnerables, si bien por la vía de un arrendamiento concertado en términos no de mercado. Es decir, que el ejecutado renuncie a la permanencia gratuita en el inmueble, a cambio de una permanencia durante un tiempo superior (pero abonada).

Con nuestra interpretación del plazo de suspensión (7 años desde la expedición del testimonio del decreto de adjudicación), así como con la naturaleza de derecho real de habitación legal que atribuíamos al derecho de permanencia en la vivienda ejecutada concedida al deudor y su familia, pienso que la situación resultaba más favorable para el ejecutado.

En todo caso, el ejecutado deberá valorar si le interesa permanecer de forma gratuita en el inmueble hasta el 15 de mayo de 2020 incluido (o según nuestra interpretación, hasta completar 7 años desde la expedición del testimonio del decreto de adjudicación) y luego tener que abandonar la finca, o bien le interesa en el plazo de 6 meses reseñado (siempre con el límite del 15 de mayo de 2020) concertar el arrendamiento.

En todo caso, si bien el artículo 9 de la LAU 1994 indica que el plazo de vigencia del contrato comenzará a contarse desde la fecha de celebración, y hay que entender que en este punto este precepto es aplicable, las partes podrían pactar un término inicial o suspensivo para el contrato, de manera que este comenzase su vigencia el 16 de mayo de 2020 (art. 8 del Real Decreto-ley 6/2012, pues las entidades crediticias pueden potestativamente mejorar las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas), si bien entiendo que para la vigencia ulterior de tal contrato habría que acreditar que el deudor y su familia se encuentran en el umbral de exclusión social del artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012 en el momento de comenzar la vigencia de tal contrato. Todo lo cual, insisto, sería meramente potestativo para la entidad ya que el artículo I.II de la Ley 1/2013 en su nueva redacción señala que durante el plazo de 7 años (o sea, hasta el 15 de mayo de 2020), el ejecutado podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante el alquiler de la misma, lo quiere indicar que el inicio de vigencia del contrato debe producirse en ese periodo.

Cuestión importante es la situación en que queda el arrendatario en caso de venta por la entidad financiera de la vivienda arrendada.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional única del Real Decreto-ley 6/2012, que considera que «los contratos de arrendamientos que se suscriban como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas se considerarán contratos de arrendamientos de vivienda y estarán sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, ...», hay que entender que los contratos de arrendamiento que celebre el ejecutado cuyo lanzamiento fue suspendido con la entidad crediticia adherida al Código de Buenas Prácticas en su última versión, se sujetan a la LAU 1994, en la redacción dada por la Ley 4/2013, por lo que resultaría de aplicación el artículo 14 LAU.

Este precepto en su nueva versión suprime la excepción a la fe pública registral para los arrendamientos de vivienda existente en la LAU 1994, en su redacción originaria, por lo que si el arrendamiento celebrado no se inscribe en el Registro de la Propiedad y surgiese un tercero de los artículos 32 y 34 LH, dicho arrendamiento no inscrito no le perjudicaría, pues el tercero del artículo 34 LH «solo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca» (art. 1549 CC), o con anterioridad a la inscripción que verifique el comprador, aunque este desconociese su existencia al firmar la escritura de venta. Si el arrendamiento consta inscrito, el derecho de prórroga forzosa para el arrendador, como señala el artículo 10 de la LAU se impondrá en relación a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 LH, y con mayor motivo, frente a terceros adquirentes que no las reúnan²⁵.

Para facilitar este perjuicio a tercero hipotecario, las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento, en escritura pública (*arg. ex art. 5.4 Real Decreto-ley 6/2012, 37 LAU, 1279 CC y, art. 2 del RD 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos*)²⁶.

V. CONCLUSIONES

I. El legislador, que parte de que todo lanzamiento se reanudará el 16 de mayo de 2020, piensa, a través de la inclusión en el Código de Buenas Prácticas, de un derecho de opción al alquiler, prorrogar por más tiempo (más allá del 15 de mayo de 2020), la situación de protección para las familias vulnerables, cuya delimitación amplía, por la vía de un arrendamiento concertado en términos no de mercado.

II. El ejecutado deberá valorar si le interesa permanecer de forma gratuita en el inmueble hasta el 15 de mayo de 2020 incluido (o según nuestra interpretación, hasta completar 7 años desde la expedición del testimonio del decreto de adjudicación) y luego tener que abandonar la finca, o bien le interesa en el plazo de 6 meses indicado en el Real Decreto-ley 5/2017 (y siempre con el límite del 15 de mayo de 2020) concertar el arrendamiento.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- ATC 129, 2014, de 5 de mayo
- STS de 30 de octubre de 2010
- SAP de Granada (Sección 3.^a), de 15 de mayo de 2015
- AAP de Cádiz (Sección 8.^a), de 30 de junio de 2014
- AAP de Barcelona (Sección 17.^a), de 26 de noviembre de 2014
- AAP de Barcelona (Sección 19.^a), de 27 de noviembre de 2014
- AAP de Madrid (Sección 14.^a), de 11 de febrero de 2015
- AAP de Barcelona (Sección 13.^a), de 17 de abril de 2015
- AAP de Barcelona (Sección 16.^a), de 28 de abril de 2015
- AAP de Gerona (Sección 2.^a), de 22 de abril de 2015
- AAP de Gerona (Sección 2.^a), de 6 de mayo de 2015
- AAP de Gerona (Sección 1.^a), de 16 de julio de 2015
- AAP de Barcelona (Sección 14.^a), de 4 de febrero de 2016
- AAP de Barcelona (Sección 19.^a), de 17 de febrero de 2016
- AAP de Gerona (Sección 1.^a), de 22 de abril de 2016
- AAP de Barcelona (Sección 1.^a), de 19 de diciembre de 2016
- AAP de Barcelona (Sección 4.^a), de 18 de julio de 2017
- AAP de Málaga (Sección 5.^a), de 29 de septiembre de 2017
- AAP de las Islas Baleares (Sección 5.^a) de 30 de enero de 2018

VII. BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO MARTÍNEZ, C del C. (2017). Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos: Análisis del Real Decreto-ley 5/2017, por el que se modifican el Real Decreto Ley 6/2012 y la Ley 1/2013. *Actualidad Civil*, núm. 4, 79-84.

- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2013). El Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, ¿un derecho de habitación legal de la familia ejecutada o un comodato forzoso? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm., 736, 1230-1257.
- (2014). La derogación tácita del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (Suspensión de los lanzamientos) de la Ley «anti-desahucios». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm., 742, 748-764.
- (2015) (1). La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario y su familia, y la continuación de la ejecución ordinaria posterior, tras la Ley 1/2013, «anti-desahucios». En: M. Cuadrado Iglesias (Dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*. Vol. 2. Madrid: Editorial La Ley, 1308-1338.
- 2015 (2). Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, 1643-1664.
- (2016). La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario. Análisis de las reformas operadas por la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 758, 3483-3500.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. (2015). La suspensión de los lanzamientos sobre la vivienda habitual en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reformar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. En: M. Cuadrado Iglesias (Dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*. Vol. 2. Madrid: Editorial La Ley, 1387-1410.
- NÚÑEZ IGLESIAS, A. (2014). La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria. En: J.A. Escartín Ipiéns (coord.). *La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*. Granada: Editorial Comares, 193-212.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2015). Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios: la suspensión de los lanzamientos y el alquiler social. En: M. Cuadrado Iglesias (Dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*. Vol. 2. Madrid: Editorial La Ley, 1429-1459.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA, Y. (2013). Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. *Diario La Ley*, núm. 7994, 1-8 (formato PDF).

NOTAS

¹ Acuerdo de convalidación de 30 de marzo de 2017, publicado en BOE de 7 de abril de 2017.

² Como señala el AAP de las Islas Baleares (Sección 5.^a), de 30 de enero de 2018, «no concurre el primero de los requisitos exigidos por el artículo 1 de la Ley 1, 2013... cual es la acreditación del que el inmueble hipotecado hubiere sido el *domicilio habitual* de los solicitantes del beneficio, sino que este ha sido el piso arrendado de la CALLE001 de Palma. Es esencial el hecho de que durante la tramitación del procedimiento de ejecución tampoco lo era, pues seguía siendo la vivienda arrendada en Palma. La situación se altera cuando en agosto de 2015, esto es, cinco meses después del auto de adjudicación, la Sra. Estibaliz y su hijo D. Juan Pablo modifican su empadronamiento en vistas a la solicitud de este beneficio, y un hipotético cambio de domicilio en estas fechas, en el contexto de una norma que exige la presentación de una certificación de empadronamiento expresiva de

los seis meses anteriores, carece de todo efecto, más cuando no se ha producido ninguna situación sobrevenida que sin contar con la voluntad del arrendatario hubiere provocado la resolución o extinción del contrato de arrendamiento urbano sometido a la LAU de 1964 ...».

³ Cfr. RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA, 2013, 2.

⁴ En este sentido, señala el AAP de Granada (Sección 3.^a), de 9 de febrero de 2016 que «aquí no concurren las previsiones del artículo 1 de la Ley 1/2013... La prohibición de cualquier lanzamiento, se ciñe solo a los que tengan su origen en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, permitiendo la permanencia en la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en tales normas. Esta protección, no puede extenderse a esta situación [se había decretado resuelto el contrato de arrendamiento del inmueble y el desahucio de la demandada por impago de rentas], donde no estamos ante la pérdida de la vivienda habitual, como consecuencia de una ejecución hipotecaria, sino ante la acción dirigida a poner fin a una situación que presenta incluso "caracteres de abusiva", cuando por la posesión del inmueble de otro no se paga renta o merced, estableciendo la STS de 30 de octubre de 2010, que la tenencia del demandado que no se apoya en ningún título, presenta caracteres de abusiva».

⁵ De acuerdo con la redacción dada al artículo 1.1 de la Ley 1/2013, por Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, «hasta transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo». O sea, una vez transcurrido el 15 de mayo de 2017, o sea, a partir del 16 de mayo de 2017, podrían reanudarse los lanzamientos suspendidos por la Ley 1/2013.

⁶ El Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que entró en vigor el 16 de noviembre de 2012 de acuerdo con su disp. final 2.^a, fue la primera norma que reguló la suspensión inmediata y por un plazo de dos años (art. 1.1) de los desahucios de las familias que el legislador identificó como especialmente vulnerables. De manera que en dicho plazo de dos años no podían producirse lanzamientos de dichas familias, de las fincas adjudicadas al acreedor hipotecario o persona que actuase por su cuenta, en ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial, siempre que se tratase de la vivienda habitual. Esta medida, como hemos dicho, tenía carácter excepcional y temporal, por lo que quedaba excluida la aplicación analógica de la norma (art. 4.2 CC), así como claros efectos retroactivos, pues se aplicaba a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubiesen iniciado a la entrada en vigor de la norma (por lo tanto, a fecha de 16 de noviembre de 2012) y en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento. La norma dejaba inalterado el procedimiento de ejecución hipotecaria (E. de M., párrafo VI), garantizando al deudor hipotecario y su familia que podrían permanecer en la vivienda habitual adjudicada al acreedor, sin pagar renta o merced alguna, durante el periodo de suspensión del lanzamiento, en la confianza de que a la finalización de dicho periodo el deudor habría superado la situación de dificultad en que se encontraba, estando en condiciones de subvenirse una vivienda en alquiler o en propiedad (E. de M., párrafo X). Vid.: JIMÉNEZ PARÍS, 2013. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que entró en vigor el 15 de mayo de 2013 (disp. final 4.^a), no previó expresamente la derogación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, pero hay que pensar que lo derogó tácitamente, en cuanto establecía una nueva regulación incompatible con la de dicho Real Decreto-ley. En efecto, el Real Decreto-ley preveía la suspensión de los lanzamientos durante dos años a contar desde su entrada en vigor, por lo tanto, en principio, de 16 de noviembre de 2012 a 16 de noviembre de 2014, siendo aplicable la norma a los procesos judiciales que se hubiesen iniciado antes del 16 de noviembre de 2012, y en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento, aunque también podrían lucrarse de tal beneficio los deudores hipotecarios afectados por ejecuciones hipotecarias iniciadas a partir del 16 de noviembre de 2012 (Cfr. disp. transitoria única Real Decreto-ley 27/2012). Por su parte, el

artículo 1 de la Ley 1/2013 preveía que «hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de esta Ley [la cual se produjo el 15 de mayo de 2013, según su disp. final 4.^a], no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo». Estableciendo, a su vez, la disp. transitoria primera de la Ley 1/2013 que «esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma *en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento*». Tales procesos podían ser anteriores o posteriores al 16 de noviembre de 2012, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 27/2012, según lo explicado, por lo que *implícitamente* habría que entender que la anterior regulación de la suspensión de los lanzamientos quedaba sustituida (y por lo tanto, tácitamente derogada) por el Capítulo I de la Ley 1/2013, «anti-desahucios» (arts. 1 y 2), si bien los lanzamientos ya suspendidos en virtud del Real Decreto-ley 27/2012, parece que se regirían por lo dispuesto en el mismo; así en cuanto al periodo de suspensión. *Vid.: JIMÉNEZ PARÍS, 2014 y AAP de Madrid (Sección 14.^a, de 11 de febrero de 2015).* La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, procedente del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, cuya redacción confirma en este punto, modificó (art. 3), los apartados 1, 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, dándoles nueva redacción, con vistas a ampliar por un plazo adicional de 2 años más la suspensión de los lanzamientos y ampliando también el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, y por lo tanto, la consideración de colectivos vulnerables. *Vid: JIMÉNEZ PARÍS, 2016.*

⁷ Sobre el concepto de unidad familiar *Vid.*, ATC 129/2014, de 5 de mayo, y JIMÉNEZ PARÍS, 2015 (1), 1320, nota 7.

⁸ Sin embargo, el AAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 4 de febrero de 2016, revocando la decisión de primera instancia, considera que el deudor, separado legalmente en Ecuador, y que tiene cuatro hijos a su cargo, de los que se cuida un familiar, si bien «literalmente ... no se engloba dentro del concepto de unidad familiar definido en el apartado 4, letra b) del artículo 1 de la referida Ley [1/2013] ... y si bien el apelante no tiene a sus cuatro hijos en España, sí se ha acreditado que tiene cuatro hijos y que les envía dinero cuando puede, siendo sus ingresos muy exiguos, dado el tiempo en que ha permanecido en el paro, situación que se ha prolongado en diversas ocasiones», razón por la que se estima su recurso de apelación. El AAP de Barcelona, Sección 19.^a, de 17 de febrero de 2016, considera un supuesto de unidad familiar del artículo 1.2.f) de la Ley 1/2013, el de la esposa separada de hecho del ejecutado y que vive en la vivienda ejecutada con tres hijos a su cargo, uno de ellos con un grado de disminución física del 45%. «Sobre esta base, se acredita la concurrencia de las circunstancias económicas establecidas en el apartado tercero del artículo 1 de la Ley 1/2013, *si bien no se justifican cuáles sean los ingresos del ejecutado José Antonio sobre la base de la separación de hecho expresada por la recurrente*». Hay que observar que con este razonamiento se haría de mejor condición a los cónyuges en situación de crisis matrimonial que a los cónyuges en situación de normalidad matrimonial, pues los ingresos del marido separado de hecho no impedirían la concurrencia de las circunstancias económicas exigidas en el artículo 1.3 Ley 1/2013. Ello, a nuestro juicio, discriminaría negativamente a las familias en situación de normalidad matrimonial, y particularmente a sus hijos, en los cuales habrían podido concurrir las mismas circunstancias de edad, minusvalía, salario de sus padres, etc., que las señaladas por el Auto, no beneficiándose, en cambio, de la suspensión del lanzamiento, al computarse el salario de ambos cónyuges para determinar el cumplimiento de las circunstancias económicas exigidas por la norma.

⁹ Considera que concurre el supuesto del apartado d), el AAP de Barcelona (Sección 1.^a), de 19 de diciembre de 2016, «ya que don Ceferino tiene reconocido un grado de discapacidad psíquica-física, del 36 %, que junto con los factores sociales complementarios se convierte en un grado de discapacidad total del 46%, con efectos desde el día 18 de marzo de 2011...».

¹⁰ Distinguiendo entre prestación por desempleo y subsidio por desempleo, sobre la base de los artículos 206 y 215 de la Ley General de la Seguridad Social, y considerando que la percepción de este no impide la aplicación de la Ley 1/2013, ya que el subsidio de

desempleo se concede a los parados que no tienen derecho a la prestación por desempleo, AAP de Cádiz (Sección 8.^a), de 30 de junio de 2014. *Vid.*, también AAP de Málaga (Sección 5.^a), de 29 de septiembre de 2017.

¹¹ El artículo 1.3.b) Ley 1/2013 exige para que proceda la suspensión del lanzamiento que «en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda», lo que el artículo 1.4.a) precisa en el sentido de haberse producido un incremento de la carga hipotecaria sobre la renta familiar. En concreto, el esfuerzo que representa la carga hipotecaria sobre la renta familiar habrá debido multiplicarse por al menos 1,5. Lo cual se acredita mediante presentación de certificado de rentas y, en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto del Patrimonio, expedido por la AEAT, *con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios*. Por su parte, el artículo 1.3.c) Ley 1/2013 exige que «la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de miembros de la unidad familiar». La utilización de los verbos «resultar» y «percibir», en presente de subjuntivo parecen indicar que *la medición de la cuota hipotecaria en relación con los ingresos netos debe hacerse a fecha de presentación de la solicitud de suspensión de lanzamiento, quedando únicamente por dilucidar si siempre debe hacerse el cálculo en relación con el límite de tres veces el IPREM de 14 pagas, o bien debe hacerse en relación con el límite de cuatro o de cinco veces el IPREM de 14 pagas en los especiales supuestos en que se permite unos ingresos mayores*. A mi juicio, la respuesta debe ser la primeramente dada, pues lo contrario podría frustrar el objetivo de la ley de conceder una especial protección a las familias con discapacitados o a estos mismos (art. 1.3.a) *in fine*), al endurecer el requisito del artículo 1.3.c) (la cuota hipotecaria debería ser proporcionalmente mayor), lo que quizás no tiene mucho sentido, salvo que se piense que, en tales casos, las dificultades intrínsecas a la condición de discapacitado del deudor o de alguno de los miembros de la unidad familiar o de los parientes del deudor o su cónyuge hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, habrán motivado la compra de una vivienda de características especiales, o la realización de obras (financiadas por la hipoteca) de adaptación de la vivienda a la minusvalía y consecuentemente, que el crédito hipotecario concedido fuera mayor y por ende, la cuota de amortización superior en términos generales a la que pagaría un deudor corriente. Pero esta interpretación quizás no tiene mucho sentido pues la ley en el artículo 2.b) exige simplemente acreditar el «certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores», lo que evidencia que piensa en que las circunstancias del artículo 1.2.d) y f), así como la prevista en el artículo 1.3.a) *in fine*, pueden haberse producido en fecha posterior a la constitución del préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda. Luego el legislador no establecería relación alguna entre cuota de amortización (proporcionalmente mayor) y condición de discapacitado. Esta opinión puede apoyarse también en el artículo 3.1.c) en relación con el artículo 3.1.a).II del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, que reduce la cuota hipotecaria, para encontrarse situado en el umbral de exclusión social y hacerse acreedor de las medidas previstas en dicho Real Decreto-ley, al 40 por ciento de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar, cuando alguno de ellos sea persona en quien concurre alguna de las circunstancias de discapacidad, dependencia o enfermedad señaladas en el artículo 3.1.a).II del mencionado Real Decreto-ley.

¹² El AAP de Barcelona (Sección 19.^a), de 27 de noviembre de 2014, considera que no procede la suspensión del lanzamiento por no cumplirse el requisito del artículo 1.3.b) Ley 1/2013 ya que si bien la apelada manifiesta que sí se ha cumplido porque en el plazo de los cuatro años anteriores al momento de la solicitud de suspensión del lanzamiento ha tenido un hijo, sin embargo «consta que sus ingresos son algo mayores en 2013 que en 2011 y que la carga hipotecaria (lo que paga o debía pagar de hipoteca) se ha reducido del año 2007 al 2012. Si tenemos en cuenta que el artículo 1.4 de la Ley dice que: «A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá: a) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se hay multiplicado por al menos 1,5», vemos cómo el requisito no se cumple. Y no se cumple porque el esfuerzo que representa la carga hipotecaria no se ha

incrementado en dicha proporción; es más, ha disminuido. Ciertamente el nacimiento de un hijo significa mayores obligaciones económicas, pero este Tribunal no puede hacer una interpretación tan amplia de la Ley que le haga convertirse en legislador».

¹³ El AAP de Girona (Sección 1.^a), de 16 de julio de 2015, deja sin efectos la suspensión del lanzamiento acordada en primera instancia porque «no se ha acreditado debidamente que se den los requisitos exigidos del artículo 1.3 de la Ley 1/2013, y por otro lado, *a la vista de la propia escritura de préstamo con garantía hipotecaria, con relación a la escritura de adjudicación de pago de otra finca y de los certificados de empadronamiento, no se desprende que se trate de un préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma, pues de dicha documentación la vivienda no se adquirió para constituir el domicilio habitual*». En efecto, «se acredita también que a [sic] de noviembre de 2012 el Sr. Luis María [deudor hipotecario junto con el Sr. Arsenio] y la Sra. Gema [cónyuges] adjudicaron en pago de unas deudas otra finca a la Caja de Ahorros del Mediterráneo, indicando que hasta ese momento era el domicilio habitual de la familia. En la escritura de constitución de hipoteca sobre la vivienda objeto de [esta] ejecución y de la suspensión pretendida se indica que no constituye vivienda habitual familiar,... ello es lógico pues la vivienda fue adquirida por D. Luis María y Arsenio. En el certificado de empadronamiento del 29 de mayo de 2014, además del Sr. Luis María y la Sra. Gema constan otras personas empadronadas y a pesar de las explicaciones dadas, no consta realmente el motivo de ello, pero en todo caso, del certificado acompañado como documento núm. 4 consta que el alta en el domicilio sito en la CALLE 000 Núm. 000 se produjo el día 9 de abril de 2013, *con posterioridad a la referida adjudicación en pago, lo mismo que la Sra. Gema, mientras que con anterioridad y desde el 2006 estaban empadronados en el Núm. 001. Dando la impresión que tras la adjudicación en pago del que era domicilio habitual de la familia se trasladan a la vivienda objeto de ejecución*». De acuerdo con el AAP de Gerona (Sección 2.^a), de 6 de mayo de 2015, el que el crédito ejecutado se integre en un *iter* sucesivo de «préstamos garantizados con hipoteca que recae sobre la única vivienda propiedad de los deudores y que se trata de préstamos novados, permaneciendo un único préstamo hipotecario, aunque se haya ampliado su capital» no impide considerar que se cumple con el requisito exigido en el artículo 1.3.d) de la Ley 1/2013, pues «estamos ante un préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda aunque se hayan modificado posteriormente sus condiciones. Y no figurando en la documentación aportada, un destino diferente de la cantidad objeto del préstamo novado, que no sea la de hacer frente a la adquisición de la vivienda para lo cual fue concedido, aunque posteriormente se incrementara el capital del mismo, no se puede presumir en perjuicio del consumidor una finalidad diferente, siendo el acreedor que cuestiona el objeto del préstamo, quien ha de acreditarlo. Ningún óbice existía para hacer constar en los documentos de formalización del contrato, que la cantidad prestada o el incremento del capital del préstamo garantizado con hipoteca de la vivienda única del deudor, iba destinado a fines y necesidades de tesorería propias, diferentes del reintegro del préstamo concedido para adquisición de la vivienda. No se hizo constar y en consecuencia no caben especulaciones y conjeturas en perjuicio del consumidor particularmente vulnerable, haciendo abstracción de lo que es habitual en operaciones de este tipo, en que se incrementa el capital del préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual y exclusiva, con la única finalidad de modificar el contrato haciendo posible o más asequible la finalidad del pago, alargando el periodo de duración, rebajando el importe de las cuotas, modificando sus intereses, o simplemente propiciando liquidez momentánea para afrontar los vencimientos inminentes de las cuotas hipotecarias, que de otra forma no podrían afrontar, circunstancia que la Sala aprecia como más próxima y compatible con el motivo de la novación y ampliación del capital del préstamo, que aquel indeterminado que parece inferir el órgano *a quo* [fines diversos de la adquisición de la vivienda familiar]. También considera que la hipoteca garantizaba el préstamo para adquisición de la vivienda habitual, el AAP de Barcelona (Sección 1.^a), de 19 de diciembre de 2016, ya que «la vivienda fue adquirida en el año 2002, y para pago del precio se solicitó un préstamo hipotecario de la Caixa de Catalunya. Más adelante se volvió a constituir otra hipoteca sobre la misma, en garantía nuevamente de un préstamo concedido por Caixa de Catalunya. Y, con fecha de 4 de abril de 2008 se otorgó la escritura de préstamo hipotecario

que es objeto de ejecución, en la que se hizo constar que el préstamo era «*para cancelación de cargas previas y tesorería*», en referencia a las dos cargas hipotecarias anteriormente mencionadas. Por tanto, siquiera sea parcialmente, el préstamo tiene como finalidad la adquisición de la vivienda habitual, por cuanto ha servido para cancelar el que se obtuvo con ese fin». Se entiende que no concurre esta circunstancia del artículo 1.3.d) Ley 1/2013 en el supuesto enjuiciado por el AAP de Barcelona (Sección 13.^a), de 17 de abril de 2015, que señala que «la apelante no tiene contraído un préstamo para la adquisición de vivienda habitual garantizado con hipoteca, sino que en cumplimiento de un convenio regulador de divorcio, solo tiene atribuido el derecho de usar la vivienda que fue conyugal durante un periodo de tiempo delimitado y de la que es propietaria el banco».

¹⁴ RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2013, 4 y 5.

¹⁵ RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2013, 2 y 3.

¹⁶ En este sentido se pronuncia la SAP de Granada (Sección 3.^a), de 15 de mayo de 2015, al indicar «se admite por la actora que su dominio trae causa de la cesión del remate de la acreedora bancaria ejecutante, esta entonces habrá de pasar y respetar esta protección legal [la de la Ley 1/2013] ya que la cesión de derecho por la que vino la demandante —apelada a adquirir el dominio de la vivienda objeto de la ejecución implica, necesariamente, el quedar sometida a esa ley de protección específica y temporal, así como a respetar las medidas y consecuencias legales inherentes a la procedencia o suspensión temporal del desalojo de la vivienda hipotecada en su día, pues la actora no puede, desde una recta y coherente interpretación del espíritu y finalidad de la Ley 1/2013, entenderse excluida de los destinatarios obligados por la norma a respetar esta suspensión en la privación de la vivienda habitual de los deudores desfavorecidos, como si se tratara de un tercero adquirente». *La sentencia distingue, pues, entre cesionario del remate y tercer adquirente. No obstante, también podría advertirse una intención defraudatoria de lo previsto en la Ley 1/2013, si la entidad adjudicataria de la vivienda procede a hacer una transmisión inmediata sin solicitar el previo lanzamiento del deudor y su familia, cuando estos tuvieran derecho a permanecer en el inmueble. En todo caso, téngase en cuenta nuestra opinión de que el juzgado debe hacer una declaración de status de familia en situación de vulnerabilidad en el momento de expedir el testimonio del decreto de adjudicación, por ser en dicho instante cuando el adjudicatario adquiere la propiedad y el derecho al lanzamiento, y de la posibilidad de inscripción registral del derecho del deudor hipotecario (JIMÉNEZ PARÍS, 2015 [I]).*

¹⁷ Artículo 2. Acreditación. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere esta Ley se acreditará por el deudor *en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento*, ante el juez o el notario encargado del procedimiento, mediante la presentación de los siguientes documentos: a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar: 1.^o Certificado de rentas y, en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios. 2.^o Últimas tres nóminas percibidas. 3.^o Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo. 4.^o Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales. 5.^o En caso de trabajador por cuenta propia se aportará el certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida. b) Número de personas que habitan la vivienda: 1.^o Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho. 2.^o Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores. c) Titularidad de los bienes: 1.^o Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar. 2.^o Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere. d) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el ámbito de aplicación de esta Ley. Así, el

AAP de Gerona (Sección 2.^a), de 22 de abril de 2015, confirma la resolución de instancia que desestimó la suspensión del lanzamiento «porque en primer lugar no se indica en el recurso cual es el supuesto concreto de especial vulnerabilidad de los relacionados en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que se viene invocando por la parte recurrente, lo cual constituye la premisa ineludible para acceder al beneficio que se propugna ... No se ha aportado libro de familia ...lo cual impide conocer la existencia o no de hijos integrantes de la unidad familiar, cuyos ingresos debieran de ser computados a los efectos de las pretensiones deducidas. Los certificados de empadronamiento que se acompañan con el recurso, no son acreditativos de las personas empadronadas en la vivienda hipotecada, al tratarse de certificados individuales, de manera que no se cumple con lo exigido en el artículo 2.b) de la Ley 1/2013, desconociéndose cuáles son los miembros de la unidad familiar y los eventuales ingresos que pudieran obtener. Pero es más, aunque admitamos que el inmueble hipotecado constituye la vivienda habitual de los codemandados, deudores hipotecarios, tal y como exige la citada Ley, cosa que la documentación obrante en los autos contradice, pues toda la documentación relativa a los demandados sitúa su domicilio habitual en Barcelona, incluida la escritura de préstamo hipotecario que sirve de título y que el contrato de arrendamiento de vivienda de 24 de marzo de 2010 corrobora, circunstancia que unos empadronamientos individuales e intempestivos en la vivienda hipotecada situada en La Escala (Gerona), (localidad diferente a aquella en la que siempre han residido y trabajado los deudores hipotecarios, que es Barcelona), no desvirtúan, resulta que los recurrentes tampoco han aportado certificado de rentas de los últimos cuatro ejercicios tributarios, lo que unido a las omisiones anteriormente señaladas conduce a rechazar el recurso y a mantener el criterio del órgano *a quo*, ya que los documentos acompañados con el recurso no proporcionan la acreditación de las *circunstancias que la parte deudora puede hacer en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria, antes de la ejecución del lanzamiento, para conseguir su suspensión*. El AAP de Barcelona (Sección 2.^a), de 19 de diciembre de 2016, considera «que la enumeración de la documentación exigida que se contiene en este precepto no puede entenderse como requisito *sine qua non* para poder atender a la solicitud de suspensión del lanzamiento en los casos en que las circunstancias económicas que deben concurrir se hayan acreditado de otro modo».

¹⁸ Artículo 673. LEC Inscripción de la adquisición: título. Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el letrado de la Administración de Justicia, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria. El testimonio expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria. Artículo 674 LEC. Cancelación de cargas. A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, el letrado de la Administración de Justicia mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados. También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación. A instancia de parte, el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se remitirán electrónicamente al Registro o Registros de la Propiedad correspondientes.

¹⁹ Artículo 675. Posesión judicial y ocupantes del inmueble. 1. Si el adquirente lo solicita, se le pondrá en posesión del inmueble que no se hallare ocupado. 2. Si el inmueble estuviera ocupado, el letrado de la Administración de Justicia acordará de inmediato el lanzamiento cuando el Tribunal haya resuelto, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 661, que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en él. Los

ocupantes desalojados podrán ejercitar los derechos que crean asistirles en el juicio que corresponda. Cuando, estando el inmueble ocupado, no se hubiera procedido previamente con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 661, el adquirente podrá pedir al Tribunal de la ejecución el lanzamiento de quienes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 661, puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. *La petición deberá efectuarse en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario, transcurrido el cual la pretensión de desalojo solo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda.* 3. La petición de lanzamiento a que se refiere el apartado anterior se notificará a los ocupantes indicados por el adquirente, con citación a una vista que señalará el letrado de la Administración de Justicia dentro del plazo de diez días, en la que podrán alegar y probar lo que consideren oportuno respecto de su situación. El Tribunal, por medio de auto, sin ulterior recurso, resolverá sobre el lanzamiento, que decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes citados no comparecieren sin justa causa. 4. El auto que resolviere sobre el lanzamiento de los ocupantes de un inmueble dejará a salvo, cualquiera que fuere su contenido, los derechos de los interesados, que podrán ejercitarse en el juicio que corresponda.

²⁰ Un comodato forzoso o un derecho real de habitación legal. Sobre este punto, *Vid., JIMÉNEZ PARÍS, 2013 y 2015 (1).*

²¹ Artículo 562. *Impugnación de infracciones legales en el curso de la ejecución.* 1. Con independencia de la oposición a la ejecución por el ejecutado según lo dispuesto en los artículos anteriores, todas las personas a que se refiere el artículo 538 podrán denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución: 1.^º Por medio del recurso de reposición establecido en la presente ley si la infracción constara o se cometiera en resolución del Tribunal de la ejecución o del letrado de la Administración de Justicia; 2.^º Por medio del recurso de apelación en los casos en que expresamente se prevea en esta Ley. 3.^º Mediante escrito dirigido al Tribunal si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir. En el escrito se expresará con claridad la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada. 2. Si se alegase que la infracción entraña nulidad de actuaciones o el Tribunal lo estimase así, se estará a lo dispuesto en los artículos 225 y siguientes. Cuando dicha nulidad hubiera sido alegada ante el letrado de la Administración de Justicia o este entendiere que hay causa para declararla, dará cuenta al Tribunal que autorizó la ejecución para que resuelva sobre ello.

²² RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2013, 6 y 7. Considera que no procede la interposición de recurso de apelación contra el auto que desestima la suspensión del lanzamiento, el AAP de Barcelona (Sección 17.^a), de 26 de noviembre de 2014, sobre la base de que la Ley 1/2013 no prevé modificación alguna en relación con los recursos de apelación en las disposiciones transitorias, «con lo que atendido el régimen especial de los recursos en el proceso de ejecución que se deriva del contenido del artículo 562 de la LEC, al no venir expresamente previsto en la Ley la posibilidad de interposición de recurso de apelación, no debió tenerse por interpuesto el recurso de apelación». Igualmente considera inadmisible el recurso de apelación, el AAP de Barcelona (Sección 4.^a), de 18 de julio de 2017. No obstante, los Autos reseñados en el índice de resoluciones citadas mostrarían que, en términos generales, se está admitiendo la interposición del recurso de apelación.

²³ La disposición adicional segunda prevé como medidas complementaria al derecho de opción al alquiler que: «El Gobierno, en el plazo de ocho meses desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, propondrá medidas destinadas a facilitar la recuperación de la propiedad por los deudores hipotecarios incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de su vivienda habitual, cuando esta hubiera sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria. Estas medidas tendrán en cuenta el precio de adjudicación de la vivienda misma, la posibilidad de que se descuenten del mismo una parte de las cantidades satisfechas por el ejecutado para la amortización del préstamo o crédito origen de la ejecución y las mejoras realizadas a su cargo durante el periodo en el que estuvo suspendido el lanzamiento, así como otros factores que garanticen un precio equitativo en la recuperación de la vivienda, evitando situaciones de asimetría en este proceso».

²⁴ Señala esta disp. adicional única del Real Decreto-ley 6/2012 que: «1. Los contratos de arrendamiento que se suscriban como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas

Prácticas se considerarán arrendamientos de vivienda y estarán sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, excepto a lo previsto en sus artículos 9 y 18, con las especialidades que se regulan a continuación. 3. La renta... quedará establecida de conformidad con los parámetros del Código de Buenas Prácticas. Transcurrido dicho plazo [de 5 años] y durante las prórrogas que pudieran haberse pactado, la renta habrá de quedar determinada conforme a criterios de mercado».

²⁵ *Vid.*, más extensamente, JIMÉNEZ PARÍS, 2015 (2).

²⁶ El Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, publicado en el BOE de 18 de diciembre de 2018, cuando este artículo se encontraba en prensa, ha modificado la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. Su disposición transitoria primera prevé que «los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 19/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación».

Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en este Real Decreto-ley».

2. DERECHO MERCANTIL

Cesión de créditos de consumidores en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018

Assignment of debts in the loan agreement concluded with consumers in the Judgment of the European Court dated 7 August 2018

Por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de agosto de 2018 establece que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor, sin que la posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento y sin que se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cessionario. Por otra parte, la citada Directiva tampoco es aplicable a disposiciones nacionales, como las que figuran en el artículo 1535 del Código civil y en los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cessionario en los procedimientos en curso.

ABSTRACT: *The Judgment of the European Court dated 7 August 2018 establishes that the Directive 93/13 must be interpreted, first, as not applying to a business practice consisting in assigning or purchasing a consumer's debt, without any provision for such an assignment having been made in the loan agreement concluded with the consumer, without giving the consumer prior notice of that assignment, without his consent and without giving him the opportunity to buy back and thereby extinguish his debt by reimbursing to the assignee the price it paid in respect of that assignment, plus the applicable interest, expenses and costs. Secondly, that directive does not apply to national provisions, such as those contained in Article 1535 of the Civil Code and Articles 17 and 540 of the Civil Procedure Code, which regulate that opportunity to buy back a debt and govern the replacement of the assignor by the assignee in ongoing proceedings.*

PALABRAS CLAVE: Cesión de créditos y consumidores.

KEY WORDS: Assignment of debts and consumers.

SUMARIO: I. LA DECISIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 7 DE AGOSTO DE 2018 EN MATERIA DE CESIÓN DE CRÉDITOS.—II. LA FALLIDA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD RESUELTA POR EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 168/2016, DE 4 DE OCTUBRE DE 2016.—III. EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES A SER INFORMADOS DE UNA CESIÓN DE CRÉDITOS.—IV. EL EJERCICIO DEL DERECHO DEL ARTÍCULO 1535 DEL CÓDIGO CIVIL EN EL PROCESO EJECUTIVO.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. LA DECISIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 7 DE AGOSTO DE 2018 EN MATERIA DE CESIÓN DE CRÉDITOS

Los hechos que dieron lugar a la cuestión prejudicial resuelta en la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de agosto de 2018 fueron los siguientes: el 2 de noviembre de 2009 y el 22 de septiembre de 2011, el Sr. Demba y la Sra. Godoy Bonet suscribieron con la entidad bancaria Banco Santander dos contratos de préstamo, el primero de ellos por importe de 30750 euros y con vencimiento el 2 de noviembre de 2014 y el segundo por importe de 32153,63 euros y con vencimiento el 22 de septiembre de 2019. Según las condiciones generales de dichos contratos, los tipos de interés aplicables eran, en el primer contrato, un 8,50% para los intereses remuneratorios y un 18,50% para los intereses de demora y, en el segundo contrato, un 11,20% para los intereses remuneratorios y un 23,70% para los intereses de demora.

Al haber dejado de pagar el Sr. Demba y la Sra. Godoy Bonet las cuotas mensuales previstas en los contratos de préstamo en cuestión al Banco Santander, esta entidad bancaria declaró el vencimiento anticipado de los contratos y presentó ante el órgano jurisdiccional remitente —el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona— una demanda de ejecución de los créditos que tenía frente al Sr. Demba y a la Sra. Godoy Bonet por un importe total de 53664,14.

Aunque los contratos de préstamo no contemplaban esta posibilidad, el 16 de junio de 2015 el Banco Santander transmitió a un tercero los créditos de que se trata mediante escritura pública, por un importe estimado en 3215,72 euros, al amparo de los artículos pertinentes del Código civil. El tercero solicitó entonces suceder al Banco Santander en el procedimiento de ejecución instado por este último ante el juzgado de primera instancia remitente.

El juzgado remitente alberga dudas acerca del eventual derecho del Sr. Demba y de la Sra. Godoy a extinguir la deuda, abonando para ello al tercero el precio que este pagó por la cesión de los créditos, así como los intereses, las costas y los gastos aplicables.

A este respecto, el juzgado remitente subraya que, si bien el artículo 1535 del Código civil prevé tal derecho a extinguir el crédito, al mismo tiempo lo circunscribe a los denominados créditos «litigiosos», es decir, aquellos en relación con los cuales se haya contestado a la demanda en juicio declarativo. Así pues, el citado artículo no prevé la posibilidad de que el deudor ejerza el mencionado derecho en el marco de un procedimiento de ejecución del crédito —como es el procedimiento principal— o de una transmisión extrajudicial del crédito, lo cual no garantiza, según el juzgado remitente, una protección adecuada de los intereses de los consumidores. Añade que tampoco garantizan tal protección los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso, dado que, entre

otras cosas, los citados artículos no hacen referencia al derecho del deudor a extinguir la deuda previsto en el artículo 1535 del Código civil.

En tales circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- a) *¿Es conforme con el Derecho de la Unión [...] y en concreto con el artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...] y los artículos 4 TFUE, apartado 2, 12 TFUE y 169 TFUE, apartado 1, la práctica empresarial de cesión o compra de los créditos sin ofrecer la posibilidad al consumidor de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cessionario?*
- b) *¿Es compatible con los principios que se postulan en la Directiva [93/13], y por extensión con el principio de efectividad y con sus artículos 3, apartado 1, y 7, apartado 1, dicha práctica empresarial de compra de la deuda del consumidor por un precio exiguo sin su consentimiento ni conocimiento, que omite su plasmación como condición general o cláusula abusiva impuesta en el contrato, y sin [dar] oportunidad de participación al consumidor en tal operación a modo de retracto?*

Resulta importante señalar que los contratos de crédito no contemplaban la posibilidad de la cesión de los créditos en cuestión por lo que los términos del debate fueron planteados ante la posible existencia de una práctica empresarial abusiva y no de una cláusula abusiva.

En primer lugar, el TJUE afirma lo siguiente.

40. *Pues bien, en el presente asunto, del auto de remisión resulta que ninguna cláusula de los contratos del litigio principal prevé ni regula la posibilidad de que el Banco Santander transmita a un tercero los créditos que tiene frente a los deudores en el litigio principal, así como tampoco el derecho eventual de estos últimos a extinguir la deuda mediante la compra de los créditos al tercero. Así pues, tal transmisión de créditos se llevó a cabo con fundamento en las disposiciones pertinentes del Código civil.*

41. *De lo anterior se deduce que, al no existir ninguna cláusula contractual relativa a este punto, la Directiva 93/13 no se aplica a las prácticas a que se refieren las letras a) y b) de la primera cuestión prejudicial en el asunto C-96/16.*

Prosigue el TJUE razonando que en la medida en que mediante la primera cuestión prejudicial el juzgado remitente pide que se dilucide si la Directiva 93/13 se opone a las disposiciones nacionales que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cessionario en los procedimientos en curso, que figuran en el artículo 1535 del Código civil y en los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el hecho de que tales disposiciones no garanticen una protección suficiente de los intereses de los consumidores por las razones recordadas en el apartado 26 de la presente sentencia, procede hacer constar que, con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la propia Directiva, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva.

De esta forma, el TJUE enjuicia de la siguiente forma:

43. *Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal como resulta del considerando decimotercero de la Directiva 93/13, la exclusión del ámbito de*

aplicación de esta Directiva prevista en el citado artículo 1, apartado 2, se extiende a las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las partes contratantes, tanto si son normas imperativas como si se trata de normas dispositivas, es decir, de normas que únicamente se aplican si las partes no han dispuesto otra cosa. Tal exclusión se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar (véase, en este sentido, el auto de 7 de diciembre de 2017, Woonhaven Antwerpen, C-446/17, no publicado, EU:C:2017:954, apartados 25 y 26 y jurisprudencia citada).

44. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende sustancialmente que la referida exclusión abarca las disposiciones legales o reglamentarias imperativas distintas de las que se refieren al control judicial de las cláusulas abusivas, especialmente las relativas a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual (véase, en este sentido, el auto de 7 de diciembre de 2017, Woonhaven Antwerpen, C-446/17, no publicado, EU:C:2017:954, apartado 27 y jurisprudencia citada).

45. En el auto de 5 de julio de 2016, Banco Popular Español y PL Salvador (C-7/16, no publicado, EU:C:2016:523, apartados 24 a 27), el Tribunal de Justicia declaró, a la luz de la jurisprudencia citada, que la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 abarca una disposición de Derecho nacional como el artículo 1535 del Código civil porque este artículo es una norma imperativa y no se refiere a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual. A este respecto, de un modo más general cabe añadir que no parece que el citado artículo 1535 esté relacionado con el control de las cláusulas abusivas.

46. A la luz de la información contenida en el auto de remisión, parece que sucede lo mismo en el caso de los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, extremo este que, sin embargo, corresponde verificar al juzgado remitente.

Por todo lo anterior, la decisión del TJUE es la siguiente:

47. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letras a) y b), en el asunto C-96/16, por una parte, que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor, sin que la posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento y sin que se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario. Por otra parte, la citada Directiva tampoco es aplicable a disposiciones nacionales, como las que figuran en el artículo 1535 del Código civil y en los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso.

En nuestra opinión, la decisión del TJUE es acertada, es decir, no hemos de olvidar que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores extiende su ámbito de aplicación a las «cláusulas abusivas» de conformidad con lo previsto en su artículo 3, siendo ajeno el mismo a las «prácticas no consentidas expresamente», donde encuadra el juez nacional la decisión de cesión del crédito sin

comunicación al consumidor prestatario sin ofrecer la posibilidad al consumidor de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cessionario.

En este sentido, hemos de recordar que el concepto de «prácticas no consentidas expresamente» al que hace referencia el actual artículo 82 de la 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 cuando regula lo siguiente: *«1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*, fue introducido en nuestro Ordenamiento jurídico por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, dado el carácter «de mínimos» de la Directiva 93/13/CEE, ya que el artículo 8 de la misma prevé expresamente lo siguiente: *«Los Estados miembro podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección»*.

La parca justificación del legislador español para introducción en nuestra legislación del supuesto consistente en «práctica no consentida expresamente» fue lo siguiente en la Exposición de Motivos de la Ley 44/2006: *En materia contractual, por último, se clarifica en el artículo 10 bis 1 la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios*.

Por otro lado, el TJUE se encarga de recordarnos que según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal como resulta del considerando decimotercero de la Directiva 93/13, la exclusión del ámbito de aplicación de esta Directiva prevista en el citado artículo 1, apartado 2, se extiende a las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las partes contratantes, tanto si son normas imperativas como si se trata de normas dispositivas [Auto de 5 de julio de 2016, *Banco Popular Español y PL Salvador (C-7/16, no publicado, EU:C:2016:523, apartados 24 a 27)*, el Tribunal de Justicia declaró, a la luz de la jurisprudencia citada, que la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 abarca una disposición de Derecho nacional como el artículo 1535 del Código civil porque este artículo es una norma imperativa y no se refiere a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual].

Por lo expuesto, coincidimos con el TJUE que la problemática derivada de la práctica empresarial de cesión o compra de los créditos sin ofrecer la posibilidad al consumidor de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cessionario es ajena al Derecho de la Unión Europea, por lo que entendemos que ha de resolverse al amparo de la normativa nacional donde hemos de encontrar la suficiente protección a los consumidores, ante esta situación no deseada, al amparo de lo previsto en el artículo 51 de la Constitución española.

II. LA FALLIDA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD RESUELTA POR EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 168/2016, DE 4 DE OCTUBRE DE 2016

Mediante auto 168/2016, de 4 de octubre de 2016 se aborda por el Tribunal Constitucional y se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad 2209-2016, plan-

teada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona en relación con los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona entendió que se debía determinar si es conforme con los artículos 14 y 51.1 y 3 CE la práctica empresarial consistente en comprar un crédito a un precio ínfimo, muy por debajo de lo reclamado por el acreedor inicial, y luego exigir el nuevo acreedor la totalidad del crédito pendiente al deudor (cliente bancario y por tanto consumidor), sin dar a este la posibilidad de extinguir su deuda adquiriendo el crédito vendido por el importe de la cesión (más intereses, costas y gastos del proceso para el cessionario, si los hubiere); lo que evitaría así la especulación de ese crédito. El Juzgado consideró que la regulación contenida en los artículos 17 y 540 LEC y 1535 del Código civil, en su conjunto, resulta incompatible con los derechos o intereses de los consumidores cuya protección exigen los citados preceptos constitucionales.

En su escrito de alegaciones, la Fiscal General del Estado interesó la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad aduciendo que el planteamiento del Juzgado excede del ámbito propio de la cuestión de inconstitucionalidad, pues pretende una inadmisible depuración del ordenamiento jurídico en abstracto (por todos, ATC 24/2000, FJ 1). No duda, en efecto, de la validez de los preceptos cuestionados, ni tampoco que la figura jurídica del retracto de créditos litigiosos no resulta de aplicación al caso; lo que interesa del Tribunal Constitucional es una determinada interpretación integradora del ordenamiento, que el Juzgado estima más apropiada para la defensa de los consumidores en supuestos como el sometido a su enjuiciamiento en el proceso *a quo*.

El Tribunal Constitucional esgrime como primer argumento de rechazo de la cuestión de inconstitucionalidad que estando pendiente de resolución una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial sobre una norma legal, por entender que puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea, no cabe que ese órgano plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre esa misma norma hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva. La eventual incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad en el proceso y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad; que la norma con rango de ley cuestionada sea «aplicable al caso» (arts. 163 CE y 35.1 LOTC). El planteamiento simultáneo en el presente caso de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la cuestión de inconstitucionalidad determina, en consecuencia, la inadmisibilidad de esta por incumplimiento del requisito de la aplicabilidad (art. 37.1 LOTC).

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional, como rechazo a la cuestión de inconstitucionalidad, afirma que cabe añadir que tampoco resulta satisfecho en el presente caso el juicio de relevancia, esto es, la exigencia de justificar en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma legal que se cuestiona por el órgano judicial (arts. 163 CE y, 35.1 y 2 LOTC).

En suma, el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona no duda de la validez de los preceptos cuestionados en su Auto. Lo que pretende del Tribunal Constitucional mediante el planteamiento de la cuestión es una determinada interpretación integradora del ordenamiento, que el Juzgado estima más apropiada para la defensa de los consumidores en supuestos como el sometido a su enjuiciamiento en el proceso *a quo*. Esta pretensión asoma de manera explícita en el Auto de planteamiento de la cuestión cuando afirma que «*lo que se trata de evidenciar ahora es que el Tribunal Constitucional podría hacer una lectura de*

los preceptos procesales (art. 17 y 540 LEC) y del material (art. 1535 CC), acorde con el interés general, los intereses económicos de los consumidores, no dejando al albur de una u otra Comunidad Autónoma la decisión de conceder el retracto a los consumidores».

Es decir, el Juzgado no cuestionaba la regulación de la sucesión procesal contenida en los artículos 17 y 540 LEC, ni tampoco el retracto de créditos litigiosos del artículo 1535 del Código civil. Lo cuestionado es el déficit de protección —en opinión del Juzgado— de los deudores que tienen la condición de consumidores; al no contemplarse en nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto un derecho de retracto, similar al establecido en el artículo 1535 del Código civil, para los supuestos como el planteado en el proceso *a quo*; el crédito cedido no tiene la condición de litigioso, lo que permite que tenga lugar una práctica empresarial especulativa como la descrita en el Auto de planteamiento de la cuestión, que el Juzgado considera contraria a la protección que el ordenamiento debe brindar a los consumidores.

Pues bien, de nuevo entendemos acertado el fallo de inadmisión por parte del Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad presentada en estos extremos por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona. Es decir, en nuestra opinión y sin faltarle argumentos al referido Juzgado en cuanto al fondo de la cuestión —según expondremos con posterioridad— estimamos que debería haberse puesto también de relieve en la cuestión de inconstitucionalidad el asunto relativo al deber de información a los consumidores respecto del crédito cedido así como haber cuestionado efectivamente tanto el artículo 1535 del Código civil en cuanto a la literalidad del mismo relativo a la admisión del ejercicio del derecho potestativo en él regulado solo en la fase declarativa, debiéndose haber reconocido también por el Juzgado que planteó la cuestión que sí se está admitiendo el requisito del carácter litigioso del crédito en la fase ejecutiva en función de la interpretación que se está realizando por diversas Audiencias Provinciales, implicando lo mismo que partiendo de dicho reconocimiento no exista trámite procesal para el ejecutado de ejercitar el derecho del artículo 1535 del Código civil en los casos de sucesión procesal previstos en los artículos 17 y 540 LEC momento temporal en el que se viene admitiendo la reclamación del crédito por el cesionario a los efectos del cómputo del plazo para el ejercicio de un derecho que sin embargo carece de trámite procesal para su ejercicio. Siendo por otro lado importante que el propio artículo 1535 del Código civil no contenga igualmente una clara regulación del ejercicio del derecho extintivo en fase extrajudicial la cual puede venir dada por la mera comunicación de la cesión del crédito por parte del cedente al deudor cedido sin tener que esperar para el ejercicio del referido derecho la reclamación del cesionario al deudor cedido.

Lo anterior, es decir, el verdadero cuestionamiento constitucional de dichos preceptos y no la búsqueda de una interpretación de los mismos favorable a los consumidores es lo que debería haber llevado al Juzgado para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

La fallida cuestión de inconstitucionalidad no debe implicar la inexistencia de un nuevo juicio revisorio por parte del Tribunal Constitucional de los artículos 1535 del Código civil y 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo el prisma del artículo 51 de la Constitución española, una vez desestimada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial planteada en relación con los mismos, siempre y cuando en su planteamiento el juez cuestione la constitucionalidad de las referidas normas sin buscar una mera interpretación favorecedora al consumidor, ya que de esta forma no se vería afectada la nueva cuestión de

inconstitucionalidad por el efecto de la cosa juzgada de la previa cuestión de inconstitucionalidad al plantearse la nueva mediante la alegación de unos motivos diferentes y sobre todo cuestionando la constitucionalidad de dichas normas.

En este sentido, coincidimos con FERNÁNDEZ FRUTOS¹ cuando al analizar los efectos de la resolución desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad afirma lo siguiente: «De acuerdo con lo dicho, se considera que la discusión respecto a si es posible plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando se ha dictado una previa sentencia desestimatoria en una anterior cuestión de inconstitucionalidad debe entenderse desde el efecto de cosa juzgada material, y así, como se dijo en el Capítulo II, solo si la norma se cuestiona en base a diferentes motivos de inconstitucionalidad, o si las circunstancias existentes cuando se dictó la sentencia desestimatoria han variado, cobrará sentido el planteamiento de una posterior cuestión de inconstitucionalidad que tenga por objeto esa misma norma. Desde esta perspectiva cobra toda su lógica el ATC 17/99, único en que el Tribunal Constitucional declara que *«la desestimación por razones de fondo de una cuestión de inconstitucionalidad debe cerrar, como regla general (que hasta el momento solo ha sido exceptuada cuando la desestimación lo era por razones estrictamente de forma), la válida posibilidad de que idéntica cuestión (esto es, relativa a la misma norma, fundada en los mismos preceptos constitucionales, la misma hipotética lesión y los mismos motivos) se pueda volver a plantear ante este Tribunal»*, ya que supone reconocer los efectos de cosa juzgada material de las decisiones desestimatorias dictadas en la tramitación de cuestiones de inconstitucionalidad».

III. EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES A SER INFORMADOS DE UNA CESIÓN DE CRÉDITOS

En nuestra opinión el análisis de la existencia o no de «prácticas no consentidas expresamente» al que hace referencia el actual artículo 82 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 este caso, ha de venir por la constatación de una omisión por parte del cedente en relación con el deudor cedido, en sede del artículo 1535 del Código civil. Es decir, si efectivamente la falta de comunicación al deudor cedido de la cesión del crédito impidiendo el ejercicio de su derecho a la extinción del mismo antes de la fase ejecutiva judicial donde no goza de cauce procesal para lo mismo (art. 540 de la Ley Rituaria), supone una práctica no consentida expresamente que pudiera calificarse de abusiva a raíz de la existencia de un derecho del consumidor a ser informado de dicha cesión.

La perversidad del sistema actual estaría pues servida, así, en los casos como el que originó la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad donde no existía en el clausulado contractual mención alguna a la posibilidad de la cesión de los créditos, por lo que bastaría pues con que se produjera la sucesión procesal en el proceso de ejecución por parte del cesionario del crédito para que el consumidor no pudiera articular el derecho potestativo que le ofrece el artículo 1535 del Código civil.

Asimismo, la inefficiencia del sistema igualmente se vería en el caso de la existencia de una cláusula abusiva que hiciera renunciar al consumidor a la comunicación de la cesión del crédito [sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 702)] ya que aunque en este supuesto sí habría

trámite de oposición a la ejecución por la existencia de una cláusula abusiva (siempre que la misma fuera considerada de interés para la propia ejecución de conformidad con el art. 557 LEC), de nuevo el juez de la ejecución volvería a toparse con el artículo 540 LEC que no concede cauce procesal para el ejercicio del conocido retracto de crédito litigioso por parte del consumidor.

Volviendo el caso analizado de la práctica no consentida expresamente y su relación con una actitud omisiva, exponemos a continuación el estado de la cuestión acerca de la existencia o no de un derecho de información del consumidor ante la cesión del crédito.

A estos efectos nos parece muy interesante el trabajo de ALBIEZ DOHR-MANN² publicado en esta misma *RCDI* y por su interés reprodumos en este momento sus reflexiones, para luego exponer nuestra visión al respecto.

«Hemos podido constatar que, salvo el artículo 31.2 LCC, el Derecho de los consumidores no contempla el derecho de información del consumidor sobre la cesión de créditos y la titulización de créditos (...)

Para justificar el derecho de información del consumidor de la cesión y de la titulización de créditos podríamos invocar, en primer lugar, la transparencia que se requiere al menos en la contratación bancaria. El prestatario-consumidor debería saber *per se* cualquier cambio que se produzca respecto al crédito que debe, siendo, en palabras del artículo 8.1 OM EHA, 2899/2011, un hecho de información relevante (...)

El desconocimiento del consumidor de la cesión de un crédito, ¿debilita su posición jurídica frente al cedente o al cesionario, como argumenta la Directiva 2008/48/CE. En realidad, la pregunta correcta es si el deudor cedido queda perjudicado si no tiene conocimiento de la cesión del crédito. Como regla general, la cesión del crédito no significa, en principio, un empeoramiento de la posición jurídica del deudor cedido. Desde luego, el deudor cedido no puede ser perjudicado por la cesión del crédito. Todas las excepciones (materiales y procesales) que el deudor cedido puede oponer al cedente las puede oponer también al cesionario. El pago o cualquier subrogado de cumplimiento que hubiera tenido lugar pueden ser alegados por el deudor cedido frente al cesionario. En la cesión de un crédito litigioso, el deudor puede ejercitar el derecho de retracto dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago (art. 1535 CC). Lo interesante de esta opción es la importante reducción del precio del crédito que puede permitir al deudor adquirirlo y enervar en algunos casos la posible ejecución del mismo, pero, además, su uso puede servir para evitar, en alguna medida, la especulación a la que se ven abocados los créditos de familias, de consumidores, y que se convierten en gestiones abusivas de los mismos con el fin de facilitar esa especulación. ¿Puede, no obstante, verse perjudicado el deudor por una cesión de crédito? La ocultación de datos de la cesión del crédito o de la cesión misma puede impedir al deudor oponer determinadas excepciones que traigan causa del propio contrato de cesión (p.e., la compensación de créditos, renuncia del crédito, cesión parcial del crédito...). Son supuestos excepcionales que quizás no justifican por si solo un derecho de información. Menos claro se ve el perjuicio que pueda causar al deudor la titulización de créditos porque el fondo de créditos titulizados no tiene personalidad jurídica, por lo que, en principio, sigue siendo titular del crédito titulado la entidad bancaria cedente».

En nuestra opinión:

- (i) Efectivamente, existe un claro derecho a la información al consumidor de la cesión del crédito en los casos de crédito al consumo, tal y como claramente

prevé el artículo 31 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, cuando regula lo siguiente:

Artículo 31. Cesión de los derechos.

1. Cuando los derechos del prestamista en virtud de un contrato de crédito o el propio contrato sean cedidos a un tercero, el consumidor tendrá derecho a oponer contra el tercero las mismas excepciones y defensas que le hubieren correspondido contra el acreedor originario, incluida la compensación.

2. Se informará al consumidor de la cesión indicada en el apartado anterior, excepto cuando el prestamista original, de acuerdo con el nuevo titular, siga prestando los servicios relativos al crédito al consumidor.

(ii) Consideramos que igual predicamento ha de exigirse en cuanto a la información de la cesión del crédito hipotecario no solo en virtud de la normativa de transparencia bancaria donde el artículo 8.1 Orden EHA, 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios obliga a informar al cliente de los hechos relevantes que acaezcan en la prestación del servicio, cuando regula lo siguiente:

1. Toda comunicación de las entidades de crédito, en los términos previstos por la normativa correspondiente, referida a cualquiera de los servicios bancarios previstos en esta orden deberá:

- a) reflejar de manera clara y fiel los términos en que se desarrollan los servicios;*
- b) no destacar ningún beneficio potencial del servicio ocultando expresamente los riesgos inherentes al mismo;*
- c) resultar suficiente para que el destinatario más habitual de la misma comprenda adecuadamente los términos esenciales del servicio, y;*
- d) no omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante.*

Igualmente y a nuestro juicio la obligación de información de la cesión del crédito hipotecario podría defendarse en función de lo previsto en el artículo 13.1. i) de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010, que prevé como obligación de información lo siguiente: «*la gama de las diversas opciones existentes para reembolsar el crédito al prestamista (incluyendo el número, la periodicidad y el importe de las cuotas de reembolso)*»³. Es decir, si el prestatario consumidor ha de conocer cómo reembolsar el crédito al prestamista, lógicamente, tendrá que conocer quién es el prestamista para poder efectuar ese reembolso.

Como recoge ALBIEZ DOHRMANN (el derecho de información...), esta es la solución del legislador alemán al transponer la Directiva 2014/17/UE al BGB (*Vid. §§ 493.6, 496.2 en relación con el § 491*), o sea, exigir la notificación al deudor cedido de la cesión del crédito hipotecario.

A mayor abundamiento, hemos de recordar que la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (*RJ 2010, 702*), entendió igualmente abusiva la renuncia a la notificación de la cesión del crédito hipotecario cuando razonó lo siguiente:

«La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. El artículo 149 LH admite que puede cederse, siempre que se haga en escritu-

ra pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al artículo 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cessionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el artículo 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas "Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley" (art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso)».

(iii) Sin embargo, entendemos que la falta de notificación al deudor de la cesión del crédito sí puede ser perjudicial para el deudor, de hecho y como hemos venido anunciando (admitida por nuestras Audiencias Provinciales la posibilidad de existencia de «crédito litigioso» en el proceso de ejecución, como con posterioridad expondremos) el deudor cedido carece al amparo del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de trámite para el ejercicio de su derecho a extinguir el crédito que le permite el artículo 1535 del Código civil. Por ello, cedido el crédito sin notificación al deudor, este no puede extinguirlo extrajudicialmente y el cessionario solo tiene que esperar a solicitar la sucesión procesal en el juicio ejecutivo para impedir el derecho potestativo del artículo 1535 del Código civil, con lo que de forma evidente se está perjudicando el fin de protección de la norma, o sea, no se evita la especulación del crédito.

Por otro lado y en cuanto a otros perjuicios para el deudor cedido ante la falta de información de la cesión y que justificarían el carácter necesario de dicha información conviene recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 702), que declara nula la renuncia a la notificación del crédito cedido por parte de un consumidor por vulneración de los vigentes artículos 86.4 (la privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación) y 86.7 (La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario) 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 relación con la misma, GONZÁLEZ PACANOWSKA⁴ expone con acierto otros posibles perjuicios (diferentes al ejercicio del derecho del art. 1535 CC) que le pueden suponer a un deudor cedido la falta de conocimiento de dicha cesión cuando razona lo siguiente:

«En caso de simple cesión del crédito podría pensarse que la renuncia a la notificación no supone, sin más, un perjuicio del deudor. El Código civil no exige la notificación, ni es presupuesto de eficacia y validez, sino que la configura más bien como una carga cuyo incumplimiento supone, fundamentalmente, lo previsto en los artículos 1527 y 1198.3 del Código civil. Es decir, el pago liberatorio al cedente (que ya

no es acreedor) y la posibilidad de oponer la situación de compensación posterior, pero anterior al conocimiento, cuyos presupuestos subjetivos en realidad no se cumplen con el cessionario (nuevo acreedor, pero no deudor «recíproco»), sino con el cedente (deudor «recíproco», pero ya no es acreedor); posibilidad esta de compensación que, además, solo tiene el deudor cedido. Nótese que no es el conocimiento de la cesión lo que impide al deudor cedido extinguir su deuda mediante la compensación por razón del crédito que ya tuviera contra el cedente, sino el consentimiento (art. 1198.1 CC). Y la cláusula debatida no prevé el consentimiento anticipado a la cesión del crédito, sino solo la renuncia a la notificación. No obstante, la objeción del Supremo habría de mantenerse para los créditos que pudieran surgir a favor del deudor (contra el cedente) después de la cesión y antes de su conocimiento (art. 1198.3). Efectivamente la cláusula podría privarle de la posibilidad de extinguir su deuda mediante la compensación con dichos créditos posteriores a la cesión no conocida. Es más, lo que hace el Supremo es situar la cláusula de la renuncia a la notificación en el peor de los escenarios posibles, como renuncia a cualquier protección legal derivada de la ausencia de conocimiento; por lo que, de nuevo, se trata de una interpretación en contra de quien ha ocasionado la oscuridad, como conviene a la acción colectiva. De otro lado, el mayor peligro que la práctica ofrece, no radica tan solo en privar al deudor de la liberación por razón de pago al acreedor aparente (art. 1527), ni de la posibilidad de compensación, por lo que sanción de nulidad parece plenamente adecuada. En primer lugar, cabe pensar en otros perjuicios, como por ej., la elevada cuantía de intereses moratorios, exigidos con evidente retraso desleal por parte del cessionario, «sin que durante mucho tiempo tuvieran conocimiento de ello los deudores, que mal podían pagarle, sin saber que era su acreedora» (SAP Murcia de 10 de abril de 2006, *[JUR 2006, 159499]*). En segundo lugar, cabe observar que si bien la renuncia a la notificación no es consentimiento a la cesión, el cessionario pretende, en ocasiones, transmutar dicha renuncia en supuesta aquiescencia o consentimiento efectivo a la cesión. Y, aunque dicho consentimiento expreso, en principio, solo debería tener el alcance previsto en el propio artículo 1198.1 del Código civil (referida a la pérdida de la posibilidad de oponer al cessionario la compensación por deudas del cedente), se ha intentado interpretar como una supuesta «renuncia» a oponer al cessionario el incumplimiento de las obligaciones que el cedente tenía a su vez —como deudor recíproco— frente al consumidor.

Con el resultado de lograr el empresario no cumplir con sus obligaciones, pero —al interponerse el cessionario— se obliga al consumidor a cumplir con las suyas, en contra del artículo 87.1 TR. Y, como ya ha tenido ocasión de resaltar la jurisprudencia menor, la legislación protectora del consumidor «impone dar la posibilidad al consumidor a oponer las excepciones al cessionario, que le asisten frente al cedente, ya que de lo contrario, una cesión que agrava las condiciones del deudor, sería *per se* abusiva... al desequilibrar las prestaciones entre las partes e imponer una vinculación indefinida del consumidor al contrato, no obstante el incumplimiento del profesional» (SAP Asturias de 5 de abril de 2005, *[AC 2005, 842]*. V. además otros supuestos en la obra ya citada, *Comentarios del TRLGDCU*, 1079 y sigs.).

A nivel del legislador autonómico la cuestión no ha pasado desapercibida y ha merecido la atención normativa correspondiente. De esta forma, podemos citar la disposición adicional tercera de la Ley 3, 2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda de la comunidad autónoma de Andalucía, que prevé la obligación de información al consumidor de la siguiente forma:

«Disposición adicional tercera. Información durante la vigencia del préstamo hipotecario.

1. *Cualquier circunstancia modificativa o extintiva, mediante cualquier forma de ella, sea en documento público o privado, del préstamo hipotecario que se produzca tras la firma del mismo deberá ser notificada de forma expresa y fehaciente a la persona titular del préstamo y a la persona garante de la operación por las empresas prestamistas.*

2. *En caso de transmisión del préstamo hipotecario por parte de la empresa prestamista, sea cual sea su forma, pública o privada, esta deberá comunicar, de forma expresa y fehaciente, en el plazo de diez días hábiles a la persona consumidora titular del préstamo y a la persona garante, en su caso, el nombre, dirección y todos los datos necesarios para la completa identificación del nuevo acreedor hipotecario.*

3. *Asimismo, cualquier requerimiento o comunicación que con carácter previo a la ejecución del préstamo hipotecario realice la empresa prestataria ante un eventual incumplimiento de la obligación de pago por parte de la persona consumidora y usuaria, titular del préstamo, ha de ser notificado de forma expresa y fehaciente a la persona garante de la operación.*

4. *En el caso de que tenga lugar la dación en pago, las empresas prestamistas deberán poner a disposición de las personas consumidoras y usuarias, tanto titulares del préstamo como garantes, de forma expresa y fehaciente, del proyecto en el que se formalice la misma con una antelación de tres días hábiles a su firma.*

En el referido proyecto se deberá recoger de forma expresa la cancelación absoluta y total de las garantías ofrecidas por cualquier persona al titular del préstamo».

En el Acuerdo de 9 de marzo de 2017, del Ministerio de la Presidencia y Administraciones Territoriales, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la Ley de Andalucía 3, 2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda (BOJA número 75, viernes, 21 de abril de 2017) se resuelven las discrepancias sobre la constitucionalidad de dicha norma cuando se acuerda por ambas Administraciones lo siguiente: «*La Junta de Andalucía promoverá la modificación de la disposición adicional tercera apartado 2 clarificando que lo dispuesto en los apartados 1 y 2 de la misma ha de entenderse con respecto en cualquier caso a lo dispuesto en el artículo 242 del Reglamento Hipotecario, de modo que se clarifique que la regulación en materia de consumo en ningún caso modifica lo dispuesto en dicho precepto.*»

Nos sorprende en cierta manera que el acuerdo sobre la constitucionalidad de dicha norma se haya efectuado sobre el respeto a lo dispuesto en el artículo 242 del Reglamento Hipotecario, ya que como hemos tenido oportunidad de comprobar esa norma reglamentaria hipotecaria cede ante la normativa tutiva protectora de los consumidores, tal y como razonó la meritada sentencia del

Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702), debiéndose por otro lado tener presente que la legislación hipotecaria («*ordenación de registros e instrumentos públicos*») ex. artículo 149.1.6 CE y la legislación mercantil son competencia exclusiva del Estado ex 149.1.8 CE.

Asimismo y con carácter más reciente hemos de referirnos a la Ley 4/2018, de 21 de febrero, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura y el nuevo artículo 12 bis que añade la misma a dicho Estatuto que recoge la obligación de información de cesión al consumidor pero solo en los casos de cesión del crédito hipotecario en los casos de titulización del mismo, cuando regula lo siguiente:

«3. Las entidades que hayan cedido un crédito hipotecario u ordinario a un fondo de titulización deberán informar por escrito de esta cesión a la persona con la que hubieran firmado el contrato de préstamo garantizado con hipoteca u otro tipo de préstamo, con distinta garantía o sin garantía. Esta notificación de la cesión, transmisión o titulización se realizará de oficio por parte de las entidades financieras en el momento de producirse o a petición del consumidor interesado o consumidora interesada, en cualquier otro momento».

En el caso de la normativa autonómica extremeña nos sorprende que haga solo referencias a las cesiones de créditos a los fondos de titulización y no a cesiones de crédito ordinarias. En cuanto a la constitucionalidad de dicha norma, las dudas sobre la misma se ciernen desde un primer momento ya que la legislación hipotecaria («*ordenación de registros e instrumentos públicos*») ex artículo 149.1.6 CE y la legislación mercantil son competencia exclusiva del Estado ex 149.1.8 CE, lo que redunda en nuestra idea de que la protección del consumidor en este ámbito ha de venir desde la normativa estatal con el objeto de evitar la inconstitucionalidad de la norma autonómica correspondiente.

Otra cuestión y desde un punto de vista competencial diferente es lo sucedido en Cataluña donde el nuevo artículo 569-28.2 del Código civil de Cataluña (Ley 3/2017 de 15 de febrero) establece que «*El titular de un crédito o préstamo hipotecario que transmite su derecho debe notificarlo fehacientemente al deudor y, si procede, al titular registral del bien hipotecado, como presupuesto para la legitimación del cessionario, indicando el precio convenido o el valor que se da al derecho y las condiciones esenciales de la cesión. La renuncia del deudor a la notificación en cualquier momento es nula*»⁵.

En conclusión, entendemos que existen argumentos suficientes para sostener la obligación de información de la cesión al consumidor cedido respecto de la cesión del crédito correspondiente cuya omisión puede perjudicar —en lo que ahora nos ocupa— el ejercicio del derecho a extinguir el crédito ante la inexistencia de trámite procesal en la solicitud de sucesión procesal por parte del cessionario en el proceso de ejecución.

IV. EL EJERCICIO DEL DERECHO DEL ARTÍCULO 1535 DEL CÓDIGO CIVIL EN EL PROCESO EJECUTIVO

De sumo interés nos resulta el trabajo sobre la materia de SENÉS MOTILLA⁶ con el objeto de poder abordar un tratamiento completo al resultado de lo ocurrido en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018.

Antes de abordar el estricto tratamiento procesal de la cuestión y nuestras objeciones a la constitucionalidad del sistema, conviene exponer nuestras consideraciones a algunas de las cuestiones que mayor suspicacia han levantado en la doctrina y la jurisprudencia en relación con la admisibilidad del ejercicio del derecho potestativo regulado en el artículo 1535 del Código civil, es decir, la aplicación de la regla imperativa del artículo 1535 del Código civil a la venta de carteras de créditos y la consideración del carácter litigioso del crédito en el proceso de ejecución.

En este sentido y en el caso de ventas de carteras de crédito, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales viene razonando con abrumadora mayoría, como de hecho lo hace la sentencia que la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) núm. 192/2018 de 4 de mayo (*JUR* 2018, 189735) cuando afirma «...que en los casos en que se produjo una cesión de créditos en bloque (transmisión de una pluralidad de créditos o de una cartera de créditos por un precio global y único) impide la aplicación del artículo 1535 del Código civil por falta de individualización en cuanto al precio de cada una de las cesiones que la operación comprende. El precepto es inaplicable porque, en la cesión, no está determinado un precio cierto que el cesionario paga al cedente por cada uno de los créditos que se transmiten, se paga por el conjunto de los créditos cedidos y por ninguno de estos en particular y el precio global es referido a las oportunidades de cobro de algunos créditos, con previsión del carácter fallido de otros, sin que se sepa con seguridad al tiempo de la cesión el grupo en que se encuentra cada uno de los derechos que se ceden, así es que no resulta posible dar un precio individualizado a cada crédito, ni aun fijando un valor razonable o mediante informes periciales al respecto, pues estos no dejarían de ser meramente especulativos.

Así, se ha venido manteniendo en la Audiencia Provincial de Madrid el criterio de que, en supuesto de cesión global de créditos, no cabe el denominado retracto de créditos litigiosos. En este sentido, sentencias de la Sección Decimooctava de fechas 26 de junio y 24 de julio de 2017 (rollos 237 y 387 de 2017), sentencia de la Sección Duodécima de 6 de marzo de 2017 (rollo 877, 2016), sentencia de la Sección Decimocuarta de fecha 23 de diciembre de 2016 (rollo 556, 2016), sentencia de la Sección Novena de fecha 29 de septiembre de 2016 (rollo 599, 2016) y sentencia de la Sección Vigésima 16 de enero de 2018 (rollo 550, 2017)».

Sin embargo, interesantes resultan las reflexiones de SOLER SOLÉ⁷ cuando razona que «la cuestión es de cierta complejidad, puesto que los cesionarios suelen alegar que les resulta imposible concretar el importe de la cesión del concreto crédito objeto de la concreta ejecución, dado que se trata de una venta de cartera con un precio alzado, sin individualización. Para fundar su negativa a la aportación de esta información, suele alegarse el artículo 1532 del Código civil, relativo a la venta de una universalidad o en globo. Ello no obstante, este precepto se refiere a la venta de una totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, de lo que cabe deducir («totalidad») que se requiere una conexión entre los elementos, la cual no se da en la mera agregación de créditos en una cesión de cartera, en la que la única conexión es la persona del acreedor cedente. De hecho, parece ajustarse en mayor medida el artículo 1479 del Código civil, que se refiere a la venta de dos o más cosas conjuntamente por un precio alzado o particular para cada una de ellas. Es por ello que únicamente en el caso del artículo 1532 del Código civil (que no concurre en las cesiones de carteras) estaría justificado un tratamiento unitario. Con todo ello queda justificado que por parte del juzgado se requiera al cesionario para concretar este extremo, sin el cual no es viable ejercitar el retracto, especialmente cuando el deudor ha mostrado su

voluntad de hacerlo. De persistir el cesionario en su negativa (lo que sucede con frecuencia), podría habilitarse un último recurso en forma igualmente de requerimiento: si no dispone de un precio individualizado (por haberse efectuado una venta de cartera), requerirle para que aporte el precio total de la compraventa, en relación con el volumen total de créditos cedidos, tanto su importe nominal inicial (es decir, al tiempo de la contratación de cada crédito) como el importe de los mismos pendiente de satisfacción al tiempo de la cesión (lo que integraría el valor real de mercado de los créditos al tiempo de la compra venta). De este modo podría establecerse la correspondiente proporción entre precio global (cuyo conocimiento está lógicamente al alcance del cesionario), nominal pendiente de cobro de todos los créditos y nominal pendiente de cobro del crédito objeto de la ejecución, y determinar la parte del precio imputable al mismo, a los efectos de habilitar el ejercicio del derecho de retracto. Este requerimiento puede hacerse con la advertencia de que, en caso de no ser, de nuevo, cumplimentado, se entenderá que la cesión se hizo gratuitamente».

Sin dejar de coincidir con las opiniones de SOLER SOLÉ antes vertidas sobre la necesaria conexión de los elementos que han de confluir en el objeto de la venta de la universalidad a la que se refiere nuestro Código civil, no es menos cierto que se antoja bastante complicado en nuestro ordenamiento el entendimiento de dicha «cohesión»⁸. Así, PASTOR VITA (Venta en Globo..., 121)⁹ tras asumir principalmente las tesis de BARBERO en la doctrina italiana (con las matizaciones que realiza el citado autor) en cuanto a la naturaleza de las universalidades, reconoce la dificultad de mostrar en nuestro sistema jurídico un concepto definitorio de qué ha de entenderse por cohesión o conexión entre los elementos que conforman la misma¹⁰.

La abstracción y dificultad en los conceptos propios y necesarios para el entendimiento del artículo 1532 del Código civil (que no debemos olvidar, es el argumento recurrente y principal para los defensores de la inaplicación del artículo 1535 del Código civil en los casos de ventas de carteras de créditos, afirmando así la imposibilidad de individualizar el precio en las ventas de universalidades que pudieran facultar al ejercicio del derecho extintivo del crédito por parte del deudor cedido en los términos legales) nos hace recurrir a la práctica de este tipo de operaciones que reflejan autores como PÉREZ LÓPEZ, MOYA FERNÁNDEZ y TRIGO SIERRA¹¹ que describen la operativa de la venta de carteras de crédito con rasgos como los siguientes: «Por otra parte, el comprador tampoco querrá celebrar una venta en globo de las previstas en el artículo 1532 del Código civil, en las que se responde de la venta del todo en general, sin que el vendedor se obligue al saneamiento de cada una de las partes vendidas, salvo en caso de evicción o vicios que afecten al todo o a la mayor parte de lo vendido. Así, en las compraventas de *non-performing loans*, el vendedor responderá por cada uno de los créditos que incumpla las declaraciones y garantías, una vez superada la franquicia que las partes puedan pactar. (...) Una cuestión que se negocia con frecuencia en los contratos de compraventa es la responsabilidad asumida por el vendedor respecto de los créditos litigiosos cuyos deudores ejerciten el retracto legal previsto en el artículo 1535 del Código civil español. (...) De este modo, solo en el caso de que un deudor ejerza de manera efectiva el retracto legal y pague al comprador el importe correspondiente, el crédito se consideraría defectuoso...». O sea, se admite por estos autores la pretensión del comprador de no configurar la venta de cartera de créditos como venta de una universalidad y la posible aplicación del artículo 1535 del Código civil a las mismas.

En nuestra opinión, consideramos que hemos de estar al análisis del correspondiente contrato de venta de cartera de créditos para poder posicionarnos sobre la aplicabilidad o no al mismo de la posibilidad prevista en el artículo 1535 del Código civil, huyendo por tanto de la rotunda negativa y generalidad con la que se posiciona la Jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales al respecto. De esta forma, si en el contrato se pacta un régimen de responsabilidad del vendedor con saneamiento particularizado (como suele ocurrir en numerosas ocasiones en la práctica), tendremos un importante elemento interpretativo para poder sostener la aplicación del artículo 1535 del Código civil a la venta de carteras de créditos al quebrar en gran medida la cohesión necesaria en los elementos para entender el objeto de la compraventa como una universalidad vendida o como un todo unitario, sin que en estos casos pudiera servir de objeción lo previsto en el artículo 1532 del Código civil.

En segundo lugar y respecto con la posibilidad de reconocer el carácter litigioso del crédito en el proceso de ejecución, mostramos nuestra conformidad con SENÉS MOTILLA¹² quien tras citar algunas resoluciones judiciales que lo dan a entender estima lo siguiente: «Sobre este particular, somos proclives a admitir que también el crédito reclamado y controvertido en el proceso de ejecución por título extrajudicial pueda merecer la calificación de litigioso, aunque una cosa es admitir tal consideración y otra concluir que el procedimiento ejecutivo, en el estado actual de la legislación, sea el cauce adecuado para el ejercicio del derecho a extinguir el crédito *ex artículo 1535*. Como puso de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los motivos de oposición a la ejecución de títulos extrajudiciales se apoyan en estrictas consideraciones de justicia —al igual que la oposición a los judiciales— pero en modo alguno disminuye la eficacia de aquellos como auténticos títulos ejecutivos, ni puede revestir esta oposición la amplitud propia de un proceso declarativo, con merma de la eficacia de una auténtica ejecución forzosa (EM, XVII). Ciertamente, la coherencia del sistema de tutela jurisdiccional civil queda a salvo mediante la posibilidad del deudor de entablar un proceso declarativo haciendo valer motivos diferentes de los que pueden fundamentar la oposición conforme a la ley (art. 564 LEC). Aunque a nuestro parecer, la configuración vigente del proceso de ejecución está requerida de una flexibilización para el supuesto de la cesión del crédito reclamado en vía ejecutiva, so pena de frustrar los objetivos perseguidos desde antaño por el Código civil: evitación de la especulación con créditos litigiosos y finalización de los procesos pendientes».

Por tanto, los dos argumentos principales para los defensores de la inaplicabilidad del artículo 1535 del Código civil a estos supuestos de créditos litigiosos transmitidos en el seno de un proceso ejecutivo, vemos que pueden ser perfectamente contrarrestados, cosa que no sucede como adelanta SENÉS MOTILLA¹³, con la verdadera inexistencia de un trámite para el consumidor ejecutado que ve transmitido su crédito en el proceso ejecutivo sin haber sido comunicado de ello y quien conoce de tal existencia en el momento en que el cesionario hace valer su postura como sucesor procesal, donde por mor de la literalidad del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entendemos perjudicada procesalmente su posible potestatividad tendente a la extinción del crédito litigioso cedido, lo que haría valer más la defensa de la obligatoriedad del conocimiento de la cesión al consumidor cedido para el ejercicio del derecho extintivo en sede extrajudicial, aunque de nuevo este escenario volvería a topar con la literalidad del artículo 1535 del Código civil que prevé como presupuesto para el nacimiento del mismo la reclamación del crédito cedido al deudor por parte del cesionario (*«...desde que el cesionario le reclame el pago»*).

CONCLUSIONES

Como hemos tenido oportunidad de comprobar y con el ánimo de hacer valer el mandato constitucional de protección de los derechos de los consumidores y usuarios previsto en el artículo 51 de la Constitución española entendemos que el legislador español ha de afrontar con decisión una reforma legislativa (perfectamente en la norma nacional que transponga la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, a modo de lo realizado en el BGB por el legislador alemán) que imponga la obligatoriedad de la puesta en conocimiento de la cesión del crédito hipotecario al deudor cedido en consonancia con la obligación ya existente en los mismos términos que prevé el artículo 31 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, ya que un tratamiento desigualitario en nuestro Ordenamiento jurídico no se sostiene desde el cumplimiento del referido mandato constitucional, puesto que el interés en el conocimiento de dicha cesión es múltiple para el consumidor, coadyuvando de esta manera a la calificación de práctica no consentida abusiva (art. 82 LGDCU) de aquellos supuestos reiterados en la práctica que obvian por completo cualquier tipo de notificación de la cesión.

Con dicha obligación de información por parte del cedente al deudor cedido, este incluso debería poder hacer valer extrajudicialmente su derecho a extinguir el crédito litigioso en los términos previstos en el artículo 1535 del Código civil, resultando para ello que el cómputo para el ejercicio del derecho extintivo no se contare desde la reclamación del cesionario al deudor cedido sino desde el obligado conocimiento de la cesión por parte del deudor cedido, lo que produciría una carencia sobrevenida de objeto por satisfacción extraprocesal en los términos del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴.

Pero no solo se nos antoja necesaria dicha reforma sino que también habría de producirse otra a nivel procesal con el objeto de proteger al consumidor en los casos en que pese a dicha obligación de información de cesión del crédito, esta no se produjera y el consumidor tuviera la primera noticia de la cesión en el momento en que el cesionario solicitara la sucesión procesal en el proceso de ejecución. Para ello pues, consideramos conveniente la reforma del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y del art. 17 LEC) para así arbitrar un trámite para el ejercicio sin paliativos del derecho del consumidor cedido a extinguir el crédito en los términos del artículo 1535 del Código civil.

Sin duda, dichas reformas legislativas supondrían no solo el cumplimiento del mandato constitucional de protección del consumidor (art. 51 CE) sino que obedecerían también a la finalidad con la que se dictó el artículo 1535 del Código civil según sus antecedentes históricos y legislativos, a saber, evitar la especulación del crédito.

Sin embargo, mientras tanto y en el caso de no producirse ningún tipo de reforma legislativa, no vemos otra alternativa que solicitarse de nuevo al Juzgado correspondiente el planteamiento de una nueva cuestión de inconstitucionalidad (no afectada por la cosa juzgada de la anterior cuestión de constitucionalidad existente sobre la materia, si efectivamente se razona en términos de constitucionalidad y no de mera interpretación normativa, aunque seamos conscientes de la dificultad de superar el alcance de la referida cosa juzgada) que dejare patentes los vicios de inconstitucionalidad a los que pueden estar afectos los artículos 1535 del Código civil y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no para lograr —reiteramos— una mera interpretación correctora o integradora de dichos preceptos con el mandato constitucional del artículo 51 de la Constitución española, que

paliare por tanto la perversidad del sistema bajo la innecesaria comunicación de cesión del crédito que defienden algunos (arts. 1526 y 1527 CC y, arts. 347 y 348 CCom) y dificultad en calificación, por tal motivo, de práctica no consentida abusiva (art. 82 LGDCU) y bajo la inexistencia de un trámite procesal propio en la sucesión procesal para hacer valer el derecho a la extinción del crédito (art. 1535 CC), para que con el resultado de la misma se impidiere la especulación del crédito con consumidores y usuarios, porque si no *Cui Prodest?*...

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJ de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018
- STS de 16 de diciembre de 2009
- SAP de Madrid (Sección 13.^a) núm. 192, 2018 de 4 de mayo de 2018
- SAP de Barcelona, sección 11.^a de 14 de mayo de 2008

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN. Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 17, 2016.
- El derecho de información del consumidor a conocer la cesión o titulización del crédito. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, de noviembre de 2017.
- CAMPO GÜERRI. La notificación al deudor en la cesión de créditos hipotecarios en Cataluña. <https://www.notariosyregistradores.com>, web, secciones, doctrina, artículos-doctrina, notificacion-al-deudor-en-la-cesion-de-creditos-hipotecarios-en-cataluna,
- FERNÁNDEZ FRUTOS. *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad* (enero de 2003), Atelier.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA. Comentario a la sentencia de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Editorial Civitas, SA, Pamplona, 2010.
- PASTOR VITA. *Venta de Empresa y de otros conjuntos de bienes y derechos*. La Jurídica, S.L, 2007; así como, *Venta en Globo y Venta de Empresa*. Universidad de Málaga, 2003. <http://www.biblioteca.uma.es>
- PÉREZ LÓPEZ, MOYA FERNÁNDEZ y TRIGO SIERRA. Cuestiones prácticas de las ventas de carteras de créditos, en *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, núm. 33, 2012.
- SENÉS MOTILLA. Tratamiento procesal de la cesión del crédito litigioso en el proceso de ejecución. *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, García-Rostán, Sigüenza, dirs., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- SOLER SOLÉ. Cesión de cartera de créditos litigiosos (Subrogación procesal y derecho de retracto del deudor) *Revista de Derecho vLex*, núm. 136, de septiembre de 2015).

NOTAS

¹ FERNÁNDEZ FRUTOS. *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad* (enero de 2003), Atelier.

² ALBIEZ DOHRMANN. El derecho de información del consumidor a conocer la cesión o titulización del crédito. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, de noviembre de 2017.

³ Sobre el incumplimiento del legislador español en la transposición en plazo de esta Directiva, *Vid. ALBIEZ DOHRMANN*. Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17, 2016.

⁴ GONZÁLEZ PACANOWSKA. Comentario a la sentencia de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Editorial Civitas, SA, Pamplona, 2010.

⁵ *Vid.* los problemas que presenta este artículo tratados por CAMPO GUERRI. La notificación al deudor en la cesión de créditos hipotecarios en Cataluña. <https://www.notarios-registradores.com>, web, secciones, doctrina, artículos-doctrina, notificación-al-deudor-en-la-cesión-de-créditos-hipotecarios-en-cataluna,

⁶ SENÉS MOTILLA. Tratamiento procesal de la cesión del crédito litigioso en el proceso de ejecución, *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, García-Rostán, Sigüenza, dirs., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, 304-327.

Dada la extensa literatura sobre la problemática que está afectando a la aplicación del artículo 1535 del Código civil en las cesiones de crédito, nos remitimos con carácter general a la citada por Senés Motilla en el citado trabajo.

⁷ SOLER SOLÉ. Cesión de cartera de créditos litigiosos (Subrogación procesal y derecho de retracto del deudor). *Revista de Derecho vLex*, Núm. 136, de septiembre de 2015.

⁸ Para un análisis detallado del origen y alcance del artículo 1532 del Código civil, *Vid. PASTOR VITA. Venta de Empresa y de otros conjuntos de bienes y derechos*. La Jurídica, S.L., 2007; así como, *Venta en Globo y Venta de Empresa*. Universidad de Málaga, 2003. <http://www.biblioteca.uma.es>

⁹ Llegados a este punto, y una vez expuestas las principales teorías aplicables a la venta alzada o en globo de la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, hemos de plantearnos cuál sea, a nuestro juicio, la naturaleza del objeto de esta enajenación. El término ‘totalidad’ utilizado por el legislador denota evidentemente una idea de unidad del conjunto que se enajena, unidad que no significa simple agregación de elementos, sino que deberá comportar algo más. Una simple agregación o suma de objetos singulares no justifica, a nuestro parecer, un especial régimen de responsabilidad de carácter limitado en favor del vendedor. El vendedor de varias casas, o de varios carros deberá responder individualmente por la titularidad y la evicción (así como de los vicios ocultos) que afecten a cada uno de ellos individualizadamente. El específico régimen de responsabilidad del vendedor que consagra el artículo 1532 CC, no se explica sin esa consideración de esa totalidad como un conjunto orgánico y homogéneo o, siguiendo a BARBERO, con entidad lógica. En definitiva, consideramos, tras analizar las diversas teorías sobre la universalidad, que el objeto de estas ventas es una agrupación de bienes (corporales) y derechos considerada ‘*sub specie universitatis*’, desde el punto de vista de su transmisión.

¹⁰ El criterio más acertado es, a nuestro parecer, el que preconiza y se inclina por una posición de flexibilidad en la interpretación de ese factor de cohesión, partiendo de la base de que la autonomía de la voluntad de las partes podrá jugar un importante papel en su determinación, siendo ellas, en definitiva, las que podrán acordar que un conjunto de elementos se transmitan como objeto único y unitario de derecho, o como un simple agregado de cosas diversas que se transmiten mediante un solo negocio jurídico. En definitiva, el elemento cohesionador ha de crear una apariencia de unidad del objeto de la venta, de manera que este aparezca en el tráfico jurídico como un solo derecho, que tendría el carácter de incorporeal, con independencia de que esté integrado por elementos materiales e inmateriales, lo que explicaría la inclusión de la venta en globo en el capítulo regulador de la cesión de créditos ‘y demás derechos incorporales’, *op. cit.*, 127.

¹¹ PÉREZ LÓPEZ, MÓYA FERNÁNDEZ y TRIGO SIERRA. Cuestiones prácticas de las ventas de carteras de créditos, en *Actualidad Jurídica Uria Menéndez*, Núm. 33, 2012, 50 y 53.

¹² SENÉS MOTILLA. *Vid. op. cit.*, 7, con cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de febrero de 2015; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de junio de 2014 y sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2011.

¹³ SENÉS MOTILLA, *Vid. op. cit.*, 16 y 17, se decanta por la necesaria reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permita el ejercicio del derecho del artículo 1535 del Código civil, cuando opina lo siguiente: «La naturaleza de derecho protestativo del derecho a extinguir el crédito litigioso abona el establecimiento de un cauce para su ejercicio en el proceso de ejecución, cuya configuración —estimamos— podría inspirarse en el procedimiento de tercería, en particular, la de mejor derecho (...). La reforma del proceso de ejecución que proponemos quizás genere desconcierto, por artificiosa, en relación con su limitada eficacia práctica, pues ciertamente serán minoría los deudores que puedan hacer frente al reembolso del coste de la cesión. Pero creemos, que no otra cosa permite, y a la vez impone, una norma como el artículo 1535 del Código civil, que es fruto del acarreo histórico y cuya subsistencia es cuestionada, pero que en tanto se mantenga requiere un tratamiento procesal adecuado en sede ejecutiva, siquiera sea para acallar el reproche de connivencia con la especulación que suscita la regulación vigente».

¹⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11.^a de 14 de mayo de 2008, refiriéndose a la satisfacción extraprocesal: «implica que el actor ha perdido el interés en la tutela judicial pretendida, porque fuera del proceso ha obtenido la satisfacción de sus pretensiones, gozando el auto resolutorio de los efectos de unas sentencias absolutorias firme. Transportado al presente caso, implicaría que el ejecutante hipotecario percibió, extraprocesalmente, la totalidad de la deuda garantizada por la hipoteca, careciendo de base mantener la garantía real cuando la deuda principal había sido ya satisfecha. Gozando el auto del carácter de sentencia absolutoria; lo que vetaría cualquier actuación procesal en reclamación de una deuda amortizada extraprocesalmente y conllevaría la cancelación de su garantía real-hipotecaria».

3. URBANISMO

El desencuentro entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la Dirección General en torno a la subrogación legal urbanística y a la afección al pago de los gastos de urbanización

Disagreement between the contentious-administrative jurisdiction and the General Directorate regarding the legal urban subrogation and the registry liability for payment of the costs of urbanization

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: En este comentario se analiza la brecha existente entre la doctrina seguida por las Salas de lo Contencioso-Administrativo y por la Dirección General de los Registros y del Notariado en orden a determinar el régimen jurídico de la subrogación legal del adquirente de fincas en los deberes y obligaciones urbanísticos del transmitente y de la afección real de fincas sometidas a un proceso de reparcelación al pago de los gastos de urbanización y, en particular, el régimen de su oponibilidad a terceros.

ABSTRACT: This commentary analyzes the gap between the doctrine followed by the Administrative Litigation Chambers and the General Directorate of Registries and Notaries in order to settle the regime of the legal subrogation of the acquirer of real state in the urban duties and obligations of the transferor and the real liability of properties subject to a plot-redivision process for the payment of urbanization expenses and, in particular, the regime of their effectiveness against third parties.

PALABRAS CLAVE: Afección. Reparcelación. Inscripción. Subrogación legal. Gastos de urbanización.

KEY WORDS: Registry liability. Plot-redivision. Legal subrogation. Costs of urbanization.

Resolución de 26 de mayo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. LOS TÉRMINOS DE LA CONTROVERSIAS: A) *El régimen sustantivo de la subrogación legal.* B) *La regulación de la afección registral.* C) *La pugna entre el régimen sustantivo y el registral.* 2. EXPOSICIÓN COMPARATIVA DE LA ARGUMENTACIÓN EMPLEADA POR LA JURISPRUDENCIA Y POR LA DIRECCIÓN GENERAL: A) *Sobre el principio de subrogación legal.* B) *Sobre la afección registral y sus efectos frente a terceros.* 3. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA CONTROVERSIAS: A) *Consideraciones iniciales.* B) *La tesis jurisprudencial ignora los principios hipotecarios.* C) *La tesis jurisprudencial hace caso omiso de la regulación de la afección registral y su cancelación.* D) *Otros inconvenientes de la tesis jurisprudencial.* E) *La exigencia de la inscripción registral de las obligaciones contraídas con la Administración y las diferentes fases de desenvolvimiento del deber legal.*

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Se presenta en el Registro de la Propiedad una instancia suscrita por el representante de una agrupación de interés urbanístico solicitando la prórroga de la afección real de las parcelas de resultado de un proyecto de reparcelación por entender que ello es posible por aplicación analógica del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, siempre y cuando la solicitud se produzca antes de la caducidad. También se afirma en la instancia que en el momento de su presentación no hay cuenta de liquidación definitiva ni es posible formularla porque las obras de urbanización todavía no han concluido, estando pendientes de giro las correspondientes cuotas.

La registradora deniega la prórroga de la afección real practicada sobre las fincas de resultado de una reparcelación con base en la argumentación que seguidamente se transcribe y de la que lo que interesa a los efectos de este comentario son los efectos que respecto de terceros se atribuye a la afección registral y a su caducidad: «Resultando que el artículo 20.1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, establece clara y taxativamente que esta afección caducará a los siete años de su fecha, sin que en ningún caso pueda exceder de siete años desde la fecha originaria de la afección, por lo que claramente se observa que en la fecha en que se procede a esta calificación, tal plazo ya ha transcurrido, habiendo pues caducado registralmente esta afección urbanística. Resultando que el legislador no ha previsto la prórroga del asiento de inscripción que de conformidad con el artículo 19 del Real Decreto citado 1093/1997, de 4 de julio, refleja tal afección al pago de los costes de urbanización, y que no cabe la aplicación analógica de la prórroga prevista para los asientos de anotación preventiva del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, puesto que no existe identidad de razón entre los supuestos de afección real al pago de costes de urbanización y su reflejo registral, y afección real de una finca mediante traba o embargo a un procedimiento determinado. Resultando que sobre las fincas de resultado constan inscritos derechos, con posterioridad a la inscripción de la afección registral al cumplimiento de la obligación de urbanizar. Resultando, además, que de la instancia parece deducirse que no solo se pretendería “prorrogar” la afección real al pago de los costes de urbanización inicialmente aprobados, sino que al parecer existen nuevas obras de urbanización, a las que el interesado alude como “obras de urbanización exterior del anillo eléctrico”, por lo que la que suscribe entiende que tal vez lo que se

pretende es el reflejo sobre las fincas de resultado no ya de una “prórroga” de la afección inicial, sino el reflejo registral de la “retasación” de cargas aprobada. Considerando lo establecido en los artículos 19 y 20 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y la doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado (resolución de 1 de octubre de 2013), en relación con los artículos 18 y 20 de la Ley Hipotecaria, la que suscribe estima que de ningún modo es posible una “renovación” o “prórroga” de la afección al pago de los costes de urbanización, una vez ya transcurridos los siete años desde la fecha de su inscripción. Y ello porque existen titulares de derechos inscritos o anotados sobre las fincas de resultado, que no intervinieron en el expediente reparcelatorio, y que no se han subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización. Respecto a estos, hay que entender que la afección urbanística solo podrá perjudicarles en la medida que resulte inscrita y no haya caducado en los plazos señalados por el artículo 20.1 del Real Decreto 1093/1997. En definitiva, no puede entenderse prorrogada la afección urbanística una vez transcurrido su plazo máximo de duración. La afección urbanística solo puede perjudicar a los titulares de derechos inscritos o anotados sobre las fincas de resultado, los cuales no hayan intervenido en el expediente de equidistribución, y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización, en la medida en que tal afección resulte inscrita y no haya caducado. Por tanto, la registradora que suscribe esta calificación entiende que la afección inscrita el 8 de febrero de 2007 está ya caducada y pendiente de cancelación, cancelación a la cual se procederá en cuanto se despache cualquier documento referente a las fincas afectadas».

Frente a la anterior calificación se interpone recurso gubernativo.

II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

La resolución objeto de este comentario, tras invocar el régimen jurídico de la afección urbanística derivada de la ejecución de los proyectos de reparcelación y de su caducidad, desestima el recurso confirmando la calificación de la registradora con base en los razonamientos contenidos en sus fundamentos cuarto y quinto:

«CUARTO. El hecho de que las fincas no queden afectas por más de siete años previsiblemente se produce porque el legislador consideró que es un plazo suficiente para la ejecución de la urbanización y para exigir las cantidades correspondientes. Bien es cierto que puede ocurrir y más en situaciones de ralentización de la actividad inmobiliaria como la actual, que dicho plazo resulte insuficiente.

Este plazo de caducidad hay que computarlo desde la fecha de inscripción de la afección, si bien dicha cancelación no conlleva la extinción de la obligación legal del propietario de hacer frente a los gastos de urbanización puesto que en tanto que el suelo no haya sido objeto de la completa transformación urbanística está vinculado al pago de los gastos de urbanización por imperativo legal. Ahora bien, respecto a los titulares del dominio u otros derechos reales o cargas cuya inscripción o anotación se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización, hay que entender que la afección urbanística solo podrá perjudicarles en la medida en que resulte inscrita y no haya caducado.

El plazo especial de caducidad de dos años solo se aplica en el supuesto de que conste en el Registro de la Propiedad la liquidación definitiva pero sin que pueda exceder de los siete años desde la fecha originaria de la afección.

Los plazos de caducidad de la afección urbanística establecidos en el artículo 20.1 del Real Decreto 1093/1997 tienen directa relación con el artículo 128 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, que establece que la liquidación definitiva de la reparcelación tendrá lugar cuando concluya la urbanización de la unidad reparcelable y, en todo caso, antes de que transcurran cinco años desde el acuerdo aprobatorio de la reparcelación.

QUINTO. En consecuencia, no cabe aplicar por analogía a las notas marginales de afección real la norma de la prórroga prevista para las anotaciones preventivas en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, puesto que de acuerdo con todo lo expuesto, no puede sostenerse que exista identidad de razón entre ambas clases de asientos (art. 4.1 CC), máxime cuando su prórroga determinaría un perjuicio a titulares de derechos inscritos en el ínterin».

III. COMENTARIOS

1. LOS TÉRMINOS DE LA CONTROVERSIAS

La resolución de 26 de mayo de 2014, cuyo contenido se acaba de exponer en esencia, viene a reproducir el criterio seguido constantemente por el Centro Directivo en cuanto a los efectos frente a terceros de la afección de las fincas de resultado de un expediente de equidistribución, así como de su caducidad y subsiguiente cancelación. Este criterio es opuesto al que vienen siguiendo las Salas de lo Contencioso-Administrativo tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia, para los que el principio de subrogación legal es aplicable y oponible a terceros con independencia de si en la inscripción registral de dichas fincas consta o no su afección real al pago de los gastos de urbanización.

Con el fin de facilitar la exposición de la controversia, conviene, por tanto, partir de la regulación legal de las dos instituciones jurídicas que se entrecruzan en ella: el principio de subrogación legal y la afección registral.

A) *El régimen sustantivo de la subrogación legal*

Los deberes legales urbanísticos se encuentran sujetos al principio de subrogación legal, consecuencia natural del carácter estatutario que presenta en nuestros días el derecho de propiedad combinado con el interés público que inspira el proceso de ejecución del planeamiento urbanístico. En virtud de dicho principio, el adquirente de una finca queda subrogado en todos los derechos y deberes urbanísticos del transmitente. Así lo han reflejado desde antiguo las diferentes leyes del suelo y lo recoge en la actualidad el artículo 27 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 (TRLSRU), cuyos tres primeros apartados disponen lo siguiente:

«1. La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por este asumidas

frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.

2. En las enajenaciones de terrenos, debe hacerse constar en el correspondiente título:

a) La situación urbanística de los terrenos, cuando no sean susceptibles de uso privado o edificación, cuenten con edificaciones fuera de ordenación o estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda.

b) Los deberes legales y las obligaciones pendientes de cumplir, cuando los terrenos estén sujetos a una de las actuaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 7.

3. La infracción de cualquiera de las disposiciones del apartado anterior faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil».

Entre los deberes urbanísticos previstos en la ley destaca, en lo que aquí interesa, el deber de los propietarios de suelos sometidos a una actuación de transformación urbanística o edificatoria de costear todas las obras de urbanización a que da lugar la misma, hoy sancionado en el artículo 18.1.c) del citado TRLSRU, según el cual: «Las actuaciones de urbanización a que se refiere el artículo 7.1.a) comportan los siguientes deberes legales: (...) c) Costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que esta demande por su dimensión y características específicas (...».

B) La regulación de la afección registral

Desde el punto de vista hipotecario, incide en la materia la regulación de la constancia registral de la afección de fincas de resultado de un proyecto de equidistribución, reparcelación o compensación al cumplimiento del deber de sufragar los gastos de urbanización. El artículo 65.1.a) del TRLSRU dispone que son inscribibles en el Registro de la Propiedad «el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización y de las edificaciones». Esta norma es desarrollada por los artículos 19 y 20 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, estableciendo el primero de ellos en su primer inciso que «Quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y de los demás deberes dinamantes del proyecto y de la legislación urbanística todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el artículo 73 de la Ley General Tributaria y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección». El artículo 20 se ocupa de la regulación de la caducidad y cancelación de esta afección en los términos que luego veremos.

C) La pugna entre el régimen sustantivo y el registral

Partiendo de los dos conceptos anteriores, la jurisdicción contencioso-administrativa y la doctrina de la Dirección General toman caminos diferentes para dar solución al problema de determinar el alcance de la subrogación legal en relación con los sucesivos adquirentes de los bienes sobre los que recae el deber legal de costear la urbanización y la afección registral que garantiza su cumplimiento. Como se ha apuntado y veremos con mayor detalle, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa sostienen que el citado deber legal se transmite de un propietario a otro con independencia de si la afección real de la finca se encuentra o no inscrita y vigente, mientras que para el Centro Directivo los terceros adquirentes de fincas resultantes de la equidistribución que no hayan intervenido en el correspondiente expediente y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización solo resultarán vinculados si la afección real figura inscrita y no ha caducado.

En suma, se trata de la pugna entre dos principios de distinta naturaleza en su aplicación al supuesto de transmisión de una finca sujeta a un proceso de transformación urbanística: el principio urbanístico de subrogación legal y el principio hipotecario de fe pública registral. Si la afección real está vigente cuando se produce dicha transmisión, no se produce colisión alguna entre ambos principios. En cambio, si la afección no se ha inscrito o ha caducado, se plantea la duda de cuál de aquellos principios debe prevalecer sobre el otro. Como se deduce de lo hasta aquí expuesto, los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo confieren preferencia al primero de ellos, mientras que la doctrina de la Dirección General atiende a su régimen hipotecario.

Es de hacer notar que esta controversia se ha hecho explícita recientemente al haberse producido un pronunciamiento judicial rechazando de manera expresa el criterio seguido por la Dirección General, con lo que la brecha abierta se ha visto acentuada. Nos estamos refiriendo a la sentencia número 42/2018, de 9 de febrero, de la Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos (*JUR* 2018, 97148), la cual, tras una detenida exposición de la jurisprudencia recaída en torno a esta cuestión, hace referencia expresa a la resolución objeto del presente comentario para afirmar lo siguiente: «Como puede comprobarse este es el criterio que viene interpretando y aplicando la jurisprudencia de modo uniforme, reiterado y persistente en el tiempo y que en parte discrepa del contenido de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 2014 (BOE 18/2014, de 25 de julio de 2014), a que se refiere la parte apelante tanto en su demanda como en su contestación, y que defiende el siguiente criterio: (...). Dicha resolución de la DGRN se limita a valorar el alcance de la afección de las fincas de resultado al cumplimiento de la obligación urbanística a que se refiere tanto el artículo 16.2 del TRLS 2/2008 como los artículos 19 y 20 del RD 1093/1997, tanto cuando dicha afección real se encuentra vigente como cuando ha caducado, sin embargo dicha resolución en ningún momento se refiere al principio de subrogación legal que se refiere el artículo 19 del TRLS 2/2000 (sic) al regular en dicho precepto la transmisión de los deberes urbanísticos con ocasión de la transmisión de fincas, y que por el contrario sí ha sido de detallado examen en la Jurisprudencia que hemos transcrita, e incluso esa transmisión de deberes urbanísticos se ha examinado y valorado poniéndolo en relación también con mencionada carga real de afección a que se refiere el citado artículo 16.2 de TRLS 2/2008 y los artículos 19 y 20 del RD 1093/1997. Por lo expuesto, la

Sala considera más completa y acertada la interpretación que al respecto y en relación con la controversia planteada en autos viene realizando la jurisprudencia y ello porque se considera que esta jurisprudencia verifica un examen de dicha controversia mucho más completa y detallada amén de valorar y tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 19 del TRLS 2/2008, que no es objeto de interpretación ni de aplicación en la trascrita Resolución de la DGRN».

Por su parte, la Dirección General ha seguido avanzando en su argumentación particular sin hacerse eco de la aludida jurisprudencia, como lo demuestra, entre otras, la resolución de 10 de enero de 2018, que reproduce íntegramente la fundamentación de la de 26 de mayo de 2014, que constituye el objeto de este comentario y es justamente la criticada por la sentencia número 42/2018 que acabamos de mencionar.

2. EXPOSICIÓN COMPARATIVA DE LA ARGUMENTACIÓN EMPLEADA POR LA JURISPRUDENCIA Y POR LA DIRECCIÓN GENERAL

En este apartado vamos a tratar de recopilar los principales pronunciamientos de ambas partes como base de sus respectivas posiciones partiendo de numerosas sentencias y resoluciones que inciden sobre el tema debatido.

A) *Sobre el principio de subrogación legal*

A.1. Según la jurisprudencia contencioso-administrativa:

El Tribunal Supremo ha sentado de manera constante la siguiente doctrina que resume la sentencia de 31 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 6756): «En los supuestos de enajenación de fincas, el adquirente quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los compromisos que hubiese contraído con las Corporaciones Públicas respecto de la urbanización y edificación, de acuerdo con el principio, sancionado legalmente, de subrogación real, que congela el régimen urbanístico de la propiedad inmobiliaria, con independencia de quien sea su titular propietario, evitando, de esta forma, que el simple cambio en la titularidad dominical de una finca pueda alterar tanto las limitaciones y deberes legales como los compromisos contraídos con la Administración urbanística, pues las normas urbanísticas y, por tanto, los planes de esta naturaleza, son derecho necesario, que no puede ser desconocido por los particulares adquirentes de fincas sobre las que pesan determinadas limitaciones y deberes, aunque, para proteger el tráfico jurídico, el transmitente venga obligado a hacer constar expresamente en el título de enajenación las limitaciones y demás circunstancias urbanísticas, entre las que se encuentran los compromisos que el propietario hubiese asumido en orden a la urbanización, autorizando, de lo contrario, al adquirente para resolver el contrato o ejercitarse frente a aquél las acciones de que se crea asistido ante la jurisdicción civil»¹.

La subrogación legal es una manifestación concreta del interés público que ha de presidir la realización de toda actividad administrativa en general y de la urbanística en particular, de conformidad con los artículos 103.1 y 47.1 de la Constitución española. En aplicación de esta imposición legal, el artículo 3.1 del TRLSRU dispone que «las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la

utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes», de donde resulta que la ejecución del planeamiento es una cuestión de interés general. Así lo entiende, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a) de 29 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 222) cuando hace referencia al «interés público, esencial en toda la actividad administrativa, de exigir el cumplimiento de los deberes y obligaciones urbanísticos de los propietarios y Empresas urbanizadoras, llegando, en su caso, incluso a la ejecución forzosa de los mismos»².

A.2. Según la Dirección General

Por su parte, la Dirección General asume como punto de partida para la resolución de los casos sometidos a ella el principio de subrogación legal en términos no solo respetuosos con su regulación normativa sino en términos idénticos a los reflejados por el Tribunal Supremo. En este sentido cabe destacar que la resolución de 2 de junio de 2016 recoge de forma literal el siguiente razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de octubre de 1980 (*RJ* 1980, 5116): «En la propiedad urbana, de acuerdo con el principio de subrogación real, las limitaciones del dominio afectan con trascendencia real a todo adquiriente posterior, y si bien es cierto que parece atentar contra el principio de publicidad y seguridad del tráfico, no lo es menos que aquel se encuentra resguardado por la Ley de tal modo que las limitaciones derivadas del Urbanismo en manera alguna pueden ser catalogadas como las antiguas cargas ocultas, pues este principio de la subrogación real se da respecto a toda transmisión de bienes afectados por alguna función administrativa y estas limitaciones han sido configuradas por la más moderna corriente civilística caracterizada como “*obligatio propter rem*”, que afectan al propietario de la finca por el mero hecho de serlo, sin que el actor pueda pretender ampararse en la literalidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

Es de hacer notar la especificidad de las cuestiones sometidas al recurso gubernativo, en el que solo se pueden dirimir diferencias surgidas en torno a la constatación registral de los títulos presentados y que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria. De ahí que la Dirección General haya de ceñirse a las circunstancias de cada caso y contemplar el principio de subrogación legal desde perspectivas limitadas. Muestra de ello son las siguientes afirmaciones contenidas en la resolución de 1 de marzo de 2013 en su fundamento 3: «Ahora bien, la cuestión que se plantea en el presente recurso no es determinar el alcance de la sucesión *ex lege* de los deberes del propietario conforme a la legislación urbanística, cuestión incontrovertida y que forma parte de los principios esenciales de nuestro ordenamiento urbanístico (*vid. art. 58, Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana*). La cuestión que tiene trascendencia hipotecaria es el grado de intervención que debe tener el titular registral al objeto de que se haga constar en el Registro de la Propiedad la declaración de nulidad de una licencia de edificación por resolución judicial»³. Es evidente que con ello no está ignorando el principio de subrogación legal, sino más bien todo lo contrario.

Por otro lado, la Dirección General tampoco es ajena a la idea de que la ejecución del planeamiento se incardina en la del interés público, al que hace referencia con frecuencia en relación con la subrogación legal⁴.

B) Sobre la afección registral y sus efectos frente a terceros

B.1. Según la jurisprudencia contencioso-administrativa:

La jurisprudencia, al confrontar el principio de subrogación legal con los principios hipotecarios, concluye que ha de prevalecer el primero basándose en la necesidad de protección del interés general que inspira el Derecho administrativo urbanístico.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 222), según la cual: «Es precisamente el olvido de un precepto de la Ley del Suelo el que ha desenfocado en gran medida el debate en cuestión. El artículo 88 de dicha Ley (texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril) sienta el principio general de inmodificabilidad de la situación urbanística de los terrenos, ajena a las transmisiones de los mismos: "La enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por esta Ley o impuestos en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos, y el adquirente quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los compromisos que hubiere contraído con las Corporaciones públicas respecto a la urbanización y edificación". La aplicación directa del principio de subrogación real zanja, pues, el problema. Este, como hemos afirmado se desenfoca desde el momento en que las partes lo contemplan bajo la perspectiva civil, con frecuentes y erróneas apelaciones al principio registral del tercer adquirente de buena fe. La respuesta es clara: "la recurrente no puede alegar con éxito la tesis del tercero de buena fe, ya que como es sabido, en Derecho Urbanístico esta figura no juega, pues en él se aluden los factores subjetivos propios de dicho concepto, apostando por los criterios materiales y objetivos, como salvaguardia de los intereses generales y de orden público; razón por la que el artículo 88 de la Ley del Suelo establece..."» (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1984 [*RJ* 1984, 5984]). En este mismo sentido, reiterando la doctrina ya consolidada, las sentencias del mismo Alto Tribunal de 7 de octubre de 1980 (*RJ* 1980, 5116), 30 de septiembre de 1981 (*RJ* 1981, 5023), 31 de septiembre de 1981, 31 de enero de 1985 (*RJ* 1985, 937), etc.».

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2^a) de 31 de enero de 2002 (*RJCA* 2002, 385) afirma que «la fe pública registral, en definitiva, protege al tercer adquirente de las limitaciones voluntarias, no así de las instituidas por Ley o, como ocurre en el presente caso, de las impuestas, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos que, en cuanto afectan a interés general, gozan de una publicidad que trasciende a la del Registro de la Propiedad, de suerte que en los supuestos de enajenación de fincas el adquirente queda subrogado en el lugar y puesto del transmitente no solo en cuanto a aquellas limitaciones impuestas por la Ley o derivadas de la misma, sino también en cuanto a los compromisos y obligaciones asumidos por este con la Administración Pública, sin perjuicio, claro está, de las facultades resolutorias e indemnizatorias que a aquel reconoce el artículo 62 TR de la LS».

La sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1^a) número 67, 1999, de 23 de enero (RJCA 1999, 66), con cita de numerosas sentencias del Tribunal Supremo, razona como sigue: «La cuestión jurídica a dilucidar en el presente procedimiento se centra en determinar quién es la persona responsable del pago del saldo de la cuenta del proyecto de repartelación y gastos de urbanización, si la recurrente como parte del expediente de repartelación y titular registral de la finca (...), o la entidad (...), como actual propietaria de la parcela antes reseñada en virtud de escritura pública (...). Atendido el artículo 22 de la Ley del Suelo, resulta que la recurrente carece de legitimación pasiva a los efectos del requerimiento de pago efectuado por el Ayuntamiento demandado, comprendiendo dicha legitimación a AAA, como adquirente de la parcela y sin perjuicio de las acciones que a esta última la correspondan, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria contra, la recurrente, ya que los principios de fe pública y legitimación a que responden los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, alegados por la Administración demandada, ha de entenderse en todo caso sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 de la Ley del Suelo. Interpretación la contenida en esta resolución que ha sido ratificada por la doctrina del Tribunal Supremo a través de sentencias de fechas 7 de octubre de 1980 (RJ 1980, 5116), 30 de septiembre de 1981 (RJ 1981, 5023), 28 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5984), 2 y 8 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8736 y RJ 1990, 8817), 2 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8314), 26 de enero de 1994, 18 de enero de 1996 (RJ 1996, 28), 29 de enero de 1996 (RJ 1996, 222) y 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8850)».

Según la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a, del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1996 (RJ 1996, 222): «Como tiene repetidamente sostenido esta Sala —sentencias de 7 de octubre de 1980 (RJ 1980, 5116), 30 de septiembre de 1981 (RJ 1981, 5023) y 2 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8769)— los principios de fe pública y legitimación a que responden los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 342, 886 y NDL 18732) han de entenderse en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 88 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, según el cual, la enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden de las limitaciones y deberes instituidos por esta Ley o impuestos en virtud de la misma, sin perjuicio, claro está, que los posibles perjuicios que los adquirentes de buena fe puedan experimentar a consecuencia de esta “*obligatio propter rem*” plasmada en dicho precepto, puedan ser resarcidos mediante el ejercicio de las pertinentes acciones».

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de septiembre de 1981 (RJ 1981, 5023) afirma: «(...) de ahí que los principios de fe pública y legitimación a que responden los artículos 34 y 38 de la LH hayan de entenderse, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 88 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo —antes artículo 71 de la Ley de 12 de mayo de 1956— según el cual “la enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden de las limitaciones y deberes instituidos por esta Ley o impuestos, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos, y el adquirente quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los compromisos que hubiere contraído con las Corporaciones Públicas respecto a la urbanización y edificación”».

A los mismos principios hipotecarios se refiere la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2030) cuando señala lo siguiente: «Y de ahí también que no puedan alegarse, en contra de la conclusión que aquí se mantiene, los principios de fe pública y

legitimación registrales de seguridad del tráfico a que se refieren los artículos 34 y 38 de la LH, habida cuenta, además, que el principio de subrogación real que el transcritto precepto de la Ley del Suelo consagra, se da en toda transmisión de bienes afectados por alguna función administrativa y constituye, no una carga oculta, sino una auténtica “*obligatio propter rem*” que afecta al propietario de la finca por el mero hecho de serlo».

B.2. Según la Dirección General:

Frente al criterio seguido por la jurisprudencia, que como hemos visto sostiene que los principios hipotecarios ceden ante el principio urbanístico de la subrogación legal sin conceder relevancia a la constancia o no en el Registro de la afección real prevista en los artículos 19 y 20 del Real Decreto 1093/1997, el Centro Directivo realiza en el ámbito de su competencia una interpretación conciliadora de ambas clases de principios.

La resolución de 26 de mayo de 2014, objeto de este comentario, afirma lo siguiente: «Como ha señalado este Centro Directivo en resolución de 31 de enero de 2014, la afección urbanística derivada de la ejecución de los proyectos de repartelación produce efectos de garantía real, según resulta de los artículos 16.2 del texto refundido de la Ley de Suelo y 19 del Real Decreto 1093/1997, y esta afección se extiende no solo a los titulares de derechos y cargas en la finca de resultado, por efecto de la subrogación legal operada, sino también sobre aquellos constituidos sobre dicha finca con posterioridad a la constancia registral de la afección, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el artículo 73 de la Ley General Tributaria y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección (...).

El hecho de que las fincas no queden afectas por más de siete años previsiblemente se produce porque el legislador consideró que es un plazo suficiente para la ejecución de la urbanización y para exigir las cantidades correspondientes. Bien es cierto que puede ocurrir y más en situaciones de ralentización de la actividad inmobiliaria como la actual, que dicho plazo resulte insuficiente.

Este plazo de caducidad hay que computarlo desde la fecha de inscripción de la afección, si bien dicha cancelación no conlleva la extinción de la obligación legal del propietario de hacer frente a los gastos de urbanización puesto que en tanto que el suelo no haya sido objeto de la completa transformación urbanística está vinculado al pago de los gastos de urbanización por imperativo legal. Ahora bien, respecto a los titulares del dominio u otros derechos reales o cargas cuya inscripción o anotación se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización, hay que entender que la afección urbanística solo podrá perjudicarles en la medida en que resulte inscrita y no haya caducado»⁵.

Como vimos, la resolución comentada se plantea si es posible la ampliación de los efectos propios de la afección. En los mismos términos se pronuncia la resolución de 13 de junio de 2014 al señalar que «no cabe aplicar por analogía a las notas marginales de afección real la norma de la prórroga prevista para las anotaciones preventivas en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, puesto que de acuerdo con todo lo expuesto, no puede sostenerse que exista identidad de razón entre ambas clases de asientos (art. 4.1 CC),

máxime cuando su prórroga determinaría un perjuicio a titulares de derechos inscritos en el ínterin».

La resolución de 21 de junio de 2017 recoge literalmente la misma doctrina y añade: «Ahora bien, nada obsta a la extensión de una nueva nota de afección, permitida por otra parte en la legislación autonómica, en caso de producirse una modificación del proyecto de urbanización que implique a su vez la de las cuotas correspondientes a la repartición previamente inscrita, pueda extenderse una nueva nota de afección, y ello con independencia de la envergadura de la modificación operada, pues con ello se consigue que el Registro se adecúe con exactitud a los cambios efectuados. Siempre, claro está, que la alteración del proyecto cumpla las reglas generales previstas al efecto, entre ellas que hayan sido notificados todos los propietarios y titulares de derechos y cargas de las fincas de que se trata y que dichos acuerdos sean firmes, habiendo puesto fin a la vía administrativa.

La resolución de 1 de octubre de 2013 se refiere a la incidencia sobre la afección registral de la anotación de embargo dictada en el procedimiento de apremio en reclamación de los gastos de urbanización: «Por tanto los titulares del dominio u otros derechos reales o cargas cuya inscripción o anotación se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización, hay que entender que la afección urbanística solo podrá perjudicarles en la medida en que resulte inscrita y no haya caducado en los plazos señalados en el artículo 20 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Además, una vez iniciado el procedimiento de apremio, será preciso que la Administración ejecutante anote preventivamente el embargo acordado, conservando la prioridad resultante de la afección si esta estuviere vigente. Por lo que es relevante que la anotación preventiva del embargo se tome durante la vigencia de la afección registral.

(...) La prioridad de la afección podría haber aprovechado a una anotación de embargo dictada en procedimiento de apremio administrativo, que trajese causa en la deuda protegida por la afección (supuesto recogido en la resolución de 5 de octubre de 2009 y en el número 2 del artículo 19 del Real Decreto 1093/1997), pero lo que no cabe es entender prorrogada la preferencia que da la afección urbanística, una vez transcurrido su plazo máximo de duración, por existir una nota marginal de expedición de certificación, en un procedimiento de apremio del que no se ha tomado anotación preventiva que la sustente, como ocurre en el caso que ahora se analiza. Por lo que tampoco es de aplicación el precepto contenido en el artículo 74.6 del Reglamento General de Recaudación, que se remite al artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues está supeditado a que la nota marginal se haya producido al margen de la correspondiente anotación preventiva dentro del procedimiento de apremio conforme a las reglas generales y por tanto se exige que dicha anotación esté en vigor.

(...) Por lo expuesto, debe entenderse que no habiéndose tomado la anotación preventiva de embargo en el procedimiento de apremio administrativo dentro del plazo de vigencia de la afección por gastos de urbanización, y transcurrido el plazo de siete años de caducidad que reglamenta el artículo 20 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, es procedente la cancelación de la afección urbanística caducada, al inscribirse la venta extrajudicial de la hipoteca inscrita con anterioridad».

3. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA CONTROVERSIAS

Frente a la disparidad de criterios expuesta por extenso, nosotros nos alineamos abiertamente con la posición de la Dirección General por las razones que se esgrimen a continuación.

A) Consideraciones iniciales

A la vista de los pronunciamientos contradictorios entre la jurisprudencia y la doctrina de la Dirección General según lo expuesto hasta aquí, parece evidente que la regulación de la subrogación legal y de la afección registral es manifiestamente mejorable porque deja abierto un margen de interpretación excesivamente amplio.

Esta discrepancia es muestra de la dificultad de conciliar ambos regímenes jurídicos en su aplicación al deber de costear las cargas de urbanización de las fincas resultantes de la repartición. Ante una situación como la descrita, no parece razonable ignorar uno de tales regímenes sobre la base de una pretendida incompatibilidad o contradicción entre ellos y ya adelantamos que este es, en nuestra opinión, el camino elegido por las Salas de lo Contencioso-Administrativo. Creemos que entre las dos figuras no hay contradicción alguna sino meros contrastes debidos a la diferente perspectiva desde la que se contempla una misma realidad: la perspectiva sustantiva de la legislación urbanística y la adjetiva de las normas registrales. Según entendemos, es a este planteamiento al que responde el criterio seguido por la Dirección General, que interpreta la subrogación legal y la afección registral de forma conciliadora e integradora.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la confrontación de ambas figuras no se solventa por criterios de jerarquía normativa ya que si bien la regulación de la afección se encuentra contenida fundamentalmente en una norma reglamentaria como es el Real Decreto 1093/1997, no se trata sino del desarrollo de disposiciones de rango legal, como son las contenidas en la legislación urbanística autonómica y en el artículo 65.1.a) del vigente TRLSRU de 2015, al que ya se hizo referencia.

B) La tesis jurisprudencial ignora los principios hipotecarios

Como se ha visto en apartados precedentes, la tesis de las Salas de lo Contencioso-Administrativo ignora por completo la eficacia del Registro de la Propiedad y los principios hipotecarios, en particular, el de fe pública registral, limitándose a afirmar sin mayor motivación que «los principios de fe pública y legitimación a que responden los artículos 34 y 38 de la LH han de entenderse, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en» la legislación del suelo respecto de la subrogación legal⁶. Se trataría, por tanto de una excepción o derogación singular de la fe pública registral.

Sin embargo, entendemos que la derogación de la fe pública registral no puede presumirse en ningún caso, por lo que para que fuera admisible sería preciso que se hiciera de manera expresa, cosa que no hace la regulación sustantiva de la subrogación legal. Más bien parece que, al contrario, dicha derogación no ha sido querida por el legislador, si se atiende al último inciso del artículo 27.1 del TRLSRU, al que nos referiremos en el último apartado y que supedita la subrogación del adquirente de una finca en las obligaciones del transmitente al hecho de que hayan sido objeto de inscripción registral.

El principio de subrogación legal, cuando ha de proyectarse sobre el Registro por existir terceros adquirentes inscritos, como sucede con cualquier otra norma o principio, debe acomodarse a las reglas específicas de la inscripción y sus efectos, incluida la fe pública registral.

C) La tesis jurisprudencial hace caso omiso de la regulación de la afección registral y su cancelación

Como hemos visto, la jurisprudencia reprocha a la Dirección General que no toma en consideración la regulación de la subrogación legal⁷, afirmación que no compartimos ya que esta es citada constantemente por sus resoluciones para confrontarla con el sistema registral, según también se ha expuesto ya.

Frente a ello, en nuestra opinión son los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa los que contemplan la cuestión desde una perspectiva incompleta al ignorar la regulación de la afección registral, su caducidad y cancelación.

Así lo demuestran algunos de los pronunciamientos ya expuestos, como los de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 24 de julio de 2017, número 162, 2017, dictada en el recurso 119/2016, cuando tras exponer el régimen de la subrogación legal, añade que «sentado lo anterior se ha de hacer notar que (...) la caducidad de la afección urbanística no determina que el propietario de la parcela sujeta al pago de las cuotas urbanísticas quede exonerado de atender las mismas cuando proceda su pago, sin perjuicio eso sí, de las acciones que pudieran corresponderle contra su transmitente (...). Es por ello que la solución que ha de darse al supuesto planteado no precisa incidir en la institución de la afección real, dado que está prevista legalmente la subrogación del adquirente».

Es evidente que esta tesis hace superflua la regulación de la afección registral por los artículos 19 y 20 del Real Decreto 1093/1997, con lo que vacía de contenido dichos preceptos y los convierte en papel mojado e inservible por el solo hecho de existir otra norma jurídica que supuestamente los contradice pero que en realidad consideramos que es perfectamente compatible con ellos, según se ha expuesto.

D) Otros inconvenientes de la tesis jurisprudencial

La aplicación acrítica de la tesis seguida por la jurisprudencia conlleva otros riesgos que son tratados en el presente apartado.

La sentencia número 278/2002 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2^a), de 20 de marzo de 2002 (*JUR* 2002,140970) acepta la alegación de la Administración demandada según la cual «el promotor de la urbanización efectuó la enajenación de parcelas a diferentes adquirentes que se han subrogado, mediante compraventa, en las obligaciones urbanísticas de aquél, conforme a la citada normativa legal del suelo; adquisiciones que se efectuaron entonces, incluso con anterioridad a la Ley del Suelo de 1975-1976, a precios muy bajos, con lo que asumía la obligación de urbanizar la falta de servicios no figurados en los correspondientes contratos de compraventa, por lo que si ahora se atribuye a otra persona el costeamiento de las obras de urbanización se produciría un enriquecimiento injusto a favor de los adquirentes».

Sin embargo, este argumento es fácilmente reversible, ya que puede también suceder que el comprador de los terrenos los haya adquirido como completamente urbanizados y pagado en consecuencia el precio de un suelo finalista como si la urbanización se hubiera consumado antes de su adquisición. En este caso, la reclamación del pago de los gastos imputables a la finca dirigida por la Administración al comprador supondría una duplicidad de esfuerzos y una pérdida patrimonial evidente para él pues la completa urbanización ya se había tenido en cuenta para fijar el precio, con el consiguiente enriquecimiento sin causa del transmitente.

Ciertamente, el apartado 3 del artículo 27 del TRLS atribuye al adquirente la posibilidad de rescindir la venta y exigir la indemnización de los daños sufridos si no se hizo constar en la escritura alguna de las circunstancias previstas en el apartado 2 del mismo artículo. Sin embargo, no es infrecuente que la reclamación de pago se dirija contra él una vez transcurrido el plazo máximo de cuatro años previsto en dicho precepto, por lo que quedaría en una situación de evidente indefensión frente al enriquecimiento del transmitente. Esto es lo que sucedió en el caso resuelto por la sentencia número 42/2018, de 9 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos (*JUR* 2018, 97148), ya citada, en la que la reclamación al adquirente de los gastos de urbanización pendientes se produjo más de diez años y medio después de la aprobación e inscripción del proyecto de reparcelación, más de ocho años después de la recepción definitiva por la Administración de las obras de urbanización y más de siete años y medio después de la fecha de su adquisición, además de ser posterior en más de cuatro años a la fecha en que se produjo la caducidad de la afección real inscrita.

Por otro lado, la misma sentencia llega a afirmar⁸ que «es obligación del comprador, no solo consultar el Registro de la Propiedad antes de adquirir, sino que además debe consultar en el Ayuntamiento el régimen urbanístico aplicable». A nuestro juicio esta exigencia de diligencia cualificada en el comprador, además de excesiva, habría resultado inútil a estos efectos, toda vez que en el caso concreto contemplado por dicha sentencia el Ayuntamiento no habría podido contestar a la consulta sino affirmando que la recepción definitiva de la urbanización ya se había producido antes de su adquisición (y, por tanto, antes de la eventual consulta) y sin que fuera posible en ese momento para la Corporación advertirle de la pendencia de ciertos gastos de urbanización ya que la necesidad de afrontar los nuevos gastos se pusieron de manifiesto varios años después de aquel momento.

E) La exigencia de la inscripción registral de las obligaciones contraídas con la Administración y las diferentes fases de desenvolvimiento del deber legal

Es de reconocer que la posición de la jurisdicción contencioso-administrativa era más fácilmente comprensible en los tiempos en que la regulación de la subrogación legal equiparaba el régimen de los deberes legales urbanísticos y el de las obligaciones o compromisos contraídos con la Administración. Así lo hacía tradicionalmente la legislación del suelo hasta la Ley de 1998. El artículo 22 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 establecía que «El adquirente quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los derechos y deberes vinculados al proceso de urbanización y edificación, así como en los compromisos que, como consecuencia de dicho proceso, hubiere contraído con la Administración urbanística competente».

El régimen legal anterior experimentó un cambio de gran transcendencia con la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998, cuyo artículo 21.1 reprodujo la norma pero añadiéndole un inciso final: «El nuevo titular quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, así como en los compromisos que este hubiera acordado con la Administración urbanística competente y hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real».

De la confrontación de ambos textos legales resulta con claridad que el legislador de 1992 parecía equiparar los deberes y derechos urbanísticos a los compromisos contraídos con la Administración urbanística para aplicar a unos y otros los efectos de la subrogación legal, mientras que el de 1998 condicionaba su extensión a los segundos, es decir, a los compromisos que el transmitente hubiera acordado con la Administración urbanística, al hecho de haber accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la transmisión si eran susceptibles de producir una mutación jurídico-real. Y este condicionante ha llegado hasta nuestros días, primero en el artículo 19.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 y después en el artículo 27.1 del TRLSRU de 2015, transcrita en el apartado 1 de estos comentarios.

Por tanto, la cuestión estriba en determinar qué debe entenderse por deberes urbanísticos y por compromisos acordados o contraídos con la Administración urbanística por el transmitente de la finca afectada para que puedan considerarse trasladados al adquirente por obra de la subrogación legal.

A tal fin, cabría entender que el deber legal urbanístico y, en lo que aquí interesa, el de costear las obras de urbanización, es un concepto genérico cuya concreción se va produciendo de manera paulatina a medida que avanza la ejecución del planeamiento. Por tanto, a nuestro juicio es posible distinguir varias fases o estados de dicho deber:

- a) La primera manifestación de este deber surgiría en el momento en que se produjera la clasificación del suelo distinguiendo entre los suelos no susceptibles de transformación urbanística (como sucedería con el clasificado como no urbanizable protegido) y aquellos otros respecto de los cuales se prevé dicha transformación. Desde entonces pesa sobre el propietario de los segundos el deber de costear y, en su caso, ejecutar la urbanización previsto en el artículo 18.1.c) del TRLSRU. No obstante, en esta primera fase se trata de un deber puramente genérico y abstracto, además de condicional, por lo que no puede tener acceso al Registro de la Propiedad en virtud del principio hipotecario de especialidad o determinación.
- b) Una segunda fase tiene lugar al iniciarse el correspondiente proceso de gestión urbanística, momento a partir del cual aquél deber adquiere un cierto grado de concreción ya que el propietario está vinculado por la previsión de la actuación urbanística en los términos definidos por el sistema de gestión o actuación que sea de aplicación. El inicio de dicho proceso produce una mutación del deber urbanístico anterior de tal naturaleza que ya es posible su constancia registral. Sin embargo, al carecer del desenvolvimiento preciso para ser objeto de inscripción separada, tal constancia tiene lugar a través de un asiento de nota marginal, como dispone el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997⁹.
- c) Una vez aprobado e inscrito el correspondiente proyecto de equidistribución se abre una tercera fase en la evolución del deber legal de urbanizar, en que se acentúa la concreción del mismo hasta el punto de ser ya sus-

- ceptible de inscripción en sentido formal. De acuerdo con el artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, en el cuerpo de la inscripción de las fincas de resultado se hace constar la afección de las mismas «al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística». Ahora bien, en el momento de la inscripción del proyecto no se puede conocer con exactitud el importe de los gastos imputables a la finca por razón de la urbanización en curso, sino solo una simple estimación de los mismos, que es la plasmada en la cuenta provisional de liquidación. De acuerdo con ello, el citado artículo 19 determina que en la inscripción de cada finca de resultado sujeta a la afección se haga constar «que la finca queda afecta al pago del saldo de la liquidación definitiva de la cuenta del proyecto», así como «el importe que le corresponda en el saldo de la cuenta provisional de la repartición y la cuota que se le atribuya en el pago de la liquidación definitiva por los gastos de urbanización y los demás del proyecto». Es en este momento cuando el deber general abstracto anterior se torna en una auténtica obligación, de objeto no totalmente determinado pero sí determinable como permite el artículo 1273 del Código civil y garantizada de este modo mediante la inscripción registral de la afección en el folio de las fincas de resultado.
- d) La cuarta fase evolutiva del deber legal de costear la urbanización estaría constituida por su total concreción al aprobarse la liquidación definitiva de la cuenta de la urbanización, cuya constancia registral está igualmente prevista en el Real Decreto de 1997, en concreto, en su artículo 20.1, según el cual: «La afección caducará a los siete años de su fecha. No obstante, si durante su vigencia se hubiera elevado a definitiva la cuenta provisional de liquidación del proyecto de repartición o compensación, dicha caducidad tendrá lugar por el transcurso de dos años, a contar de la fecha de la constatación en el Registro de la Propiedad del saldo definitivo, sin que, en ningún caso, pueda el plazo exceder de siete años desde la fecha originaria de la afección».
 - e) Finalmente, en caso de impago de los gastos de urbanización cabría un nuevo desenvolvimiento registral del deber, que tendría lugar con la práctica de la correspondiente anotación preventiva de embargo o de los asientos a que diera lugar, en su caso, la expropiación forzosa de la finca afectada.

Partiendo del planteamiento anterior y confrontándolo con el principio de subrogación legal, parece que el deber de urbanizar en su primera fase evolutiva, esto es, antes del inicio de la actuación de transformación urbanística de que se trate, no se refiere «a un posible efecto de mutación jurídico-real» en los términos del artículo 27.1 del TRLSRU, por lo que se transmite junto con la finca sin que para ello sea necesario —ni posible, como vimos— su constancia en el Registro de la Propiedad. Consideramos que la misma solución sería aplicable a la segunda fase, sobre todo teniendo en cuenta que la nota marginal de inicio del procedimiento de gestión tiene unos importantísimos efectos en cuanto a la inscripción de las fincas de resultado (previstos en los arts. 14 y sigs. del Real Decreto 1093/1997) pero respecto de la finca de origen su eficacia es de mera publicidad; además, existe en ese momento una total indeterminación de la prestación por lo que no puede hablarse en realidad de obligación en sentido propio.

En cambio, una vez inscrito el proyecto y las fincas de resultado, la concreción del deber legal en los términos expuestos sí permite hablar en esta fase de una obligación de objeto determinable y, además, es susceptible de provocar un

posible efecto de mutación jurídico-real de dichas fincas, ya que el impago de la cuenta de liquidación daría lugar a su transmisión a través del correspondiente apremio o expropiación forzosa. Esta obligación es objeto de garantía registral a través de la afección inscrita y, por tanto, aplicando la letra del repetido artículo 27.1 del TRLSRU, estaría sujeta al condicionante de su constancia registral para que pueda entenderse comprendida en la subrogación del adquirente en la posición del transmitente.

NOTAS

¹ Sentencias de 2 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 8312), 18 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 29), 29 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 222), 16 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 6191), 7 de julio de 2000 (*RJ* 2000, 6964) y 30 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 4285).

² La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2^a) de 31 de enero de 2002 (RJCA 2002, 385) afirma que en esta materia «prima el interés público» y que la subrogación legal es «salvaguarda de los intereses generales y de orden público».

³ Cabe citar en el mismo sentido la resolución de 3 de febrero de 2012.

⁴ Por ejemplo, en las resoluciones de 3 de febrero de 2012 y 1 de marzo de 2013.

⁵ En los mismos términos se pronuncian las resoluciones de 31 de enero de 2014, 13 de junio de 2014 y, 21 de junio de 2017.

⁶ Sentencias de 7 de octubre de 1980 (*RJ* 1980, 5116), 30 de septiembre de 1981 (*RJ* 1981, 5023), 28 de noviembre de 1984 (*RJ* 1984, 5984), 2 y 8 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990, 8736 y *RJ* 1990, 8817), 2 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 8314), 26 de enero de 1994, 18 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 28), 29 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 222) y, 12 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997, 8850).

⁷ Por ejemplo, la resolución de 1 de marzo de 2013 hace un ejercicio de conciliación entre ambos regímenes delimitando dónde empieza y termina cada uno.

⁸ Haciéndose eco de una sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2000.

⁹ El citado artículo 5 del Real Decreto 1093, 1997 establece en su apartado 1 que «a requerimiento de la Administración o de la entidad urbanística actuante, así como de cualquiera otra persona o entidad que resulte autorizada por la legislación autonómica aplicable, el registrador practicará la nota al margen de cada finca afectada expresando la iniciación del procedimiento y expedirá, haciéndolo constar en la nota, certificación de dominio y cargas».

**RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS**

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen. *La modificación de los alimentos a los hijos*,
Ed. Reus, Madrid, 2018

por

TERESA ECHEVARRÍA DE RADA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Rey Juan Carlos

La monografía publicada por la editorial Reus, en la Colección Jurídica General, bajo el título *La modificación de los alimentos a los hijos* (2018) elaborada por la Profesora CALLEJO RODRÍGUEZ, contiene un estudio riguroso de la materia objeto del trabajo que presenta una problemática específica y diferente de la que es propia de la fijación inicial de la prestación alimenticia, dando respuesta a los muchos interrogantes que presenta a través de soluciones sólidamente fundamentadas, precedidas de un detallado análisis de la legislación aplicable, la doctrina y la jurisprudencia.

El libro se estructura en dos capítulos. El primero de ellos comienza con una breve exposición del régimen jurídico del derecho de alimentos de los hijos, que será distinto en función de que se trate de menores de edad, mayores o emancipados o bien mayores con discapacidad. A continuación, la autora afronta el examen de la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o adoptadas judicialmente en caso de separación, nulidad o divorcio. Tras cuestionar si, efectivamente, la alteración sustancial de las circunstancias constituye el presupuesto sobre el que se ha de fundar la modificación de tales medidas tras la reforma del artículo 90.3 del Código civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, examina detenidamente cuáles son los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia para que proceda dicha alteración sustancial, en particular, en relación con la prestación alimenticia de los hijos.

Junto al examen de la modificación de alimentos a través de un proceso de modificación de medidas y de los efectos del fallo judicial, se dedica una especial atención al estudio de la modificación de los alimentos a favor de los hijos mayores o emancipados cuando se han fijado en convenio regulador acordado ante Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, cuestión especialmente novedosa tras la introducción de la separación y divorcio ante tales fedatarios públicos por la ya citada Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Se contempla la modificación realizada en un nuevo convenio regulador acordado de esta forma, y se examinan, a continuación, los supuestos en que procede acudir a la vía judicial.

Asimismo, la autora se ocupa de los posibles efectos que se derivan cuando los cónyuges, al margen del convenio regulador, o de las medidas fijadas por el juez, mediante un acuerdo privado, expreso o tácito, deciden cumplir de modo distinto la pensión de alimentos de los hijos, o el pago de los gastos extraordi-

narios, y una de las partes pretende hacer valer ese pacto en un proceso de modificación de medidas, atribuyéndole carácter vinculante. Igualmente, se explora la posibilidad de que los cónyuges al suscribir el convenio regulador, e incluso el juez en la propia sentencia en que fije las medidas definitivas, prevean la alteración futura de los alimentos para asegurar su acomodación al cambio de la capacidad económica de los padres o a las propias necesidades de los hijos en cada momento, o a otras circunstancias posterior sin necesidad de acudir a un proceso judicial, o a la modificación mediante escritura pública o decreto del letrado de la Administración de Justicia, según los casos.

Se adentra también esta obra en el análisis de la alteración de la contribución de los alimentantes a los gastos extraordinarios, examinando, entre otras cuestiones, si el cambio de la capacidad económica del alimentante puede llevar a modificar la calificación inicial de un gasto como ordinario o extraordinario, así como su contribución a estos últimos.

El segundo capítulo, que se estructura en cuatro apartados, contiene un exhaustivo estudio jurisprudencial de los criterios empleados para la modificación de los alimentos. El apartado primero comienza con el examen de los efectos de la alteración sustancial de la capacidad económica de los padres en la prestación alimenticia de los hijos, lo que requiere una especial atención a la disminución de la capacidad económica del progenitor alimentante, supuesto este que ha provocado en los últimos años, debido a la crisis económica, la interposición de un altísimo número de demandas de modificación de medidas en que se solicitaba la reducción, e incluso la suspensión, de la prestación de alimentos a los hijos, y si estos son mayores de edad, la extinción de la obligación.

Se examina también la disminución de la capacidad económica del alimentante por el aumento de sus necesidades o las de su familia, con particular atención a la repercusión que puede tener sobre la prestación alimenticia de los hijos, el nacimiento de nuevos descendientes del alimentante.

Al estudiar el aumento de la capacidad económica del alimentante, la autora se plantea si en todo caso ha de tener reflejo en la pensión alimenticia a favor de los hijos, especialmente si estos ya tienen cubiertas sus necesidades con la pensión fijada anteriormente. Finaliza este apartado con el examen de las consecuencias que puede tener en la pensión alimenticia el cambio de la capacidad económica del progenitor custodio o del conviviente si los hijos son mayores o emancipados.

El apartado segundo se dedica a la modificación de la pensión de alimentos a favor de los hijos a causa del aumento o disminución de sus necesidades, con especial atención a la influencia que puede tener la percepción de recursos propios por el alimentista, distinguiendo si se trata de un hijo menor o mayor de edad, o bien mayor pero con alguna discapacidad. Asimismo, se analiza si todo aumento de las necesidades de los hijos permite fundar la pretensión de incremento de la pensión, y hasta qué punto los padres deben atenderlas si no ha aumentado proporcionalmente su capacidad económica desde que se fijó la pensión.

En el apartado tercero se aborda el examen de las consecuencias que el cambio en el modelo de custodia y en el régimen de estancia de los hijos con sus padres pueda tener en la prestación alimenticia que estos reciben, cuestión que se plantea frecuentemente cuando los hijos se acercan a la mayoría de edad.

Por último, el apartado cuarto del segundo capítulo se dedica al estudio de una cuestión de gran trascendencia como es la influencia que tiene en la prestación alimenticia de los hijos la modificación del derecho de uso de la vivienda familiar, así como si procede la modificación de los alimentos ante la convivencia del progenitor custodio en dicha vivienda con un tercero.

Como podrá apreciar el lector que se acerque a esta obra, nos hallamos ante un excelente trabajo realizado con todo el rigor científico que corresponde a una labor investigadora y que, además, consigue acercarnos a la realidad y actualidad de los temas que aborda, pues la autora, con un excelente manejo de la doctrina y de la jurisprudencia, profundiza en las importantes cuestiones que plantea. Por eso, su consulta resulta completamente indispensable para todos los estudiosos y operadores jurídicos dedicados al Derecho de familia.

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 recepciones 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 Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título de Libro (en cursiva). Cuidad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DIAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:

APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:

Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página).

La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc. se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (regidor, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.



Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444



9 770210 044002