Revista Jurídica del Notariado

JUL-DIC 21

FUNDACIÓN NOTARIADO

Nº 113

RJN

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

JUL-DIC 21 FUNDACIÓN NOTARIADO 113

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

Suscripción y distribución:

FUNDACIÓN NOTARIADO
C/ Silvano, 55 - 28043 Madrid - España
Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org
https://www.efl.es/catalogo/manuales-juridicos/revista-juridica-del-notariado

La Revista Jurídica del Notariado se publica en papel y en formato electrónico en la página web "fundacionnotariado.org", aquellos lectores que deseen seguir recibiendo sin coste adicional la RJN en soporte papel deberán comunicarlo a publicaciones@fundacionnotariado.org

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresada por los autores en sus trabajos

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

Ilustración de cubierta: "*Sede del Consejo General del Notariado*" de Jorge Gallego (www.jorgegallego.es)

© FUNDACIÓN NOTARIADO
Calle Silvano, 55 - 28043 Madrid
Correo de contacto: publicaciones@fundacionnotariado.org

Edita: FUNDACIÓN NOTARIADO

ISSN: 1132-0044
ISSN (versión digital): 2695-8236
Depósito legal: M-8652-2012

Preimpresión: Outdesign, Publishing Services

Impreso en España / Printed in Spain

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE HONORARIO:

Víctor Manuel Garrido de Palma

COMITÉ CIENTÍFICO:

- **Victorio Magariños Blanco.** Notario y miembro de la Comisión General de Codificación (Coordinador).
- **Sergio Cámara Lapuente.** Catedrático de Derecho Civil.
- **Alfonso Ventoso Escribano.** Notario y Registrador. Doctor en Derecho.
- **Francisco Lledó Yagüe.** Catedrático de Derecho Civil.
- **Silvia Díaz Alabart.** Catedrática de Derecho Civil. Vocal de la Comisión General de Codificación.
- **José Luis Merino Hernández.** Notario. Miembro de la Comisión General de Codificación. Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Aragón.
- **Ana Fernández-Tresguerres García.** Notario. Registradora. Académica de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- **José Ángel Martínez Sanchiz.** Presidente del CGN. Notario. Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

SECRETARIO DE REDACCIÓN:

Manuel García Mayo. Profesor Doctor de Derecho Civil.

COMITÉ EVALUADOR:

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla. Catedrático de Derecho Civil (Coordinador).

COMITÉ DE DIRECCIÓN:

Carlos Jiménez Gallego
Francisco José Aranguren Urriza
Carlos Pérez Ramos (Coordinador)

Convocatoria del premio
ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS
al mejor artículo publicado en la RJN
en cualquiera de sus secciones.

Competirán todos los artículos
publicados desde el comienzo
de la nueva etapa (años 2020 y 2021).

El premio consistirá en una mención
en la Revista Jurídica del Notariado
y la entrega de tres mil euros.

Revista Jurídica del Notariado
Número 113
julio-diciembre 2021

SUMARIO

LA TRIBUNA

Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica 15
Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano

DERECHO CIVIL

ESTUDIOS DOCTRINALES

***In memoriam.* Profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez** 75

Novedades en el régimen de la ineficacia del contrato contenidas en la reforma relativa a la discapacidad 77
Luis Humberto Clavería Gosálbez

Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del «nuevo» artículo 753 del Código Civil 91
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

Autorregulación de la Discapacidad en la Ley 8/2021 (estudio de los elementos personales) 159
Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez

Algunas cuestiones sobre el tratamiento jurídico de los parques eólicos 201
Ana Julia Serrano Santamaría

PRÁCTICA JURÍDICA

La cláusula prohibitoria de intervención judicial como *Cautela Socini* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 2014 hasta la actualidad 231
Lorena González Losantos

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

De nuevo, sobre las parejas de hecho y su pertinaz voluntad de someterse a un régimen económico matrimonial. Comentario a la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y de la Fe Pública de 21 de junio de 2021 (BOE 8 julio 2021) 287
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

La protección jurídica de la apariencia. Comentando la STS de 7 de julio de 2021 309
Carlos Pérez Ramos

Resolución de 16 de diciembre de 2021 (BOE 29 de diciembre), que resuelve el recurso contra la denegación de la inscripción de una escritura de disolución de comunidad 325
Tomás Giménez Duart

DERECHO CIVIL AUTONÓMICO

Nuevas consideraciones sobre los pactos sucesorios en el Derecho Catalán: perspectivas sustantiva y fiscal 335
Tomás Giménez Duart

DERECHO NOTARIAL

ESTUDIOS DOCTRINALES

La identificación en el otorgamiento en línea de documentos notariales 385
José Carmelo Llopis Benlloch

DERECHO FISCAL

La inconstitucionalidad de la plusvalía municipal o de cómo la paciencia tiene un límite (Comentario a la STC 182/2021, de 26 de octubre) 457
Abraham Barrero Ortega

La inconstitucionalidad del método de estimación de la base imponible del impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: ¿Una vuelta a la ortodoxia de la capacidad económica? 473
Jesús Ramos Prieto

La venta de derechos hereditarios y su fiscalidad en el impuesto de TPO y AJD y en el ISD 541
Josep María Vázquez Moreno

PANORAMA

Recensiones

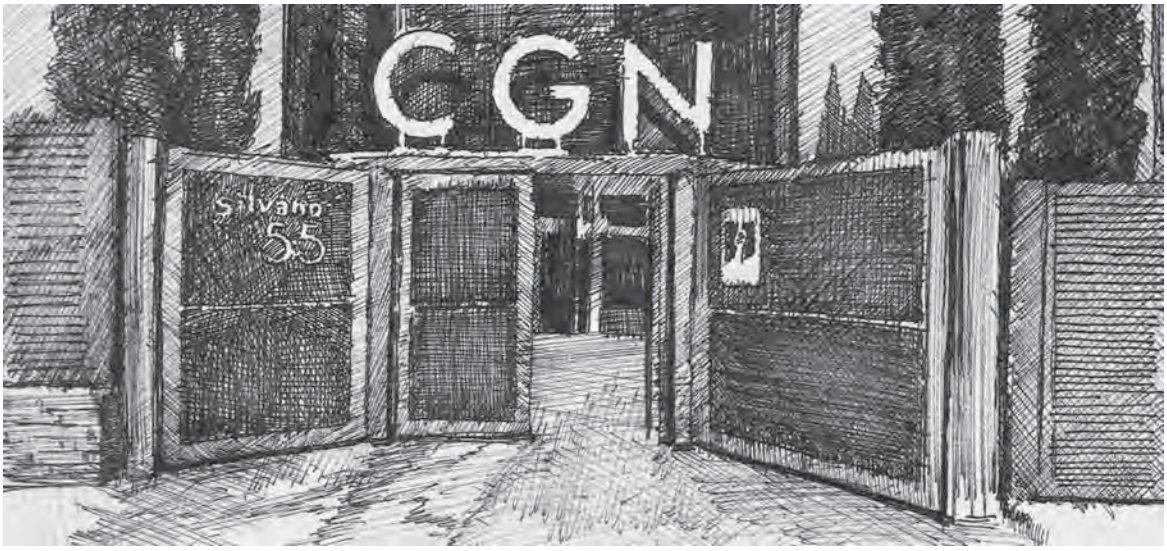
Recensión de *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio,* de Ana Fernández Tresguerres (Thomson Reuters-Aranzadi, 2021) 565
Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez

Recensión de *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las medidas o discriminatorias de defensa del patrimonio,* de Elena López Barba (Dykinson, Madrid, 2020) 569
Leonardo B. Pérez Gallardo

Recensión de *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas,* de Manuel Espejo Lerdo de Tejada (Wolters Kluwer, Madrid, 2020) 575
Leonardo B. Pérez Gallardo

Recensión de *Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations. Trust and Expectation in a Comparative Perspective* de Isabel Margarita Zuloaga Ríos (Cambridge, Intersentia, 2019) 593
José Miguel Embid Irujo

La Tribuna



SOBRE LA LEY 8/2021, PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano

SOBRE LA LEY 8/2021, PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

ON THE LAW 8/2021 TO SUPPORT PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE EXERCISE OF THEIR LEGAL CAPACITY

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano
Catedrático de Derecho Civil

Resumen: La Ley 8/2021 no era necesaria para adecuar nuestro Derecho a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, ya que la regulación anterior del Código Civil permitía una interpretación de la misma acorde con ella, como ha entendido y aplicado nuestra jurisprudencia. Por otra parte, la mencionada Ley 8/2021 abordó otras modificaciones concretas relacionadas con las personas discapacitadas, en las que cabe observar errores técnicos y opciones cuestionables. Tal es el caso en materia de vecindad civil, nacionalidad, actos realizados por personas discapacitadas sin contar con los apoyos establecidos, legítima de los descendientes, sustitución ejemplar, capacidad del testador, patria potestad prorrogada, y con respecto al propio concepto de persona discapacitada.

Palabras clave: personas discapacitadas, curatela, apoyos, patria potestad prorrogada, sustitución ejemplar, herederos legitimarios, capacidad del testador.

Abstract: The Law 8/2021 was not necessary to adapt our right to the New York Convention on the rights of persons with disabilities, since the previous regulation of the civil code allowed an interpretation of the same in accordance with it, as our jurisprudence has understood and applied. On the other hand, the aforementioned Law 8/2021 has addressed other specific modifications related to disabled people, in which it is possible to observe technical errors and questionable options. Such is the case in matters of civil neighborhood, nationality, acts carried out by disabled people without having the established support, forced inheritance of the descendants, exemplary substitution, capacity of the testator, extended parental authority, and with respect to the concept of disabled person itself.

Keywords: persons with disabilities, curatorship, supports, extended parental authority, exemplary substitution, forced heirs, capacity of the testator.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS TÍTULOS IX Y X DEL LIBRO I DEL CÓDIGO EN CONCORDANCIA CON LA CONVENCIÓN

III. UNA PRUEBA ESPECIAL DE LA JURISPRUDENCIA CONFORME CON LA CONVENCIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 145/2018

IV. LA PRUEBA DEL NUEVE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 589/2021

V. MODIFICACIONES EN MATERIA DE NACIONALIDAD Y VECINDAD CIVIL

VI. MODIFICACIONES RELACIONADAS CON LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS EN EL TRÁFICO JURÍDICO

VII. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN MATERIA DE SUCESIONES

1. La concurrencia en la legítima de los descendientes de algún descendiente discapacitado

2. La sustitución ejemplar, la capacidad de testar y dos apuntes, sobre la patria potestad prorrogada y sobre el concepto de persona discapacitada

VIII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, es el de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, adaptación que se refiere, principalmente, al artículo 12 de dicha Convención.

Bajo un epígrafe que reclama *Igual reconocimiento como persona ante la ley,* ese artículo 12 obliga a los Estados Partes a reconocer "que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida" (apartado 2), a adoptar "las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica" (apartado 3), y asegurar "que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos", salvaguardias que "asegurarán —continúa diciendo el apartado 4— que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial", salvaguardias, que —concluye el apartado 4— "serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

Programa que el Preámbulo de la Ley reproduce literalmente en su párrafo 2º para hacerlo suyo, y para anunciar en el párrafo 3º que "Se impone

así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones". Se trata de introducir un "nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad", que ya no pivota sobre la incapacitación, ni sobre la modificación de la capacidad, sino sobre el "apoyo a la persona que lo precise", "término amplio que engloba todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad […], el consejo o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad", e "incluso [---] la representación en la toma de decisiones" en "situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo"[1].

Nuestros legisladores nos anuncian así una reforma radical del sistema de protección de las personas discapacitadas vigente hasta el momento:

"No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones".

Reforma que —se añade— "debe ir unida […] a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho —jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores— que han de prestar sus respectivas funciones a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas"[2].

Ese objetivo principal de la ley tendría sentido en la medida en que la regulación vigente anteriormente no permitiese una protección adecuada de

[1] *Vid*. los párrafos 1º y 2º del apartado III del Preámbulo de la Ley.
[2] *Vid*. el párrafo 3º del apartado III del Preámbulo de la Ley.

las personas discapacitadas ajustada a sus necesidades personales en función de sus discapacidades físicas o psicológicas y de sus circunstancias, sobre la base de que la misma supusiera la menor limitación posible de su capacidad de obrar. De lo contrario, cabría descalificar la ley por innecesaria. Ello nos lleva a considerar la regulación de la modificación de la capacidad de obrar, de la tutela y de la curatela (también de la guarda de hecho) en la redacción anterior a esta Ley 8/2021 del Código Civil, así como su interpretación y aplicación por doctrina y, muy especialmente, por la jurisprudencia.

Como es lógico, la ley modifica los artículos que el Código dedica a esas materias, que quedan sustituidos por otros con redacción y ordenación totalmente distintas. A lo que hay que sumar las modificaciones introducidas en otros muchos artículos del Código —hasta la suma total de unos 300, aproximadamente—, unas por razones de concordancia de fondo o formal, otras por razones de oportunidad, el habitual *ya que*. Procede, pues, considerar también esas modificaciones complementarias a la hora de valorar la ley, aunque obviamente dicha valoración dependa, en lo esencial, del acierto en su objetivo principal, al que me he referido antes, la protección de las personas discapacitadas.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS TÍTULOS IX Y X DEL LIBRO I DEL CÓDIGO EN CONCORDANCIA CON LA CONVENCIÓN

La STS núm. 269/2021, de 6 de mayo [RJ 2021, 2381], es la última dictada por la Sala en aplicación de los arts. 199, 200, 215, 222, 287, 289, 290 y 291 CC anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021: persona discapacitada, que recurre en casación la SAP de Madrid, sección 24ª, de 5 de septiembre de 2019, que, estimando parcialmente la Sentencia de primera instancia, la confirma en lo sustancial, declarando a aquella en estado civil de incapacidad parcial, limitada a los actos de disposición, de extraordinaria administración, al manejo de medicamentos, al ámbito de la salud mental y prestación de consentimiento informado, y sometiéndola a régimen de tutela, designando tutor a la Agencia Madrileña para Tutela de Adultos, en vez de a un hermano suyo, como se había dispuesto en la mencionada primera

instancia, ya que —se explica— la persona discapacitada en cuestión "no guarda buena relación con sus hermanos".

Dicha Sentencia de la Sala, antes de abordar la consideración de los motivos del recurso de casación, dedica la mayor parte del fundamento de derecho segundo[3] a unas "consideraciones previas" sobre el "tratamiento jurídico dispensado a la discapacidad y el impacto del Convenio de Nueva York" sobre el mismo.

De dichas consideraciones resulta cómo nuestro Tribunal Supremo entendió desde un primer momento que nuestro procedimiento de modificación de la capacidad y de constitución de tutela o curatela previamente vigente no era contrario a los principios del Convenio, de manera que el mismo podía ser interpretado y aplicado en consonancia con dichos principios. Así se pronunció el Tribunal Supremo en una primera Sentencia de Pleno 282/2009, de 29 de abril [RJ 2009, 2901], que se ocupó del tema:

"El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: 1º. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC. 2º. La incapacitación no es una medida discriminatoria, por que 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"[4].

Punto de partida de la Sala que ha marcado —sigue exponiendo la Sentencia 269/2021— una nueva línea con "un sólido cuerpo jurisprudencial" como consecuencia de la doctrina asumida desde ese momento por las sucesivas sentencias que se han venido ocupando de la protección de personas discapacitadas. Esos "principios jurisprudenciales derivados de la suscripción del Convenio" resultan enumerados y explicados a continuación. Son

[3] Los apartados 2 y 3.
[4] Fundamento de derecho séptimo, *in fine.*

los siguientes: principio de presunción de capacidad de las personas (una conducta extravagante, inusual o desviada no es sinónimo de enajenación), principio de flexibilidad (el sistema de protección no ha de ser rígido, ni estándar, sino que debe adaptarse a las necesidades —un traje a medida[5]— de la persona, incluida su revisión), principio de aplicación restrictiva, principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales, principio del interés superior de la persona con discapacidad, principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad (condicionado por que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que se padece), principio de fijación de apoyos (integrado en nuestro Derecho por la tutela y la curatela, junto con la guarda de hecho y el defensor judicial), frente al sistema de sustitución.

Partiendo de dichos principios, la sentencia mantiene la incapacidad parcial de la recurrente, limitada a los actos y ámbitos establecidos en la instancia, pero admite el recurso de casación en cuanto a optar por la curatela como medida de apoyo más adecuada, de acuerdo con el Ministerio Fiscal.

La persona discapacitada padecía una esquizofrenia paranoide, patología permanente e irreversible, con fases de mejoría en las que son escasamente apreciables los síntomas de la enfermedad, que contrastan con fases de agudización, de descomposición psicótica. Constatada la falta de conciencia de la enfermedad, la existencia de apoyos en la esfera del manejo de medicamentos y de prestación de consentimiento para el tratamiento necesario resulta adecuada. Por otra parte, las limitaciones en la inteligencia abstracta, que la impiden comprender determinadas cuestiones económicas más allá de las necesidades diarias básicas justifican la fijación de apoyos para los actos de disposición patrimonial y extraordinarios de administración.

No es necesario acudir a la sustitución de la persona afectada cuando la misma conserva facultades de autodeterminación en distinto grado, siendo

[5] "Para lograr este traje a medida es necesario que el tribunal de instancia que deba 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 una protección y ayuda" (STS 341/2014, de 1 de julio [RJ 2014, 4518] —fundamento de derecho 7, párrafo 8º)—. *Vid.* también las SSTS 244/2015, de 13 de mayo [RJ 2015, 2023] —fundamento de derecho 5, párrafo 4º—, 118/2018, de 6 de marzo [RJ 2018, 1062] —fundamento de derecho segundo, apartado 1, párrafo 4º—.

entonces suficiente la curatela, que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, que puede extenderse tanto al ámbito personal como al patrimonial de la persona discapacitada.

Si se repasan las sentencias dictadas por la Sala a partir de la mencionada Sentencia 282/2009, de la misma se comprueba que bastaba con la jurisprudencia que inicia para atender a las exigencias del Convenio de Nueva York, sin necesidad de modificación legislativa alguna, dado que la Ley 13/1983 abrió la puerta en nuestro Código a un sistema elástico de modificación de la capacidad de las personas discapacitadas, ajustado a la protección requerida en cada caso por la persona discapacitada en cuestión[6]. Lo cual no quiere decir que en ocasiones no fuese necesario proceder a declaraciones de incapacidad absolutas y permanentes, complementadas con el nombramiento de un tutor tanto de la persona como de los bienes, como precisamente fue el caso de aquella STS 282/2009, a pesar de que insistiese en una lectura de nuestro Código y de nuestra LEC que permitiese acordar unas medidas de apoyo que vinieran a ser *un traje a medida* de las necesidades del discapacitado en cada caso.

En efecto, la STS 282/2009 desestima el recurso interpuesto por la persona discapacitada y por algunos de sus hijos para confirmar la sentencia de instancia, que la declaraba "incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y bienes", nombrando tutor de su persona a dos de sus hijas, y a otra persona como tutor de sus bienes[7].

[6] "La sentencia determina la extensión de la incapacitación […] La sentencia determina, por último, las instituciones de tutela o de guarda a que el incapacitado haya de quedar sometido. Por supuesto, debe existir correlación entre el tipo de incapacitación y el tipo de guarda a la que el incapacitado debe quedar sometido. En este sentido, el artículo 210 [«La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado»] se encuentra en estrecha conexión con los artículos 222 y 287. Según el artículo 222.2, están sujetos a tutela los incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido así. Según el artículo 287, la puede ordenar que se coloquen bajo curatela las personas incapacitadas cuando su grado de discernimiento lo permita o aconseje. Además de la opción entre tutela y curatela, puede también la resolución judicial configurar el alcance y los poderes del tutor", Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. Amorós, N. y Bercovitz, R.), Tecnos, Madrid, 1986, p. 196.

[7] "En la audiencia de los más próximos parientes (los seis hijos de la demandada) quedó constancia del claro y manifiesto enfrentamiento existente entre ellos en orden a la situación personal y patrimonial de la misma" (fundamento de derecho segundo, apartado 3º).

En el informe emitido por el médico forense se hacía constar que la presunta incapaz padecía "«diversas enfermedades de evolución crónica», encontrándose «en tratamiento con antiparkinsonianos, antihipertensivos, antiagregantes plaquetarios y neurolépticos sedativos»; que «presenta temblor extremidad superior derecha, de reposo y medianas oscilaciones, que desaparece al movimiento intencional, así como en labios. Escasa rigidez. Hipomimia. No espontaneidad del lenguaje. Bradipsiquia»; que «presenta déficit de memoria referido a su persona, tiempo y espacio. Abstracción y simbolización deficitarias. No gestiona ni sabe lo que gasta al mes… Presenta un índice de error de 6 puntos (cuestionario SPMSQ). Alto grado de vulnerabilidad, dependencia afectiva, que puede condicionar sus decisiones. Y en base a todo ello se concluye en el referido informe que la reconocida presenta trastorno cognitivo moderado, demencia senil, que limita funcionalmente la capacidad para regir su personalidad y administrar sus bienes de forma TOTAL y PERMANENTE"[8].

Después de esa STS 282/2009, la STS 421/2013, de 24 de junio [RJ 2013, 3948] inicia una serie de sentencias de la Sala en las que, como consecuencia de la interpretación conforme inaugurada por aquella, y frecuentemente con el apoyo del Ministerio Fiscal, se opta por una incapacitación parcial, complementada por la curatela, como medida de apoyo de la persona discapacitada demandada para la modificación de su capacidad, frente a la incapacitación total y la consiguiente tutela declaradas en la instancia, que se consideran desproporcionadas para protegerla.

En este caso de la STS 421/2013 el demandado "padece una esquizofrenia paranoide […]; no tiene conciencia de su enfermedad ni tiene adhesión al tratamiento farmacológico o psicoterapéutico. Además, no acude a la consulta médica desde el mes de junio de 1998 y se recomienda un apoyo en la administración y manejo de dinero"[9].

El fallo de la sentencia estima el recurso de casación formulado por el demandado y por el Ministerio Fiscal (demandante), y declara que

[8] Fundamento de derecho segundo, apartado 2º.
[9] *Vid.* fundamento de derecho segundo, apartado 3.

"D. […] es parcialmente incapaz tanto en el aspecto personal como patrimonial, la cual será complementada por un curador. En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere al patrimonio y economía, conservará su iniciativa, pero precisará del curador para su administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, evitando el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo)".

Resulta de especial interés lo que se dice en contra de la privación del derecho de sufragio acordada por la instancia, aunque tras la LO 2/2018, que reconoció a todas las personas el ejercicio de "su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera", pueda parecer un debate desfasado el relativo a la privación de dicho derecho, asociada a la modificación de la capacidad[10]:

"La privación del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho, pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la actuación de la persona sometida a su consideración, y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes

[10] Obsérvese que la STEDH de 11 de mayo de 2021 [JUR 2021, 144288] declaró no ser contraria al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales la privación del derecho al voto en un procedimiento de incapacitación.

al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada, y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado"[11].

La STS 698/2014, de 27 de noviembre [RJ 2014, 6032], somete a curatela a quien sufre un trastorno delirante "que tiene como características la ideación persistente inexacta o errónea concerniente a un delirio permanente o crónico de tipo reivindicativo que no cursa a mejor y que hace necesario el seguimiento de su enfermedad con una evidente indicación psiquiátrica para proceder a su tratamiento por cuanto afecta a su capacidad de autogobierno de su persona y bienes, que se encuentra parcialmente anulada". Confirmando la instancia, se le reconoce aptitud para ejercer el derecho al voto, disponer de un peculio personal para sus gastos cotidianos y actuaciones similares. Se le fija la obligación de someterse a un control con arreglo a sus carencias, de manera especial las de índole psiquiátrico, otorgando al curador la facultad de gestionar dicha cuestión y, llegado el caso, promover el internamiento o tratamiento médico ambulatorio y psicofarmacológico involuntario de salud mental. En el ámbito patrimonial y administrativo, se considera que necesitará la asistencia del curador para todos los actos de contenido patrimonial y gestiones administrativas, en especial para actos de disposición sobre bienes inmuebles, y para contratar préstamos y créditos, y para cualquier solicitud de subvenciones o ayudas. Respecto de la capacidad procesal para litigar, se considera que en la iniciación de cualquier tipo de procedimiento judicial o presentación de cualquier demanda o querella deberá ser asistido por la curadora. Poniéndose de relieve que la curatela puede extenderse tanto al ámbito patrimonial como al personal, como puede ser la supervisión del sometimiento a un tratamiento médico adecuado cuando se carece de conciencia de la enfermedad; lo que no pretende suplir la voluntad del afectado, sino controlarla y encauzarla.

La STS 244/2015, de 13 de mayo [RJ 2015, 2023], estima el recurso de casación al considerar que la incapacitación total con sometimiento a tutela no se corresponde con la descripción de la situación de discapacidad reco-

[11] Fundamento de derecho segundo. 6.

gida en la sentencia de instancia, remitiendo los autos a la Audiencia para que decida en base a lo previamente argumentado[12]:

"Por sí una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90%, no tiene por qué determinar la incapacitación total de la persona. Justificarán la causa de incapacitación en la medida que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades.

Si revisamos la descripción de la situación de discapacidad […] que se contiene en la sentencia recurrida […] se advierte una contradicción, pues podían habérsele preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido. No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia. El hecho de que carezca de movilidad y necesite de una silla de ruedas, y el que precise de alguien que le cuide para cubrir sus necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión.

En el plano patrimonial es más claro que, al carecer de capacidad de cálculo, tiene graves dificultades para administrar sus bienes, lo que, sin embargo, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. A este respecto, necesita de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad"[13].

La STS 553/2015, de 14 de octubre [RJ 2015, 4755], se ocupa de una persona que "no tiene conciencia alguna de enfermedad, por lo que precisa el control ante situaciones de desequilibrio, que por la ideación delirante

[12] No se asume la instancia para resolver directamente sobre la capacidad de la persona en cuestión, "pues para ello sería necesario practicar su exploración judicial ante este tribunal".

[13] Fundamento de derecho 7, párrafos 4º, 5º y 6º.

pueden manifestarse, y por el deterioro cognitivo que evoluciona progresivamente", que, "aunque puede realizar algunas de las tareas elementales de la vida por sí misma, como aseo o alimentarse, precisa del control y cuidado continuo, de manera que se considera finalmente desde la perspectiva médico-forense que la demandada presenta un diagnóstico de deterioro cognitivo tipo demencia asociada a ideación delirante, presentando una enfermedad permanente e irreversible, de forma que la afectación mental que padece repercute en la capacidad de abstracción para cuestiones complejas, y que presenta "un importante déficit psicosocial como consecuencia de las ideas de perjuicio que padece, y que hacen que su estilo de vida no sea adaptativo y suponga un alto grado de riesgo para su persona"[14].

La sentencia de instancia incapacitaba a la persona demandada para el autogobierno de su persona, el cuidado de su salud, la administración y disposición de sus bienes, salvo gastos de bolsillo, el otorgamiento de poderes de representación y la comparecencia en juicio, sometiéndola a tutela. Lo que la sentencia de la Sala, estimando el recurso de casación, sustituye por una curatela, que deberá informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, y que comprende la esfera personal y la patrimonial: intervención del curador en las tareas de aseo, medicación y administración de su vida cotidiana, la administración, gestión y disposición de sus bienes, controlando y fiscalizando todos los gastos, incluidos los corrientes, "sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo)".

La STS 557/2015, de 20 de octubre [RJ 2015, 4900] pone de relieve los esfuerzos de la Sala por modular el alcance de la incapacitación de una persona discapacitada, así como de los apoyos que deben establecerse para propiciar el ejercicio de su capacidad de obrar, en un caso donde se trata de una persona ya incapacitada, cuya incapacitación se pretende incrementar. La sentencia de instancia declara su incapacidad total, con sometimiento de la misma a tutela.

El "diagnóstico principal de la demandada es de trastorno límite de la personalidad, labilidad emocional con predominio de ánimo disfórico, dé-

[14] *Vid*. Fundamento de derecho segundo, apartado 5.

ficit de control de impulsos, inmadurez, sentimientos de vacío vital y de frustración. Que ha precisado ser ingresada en numerosas ocasiones en la unidad de psiquiatría […], dándose la circunstancia de que, tras periodos con una relativa estabilidad clínica, sufre desestabilizaciones como consecuencia de acontecimientos adversos a veces de leve gravedad, presentando importantes dificultades en su convivencia vecinal, presentando también con elevada frecuencia episodios en los que es imposible razonar con ella, manteniendo una actitud y un pensamiento rígido generalmente con conductas agresivas y amenazantes en los que no es capaz de mantener una conducta social adecuada, lo que le lleva con frecuencia adoptar conductas de riesgo tanto para ella como para otros individuos". Consume drogas frecuentemente, intentos de suicidio, juicios por agresiones[15].

La Sala estima el recurso de casación, declarando en el fallo que la demandada es "parcialmente incapaz tanto en el aspecto personal como patrimonial, la cual será complementada por un curador. En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere al patrimonio y economía, conservará su iniciativa, pero precisará del curador para su administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, evitando el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo) acorde con sus adicciones".

Fallo que se basa en las siguientes consideraciones: "Si se atiende a los hechos que han quedado probados se observa que, partiendo de una enfermedad grave, persistente e irreversible, se pone el acento más en las necesidades terapéuticas y de supervisión de su enfermedad que en la graduación de su discernimiento si sigue las pautas adecuadas y necesarias para tratar su enfermedad. El médico forense […] es claro cuando afirma: (i) la suerte que ha acompañado a la demandada de poder ingresar en el centro

[15] Fundamento de derecho primero.2. (IV).

en que se encuentra por su idoneidad para el tratamiento de tal enfermedad; (iii) la mejoría que presenta merced al internamiento y tratamiento; (iv) la no finalización del mismo, siendo preciso que se concluya por no estar aún en condiciones de gobernarse por sí misma; (v) que recuperada conservaría habilidades anudadas a su capacidad"[16].

La STS 716/2015, de 17 de diciembre [RJ 2015, 5726] desestima el recurso de casación y mantiene la sentencia de instancia, que había declarado que la persona demandada precisaba de la asistencia de curador para la realización de cualesquiera actos de índole económica, "excepto para otorgar testamento y para llevar dinero de bolsillo para gastos cotidianos con un máximo de diez euros diarios. También precisará asistencia para la supervisión de la medicación que debe administrarse y de las revisiones médicas a las que deba someterse, declarándosele incapaz para la conducción de vehículos a motor y para el manejo de armas de fuego".

Se trataba de una persona con esquizofrenia paranoide, y que, aunque dotada para ciertas habilidades para tomar decisiones económicas y para su salud, encontraba limitada su capacidad en las fases de descompensación psicótica de la enfermedad, que la podía llevar a gastos injustificados, o a abandonar el tratamiento previsto, "con evidente peligro del consumo paralelo de productos psicotrópicos"[17].

En la STS 298/2017, de 16 de mayo [RJ 2017, 2207], una vez más se modifica la instancia, cambiando la tutela establecida en la instancia para la persona que sufre una enfermedad psíquica por una curatela, que comprende en lo esencial la esfera personal y la patrimonial en los siguientes términos: intervención del curador para tomar las decisiones que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y para todo lo relacionado con su salud, manejo de medicamentos, pautas alimenticias y consentimiento de tratamientos médicos[18], así como sobre los actos patrimoniales recogidos

[16] Fundamento de derecho sexto, apartado 7, párrafo 1º.

[17] *Vid*. Fundamento de derecho segundo, párrafo 1º.

[18] Sin perjuicio —añade la Sentencia— "de la aplicación cuando proceda de lo dispuesto en el art. 9.2.b) y en el art. 9.3 de la Ley 41/2002", reguladora de la autonomía del paciente, que legitiman "a los facultativos para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, y no sea posible contar con su autorización", o "cuando

en los artículos 271 y 272 CC, con algunas especificaciones concretas, sin perjuicio de que la persona en cuestión pueda gestionar y administrar el cincuenta por ciento de su pensión[19].

Esta sentencia pone de relieve también como una interpretación de los artículos 223 y 234 entonces vigentes acorde con la Convención de Nueva York permite tener en cuenta la preferencia de la persona discapacitada acerca de quien asuma el cargo de tutor o curador, "en el mismo momento en el que se va a proceder a su nombramiento", al margen de la autotutela otorgada previamente en escritura pública: "Para reconocer la eficacia de esta voluntad basta con que la persona goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia"[20].

La STS 69/2018, de 7 de febrero [RJ 2018, 392], procede también a sustituir la tutela constituida en la instancia por una curatela para una persona de 60 años, que sufre un retraso intelectual de evolución crónica e irreversible:

"[…] precisa ayuda para llevar a cabo actividades instrumentales cotidianas, y ha perdido habilidades económico jurídico-administrativas, y aunque conoce el valor del dinero, desconoce los gastos y se equivoca al realizar cálculos sencillos por su dificultad de mantener atención, siendo su elevada influenciabilidad lo que le incapacita para una adecuada gestión del dinero.

También necesita ayuda para el cuidado de su salud para que le acompañen a las revisiones médicas porque muchas veces no conoce las pautas a seguir, sin que sea capaz de prestar su consentimiento para intervenciones o decisiones médicas de complejidad media y grande […]"[21].

El fallo de la sentencia declara la modificación parcial de su capacidad, que debe ser complementada por la asistencia de un curador, que prestará los apoyos necesarios en el área económico-jurídico-administrativa, a excepción del manejo del dinero de bolsillo, disposiciones contractuales,

el paciente no sea capaz de tomar decisiones […] o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación", "consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él" (*vid*., fundamento de derecho quinto, apartado 4.a), párrafo 2º).

[19] *Vid*. Fundamento de derecho quinto, apartado 4.

[20] *Vid*. Fundamento de derecho séptimo, *in fine.*

[21] *Vid*. Fundamento de derecho tercero, apartado 1, párrafos 2º y 3º.

como enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos, valores mobiliarios y disposición de cantidades elevadas, conducción de vehículos y uso de armas, precisando asimismo supervisión para el cuidado de su salud y para actividades instrumentales cotidianas, conservando la capacidad para la higiene personal y el vestido, manejo de dinero y para discernir y emitir el voto".

De nuevo, la STS 118/2018, de 6 de marzo [RJ 2018, 1062], sustituye la aplicación de la tutela como complemento a una incapacitación parcial por la asistencia de un curador, que se extiende a los mismos ámbitos que aquella: actos de contenido patrimonial que excedan de la administración del peculio para sus gastos cotidianos y gestiones administrativas, en especial para actos de disposición patrimonial, para contratar préstamos, créditos y donaciones; revisiones médicas y tratamientos prescritos para su enfermedad.

La STS 383/2018, de 21 de junio [RJ 2018, 2670], confirma la sentencia de instancia, que ya había sustituido la tutela de la primera instancia por una curatela para los actos previstos en el artículo 271 CC, además del control del cumplimiento del tratamiento médico y psiquiátrico que se prescribiese a la demandada, e instar en su caso el internamiento de la misma, tratándose de una persona sobre la que el informe médico forense explica lo siguiente en el apartado de conclusiones:

"a) La reconocida presenta una alteración mental en forma de un trastorno delirante que no descartamos pueda ir transformándose en un cuadro dentro del espectro de la esquizofrenia; b) Hay nula conciencia de enfermedad sin ninguna adhesión al tratamiento. El apoyo social que podría tener (familia) está inmerso en su delirio, por lo cual no existe apoyo social de control hacia la misma; y c) Presenta una enfermedad psíquica de difícil curación, pero con posibilidad de encapsulamiento de su cuadro delirante o mejora del mismo a través de un tratamiento adecuado. La falta de este tratamiento supone una agravación de la enfermedad […]"[22].

Una vez más se pasa de un régimen de tutela parcial al de curatela en la STS 458/2018, de 18 de julio [RJ 2018, 2957], en las esferas relativas al

[22] Fundamento de derecho primero, párrafo 3º.

cuidado de la salud y a la administración de los bienes de la demandada: decisiones y consentimiento informado en los momentos de descompensación de su enfermedad, "sin perjuicio de que en caso de gravedad y urgencia pueda actuar un familiar de acuerdo con el artículo 9 de la Ley Básica de autonomía del paciente, vigilancia del cumplimiento del tratamiento pautado, el cual será obligatorio por necesidades de la enfermedad; actuaciones complejas o de administración de su patrimonio y en todos los actos relativos a la enajenación o gravamen de inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, celebración de contratos o actos susceptibles de transacciones, aceptación de herencias sin beneficio de inventario, asunción de gastos extraordinarios, cesión de arrendamientos, celebración de contratos de préstamo y bancarios, disposición de bienes o derechos a título gratuito, sin perjuicio de que aquella pueda hacer liberalidades o donaciones por sí misma dentro de la cantidad mensual fijada de 6 000 euros para sus gastos ordinarios (se trataba de una persona adinerada[23]).

La STS 654/2020, de 3 de diciembre [RJ 2020, 4815], constituye un paradigma del firme propósito de la Sala por confeccionar un *traje a medida* para proteger a la persona discapacitada en cuestión de acuerdo con su enfermedad y con sus circunstancias personales, tratando de encontrar el equilibrio adecuado entre el mayor respeto posible de su capacidad de obrar y la preocupación por establecer las medidas de apoyo necesarias para garantizar su protección, estimando a tal efecto tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el recurso de casación interpuesto por las demandantes (hijas de aquella), con el apoyo del Ministerio Fiscal. Lo que se refleja tanto en el fallo como en los argumentos utilizados para respaldarlo, en los que no se escatiman detalles no solo con la enfermedad que aqueja a la demandada, sino también, y muy especialmente, sobre las muy peculiares circunstancias que concurren en el caso, y que se tienen en cuenta para los apoyos que se acuerda establecer.

[23] De ahí las diferencias familiares relacionadas por el control de su patrimonio. De ahí que se optase por encomendar la curatela a una entidad pública, en vez de a un hermano, a pesar de haber sido designado por la persona sometida a protección, debido a que el mismo dependía económicamente de su hermana.

La sentencia de primera instancia somete a la demandada a una curatela como complemento a la restricción de su capacidad de obrar "para administrar su patrimonio en todo lo que exceda de gastos ordinarios y de bolsillo, para adoptar decisiones respecto a los cuidados personales y médicos derivados de sus enfermedades, para realizar viajes o desplazamientos que puedan poner en peligro su salud, sin la asistencia de la persona nombrada como curadora o de quien esta designe para su acompañamiento y protección"; curadora que "deberá realizar la cantidad mensual que puede emplear Dña. […] en gastos personales ordinarios o de bolsillo, cuidando de que su finalidad sea el interés de la curatelada y no de terceras personas que pudieran ejercer influencia indebida mediante engaño", y que "ejercerá sus funciones sin necesidad de solicitar al juzgado las autorizaciones previstas en el artículo 271 CC, a excepción de la fijada en el párrafo primero de dicho precepto" (internamiento en establecimiento de salud mental)[24].

En segunda instancia se revoca parcialmente la sentencia, reduciéndose la restricción de la capacidad de obrar de Dña. […] "para realizar actos de liberalidad y de generosidad que excedan de la normalidad […] de los usos y costumbres", así como "a las decisiones relativas a los cuidados personales y médicos derivados de sus enfermedades"[25].

El fallo de la Sala estima los recursos interpuestos contra la sentencia de instancia, como he indicado, que anula, manteniendo la asistencia de una de sus hijas como curador, en los siguientes términos:

"En la esfera patrimonial y de economía, Dña. […] conserva la posibilidad de gestionar y administrar para sus gastos personales, y en metálico, la suma de 6 000 € al mes.

Conserva la iniciativa, pero precisa la asistencia de la curadora para enajenar, administrar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos de valor, joyas y valores mobiliarios, celebrar contratos o realizar actos de carácter dispositivo y que sean susceptibles de inscripción, renunciar derechos, arbitrajes y transacciones, aceptación de herencias sin beneficio de inventario, repudiación de herencias y liberalida-

[24] *Vid*. Antecedente de hecho primero, apartado 4. 3º.
[25] *Vid*. Antecedente de hecho segundo.

des, asunción de gastos extraordinarios, cesión de bienes en arrendamiento, celebración de contratos de préstamos, dar y tomar dinero a préstamo, disponer a título gratuito de bienes y derechos de su propiedad, y para disponer de efectivo en cuentas y/o entidades financieras en las que mantenga abiertas cuentas, así como para la utilización de tarjetas de débito o crédito por importe superior a 6 000 € mensuales.

En el ámbito personal, la curadora deberá asistir a Dña. […] en las decisiones relativas a los cuidados personales y médicos derivados de sus enfermedades.

La curadora deberá vigilar los viajes y desplazamientos de Dña. […], y no permitir los que por la distancia o condiciones puedan perjudicar su salud. Por ello, será depositaria de su pasaporte, a fin de que no pueda ser utilizado por Dña. […] sin su consentimiento. Dña. […] no podrá realizar viajes o desplazamientos sin el consentimiento de su curadora, la cual deberá establecer los medios de protección necesarios para evitar perjuicios en caso de que se efectúen.

La curadora […] ejercerá su función sin necesidad de solicitar al juzgado las autorizaciones previstas en el artículo 271 CC, a excepción de la fijada en el párrafo 1º de dicho precepto".

Importa destacar lo que la sentencia argumenta para rechazar la valoración de la prueba realizada por la instancia:

"Cierto que es posible una valoración genérica de la prueba y que el juez puede preferir, de entre todos los informes, el que le resulta más creíble. Pero, aun cuando en estos procedimientos el juez goza de gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada, no está exento de proceder a su justificación.

[…]

En definitiva, examinadas todas las pruebas que constan en las actuaciones, esta sala concluye, de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal, que la sentencia recurrida vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva […], pues ha prescindido de valorar buena parte de la prueba practicada, lo que

determina que no se haya representado correctamente la situación y las necesidades de apoyo y ayuda que precisa la demandada"[26].

Importa también destacar la relevancia que la sentencia concede al riesgo que corre la demandada habida cuenta de sus circunstancias, que se detallan con el cuidado que podría tener un psicoanalista o un psiquiatra a la hora de redactar el historial de su paciente, después de hacer la siguiente observación, que no cabe por menos que subrayar:

"La Convención no permite ignorar los riesgos inherentes a la vulnerabilidad de las personas con discapacidad, y las medidas de apoyo judiciales son necesarias cuando el ejercicio de los derechos y la plena participación en la vida social y en el tráfico jurídico se ven afectados por las circunstancias concurrentes"[27].

Estas son las circunstancias en cuestión y las valoraciones que la sentencia hace de las mismas:

"En el presente caso el riesgo de que Dña. […] sufra perjuicios derivados e influencias indebidas no es meramente especulativo o hipotético, sino que se ha materializado ya en el pasado […].

Como consecuencia del enamoramiento de un joven […] contra el que existe una orden internacional de detención por […] posible estafa, Dña. […] realizó algunos actos que pusieron en riesgo su salud, puesto que requiere tomar su medicación y someterse a diálisis dos días a la semana [...]. Así llevó a cabo un viaje de madrugada en taxi a […] Valencia, desde Madrid, para entregar dinero y joyas a un desconocido para que se lo hicieran llegar [al mencionado joven], manifestó el deseo de contraer matrimonio e irse a vivir con él a su país de origen, Armenia, comprometiendo el tratamiento médico que precisa por razón de su enfermedad; realizó entregas de importantes sumas de dinero y joyas […]; intentó concertar préstamos […], para lo que estaba dispuesta a entregar en garantía bienes de su patrimonio, incluidos los que tiene en casa […]. Le pagó el alquiler de un piso en Madrid, quería ponerle un negocio, firmó a su favor cheques, le regaló

[26] *Vid*. Fundamento de derecho segundo, apartado 5. ii), párrafos 4º y 8º.
[27] Fundamento de derecho tercero, apartado 2.2., párrafo 1º.

un vehículo de alta gama, traspasó dinero a través de locutorio a favor de diversas personas de su entorno, etc.".

El hecho de que dicha circunstancia parezca superada "no hace desaparecer la necesidad de que Dña. […] cuente con el apoyo necesario para evitar su exposición a un abuso semejante […].

Las circunstancias de Dña. […] que permiten dimensionar los riesgos de abuso están relacionadas tanto con la importancia de su patrimonio como con su carácter y la falta de conciencia de sus déficits y del riesgo de abusos, que la exponen a la explotación económica por personas malintencionadas y la llevan a idear planes de futuro que pueden comprometer su salud y su vida.

La importancia de su patrimonio no es un dato que pueda ser utilizado para minimizar los riesgos con el argumento de que, en atención a la cuantía de su patrimonio será difícil que […] se arruine en el tiempo que le pudiera quedar de vida, dadas sus enfermedades o su edad […] con independencia de que el peligro de abuso puede concretarse en inversiones ruinosas que comprometan los más cuantiosos patrimonios, lo relevante cuando se trata de prestar apoyos a Dña. […] es impedir que sea objeto de una explotación que la lleve a tomar decisiones sin contar con la debida información y comprensión para formar su verdadera voluntad, pues en caso contrario es su propia dignidad la que se ve comprometida"[28].

Partiendo de su elevado nivel económico y de su vida familiar ("vive sola, pero con servicio doméstico, que se encarga de hacer las compras diarias, incluso utilizando las tarjetas bancarias, y organiza comidas para su entorno familiar"), "no procede que sea la curadora quien fije la cantidad que puede manejar […] mensualmente. En buena medida, la situación de tristeza y malestar que Dña. […] ha expresado está relacionada con un sentimiento de ser tratada como una menor o una *loca* y no poder decidir sus gastos personales. Puesto que su patrimonio lo permite y está habituada a un nivel de vida elevado tiene derecho a poder seguir decidiendo en qué quiere gastar su dinero, aun cuando para otras personas pueda considerarse que son gastos superfluos o innecesarios.

[28] *Vid*. Fundamento de derecho tercero, apartado 2.2, párrafos 3º a 6º.

Ha quedado constancia de […] su carácter espléndido y su extrema generosidad con todos, y por supuesto con su familia (hijas y nietos). Pero también ha quedado constancia que es este un rasgo de su personalidad que, unido a otros que aparecen recogidos en el informe psiquiátrico (trastorno de personalidad histriónico, con carácter hipertímico y generoso, su vulnerabilidad emocional y la falta de conciencia de las influencias indebidas y las consecuencias de sus conductas y sus déficits) son los que la exponen a explotación económica de terceros.

Por esta razón, esta sala considera necesario fijar una suma en las cantidades que Dña. […] puede manejar para mantener su estatus de vida y en atención a lo expuesto, partiendo de que los gastos fijos están domiciliados y se vienen satisfaciendo con cargo a su patrimonio, va a establecer que Dña. […] necesitará la asistencia de su curadora para la disposición de efectivo en cuentas y/o entidades financieras en las que mantenga abiertas cuentas, así como para la utilización de tarjetas de débito o crédito por importe superior a 6 000 € mensuales. Además, Dña. […] conserva la posibilidad de gestionar y administrar para sus gastos personales y en metálico la suma de 6 000 € al mes"[29].

Sin haber pretendido una exposición exhaustiva del contenido esencial de las sentencias del Tribunal Supremo dedicadas a la modificación de la capacidad de personas discapacitadas a partir del momento en que la propia Sala, enfrentada con la incorporación del Convenio de Nueva York a nuestro ordenamiento, asumió proceder a la misma a través de una interpretación conforme de nuestra ley (fundamentalmente el Código Civil), por entender que la misma lo permitía, creemos que ese propósito se ha plasmado satisfactoriamente, en efecto, en una jurisprudencia plenamente respetuosa con los principios del Convenio, preocupada por una protección real de las personas discapacitadas, respetuosa con la idea de limitar su capacidad de obrar lo menos posible y de atender lo más posible a sus preferencias y necesidades concretas, tal y como se explica en la última sentencia en la que se sigue aplicando el Código Civil en su versión anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, la mencionada al principio, la STS 269/2021, de 6 de mayo [RJ 2021, 2381].

[29] *Vid*. Fundamento de derecho tercero, apartado 2.2, párrafos 11º a 14º.

Jurisprudencia a la que ciertamente ha contribuido el Ministerio Fiscal en la medida que se corresponde con su función. En la mayoría de los casos la demanda de modificación de la capacidad es interpuesta por él, sin perjuicio de que contribuya también frecuentemente, con su intervención en la segunda instancia y/o en la casación, a modular el grado de incapacitación acordado, instando la sustitución de las incapacitaciones plenas, complementadas con tutela, por incapacitaciones parciales, complementadas con curatela.

No solo es la curatela la medida que adquiere protagonismo en esa jurisprudencia, por estar configurada como asistencia a la persona discapacitada y no como sustitución de la misma, por poder comprender cualesquiera de los ámbitos personales o patrimoniales (arts. 287 a 290 anteriores CC), sino que también se asume la terminología de la Convención, refiriéndose las sentencias a la curatela y a la tutela como medidas de apoyo.

Ese predominio de la curatela frente a la tutela en la mencionada jurisprudencia no debe inducir a pensar que la tutela deja de ser una medida de apoyo operativa para las personas discapacitadas. Lo que ocurre es que en la mayoría de los casos en los que la misma procede la conflictividad judicial termina en la primera instancia, habida cuenta que la voluntad de aquellas es manifiestamente inexistente, incoherente o inatendible. Lo que obviamente dará lugar a que para un sector significativo de personas discapacitadas lo que la Ley 8/2021 presenta como una medida excepcional, la curatela representativa, es decir la tutela anterior, seguirá siendo la medida necesaria.

Dos observaciones más.

Aunque la jurisprudencia expuesta opta en general por la curatela como fórmula adecuada de protección para incapacitaciones parciales, con la que se pretende asistir y no sustituir la voluntad de la persona discapacitada, resulta que en muchas de ellas se deja abierta la puerta a dicha sustitución, en la medida en que se faculta al curador para prescindir de la voluntad de aquella o incluso contrariarla expresamente. Lo que afecta en general a aspectos personales relacionados con la enfermedad de la persona discapacitada y el tratamiento de la misma, incluido en su caso el internamiento. Y es que frecuentemente las personas discapacitadas se niegan a reconocer su

enfermedad y, consecuentemente, descuidan su tratamiento, o directamente lo rechazan o ignoran. Se trata de una intromisión especialmente intensa en derechos fundamentales de la persona discapacitada (libertad, intimidad) en aras de la salud de la misma.

No hay que olvidar que en muchas ocasiones las personas discapacitadas necesitan estar internadas, sin que sea necesario contar con su voluntad. Lo que tiene su máxima expresión en los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, regulados en el art. 763 LEC. Aunque el control judicial previsto en el mismo es compatible con la Convención, se echa en falta que los redactores de la Ley 8/2021 no hayan introducido alguna modificación en su redacción, una vez que los mismos decidieron prescindir con carácter general del sistema de protección de los discapacitados vigente hasta ahora[30].

III. UNA PRUEBA ESPECIAL DE LA JURISPRUDENCIA CONFORME CON LA CONVENCIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 145/2018

D. […], casado y con tres hijas de su matrimonio mayores de edad, comenzó una relación sentimental con Dña. […][31] hacia los años 1999/2000. En el año 2006 se le diagnosticó la enfermedad de Alzheimer, que paulatinamente fue afectando a su conducta. En noviembre de 2008 el Departamento de Neurología del Hospital en el que le trataban informó que presentaba alteraciones de conducta, como son la falta de reconocimiento de su enfermedad y cuadros delirantes secundarios, lo que dificultaba progresivamente la convivencia familiar. En noviembre de 2009, según el informe de la médico-forense que le examinó con ocasión del procedimiento para la modificación de su capacidad, la enfermedad se había agravado tras un infarto cerebral, y ello le ocasionó un deterioro cognitivo importante de carácter permanente, creciente e irreversible: presentaba alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con co-

[30] Aborda este tema Sánchez Gómez, A., *Derecho a la libertad personal e ingresos involuntarios civiles: en busca del equilibrio ante el nuevo paradigma de los derechos humanos en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2022.

[31] De origen y (probablemente) nacionalidad china.

nocimiento y juicio suficiente, lo que le impedía hacer frente a sus obligaciones familiares y patrimoniales; tenía serias dificultades para expresarse, no podía responder a preguntas sencillas, como su edad, fecha de nacimiento, profesión, no recordaba el nombre de las hijas, no sabía coger el bolígrafo para escribir una frase y al final ponía su nombre de forma ilegible; en ocasiones se perdía en la calle, no era capaz de copiar un dibujo sencillo, no superaba el test del reloj. En definitiva, no podía vivir solo y necesitaba de ayuda.

A partir de ese deterioro progresivo, la convivencia familiar con él resultaba problemática; obviamente por su enfermedad, pero probablemente también por su relación con Dña. […].

A partir de 2006 D. […] viajó en diversas ocasiones a la República Popular China con Dña. […] para visitar a la familia de esta.

La familia de D. […] decidió tomar las medidas oportunas para controlar la situación creada por él. En diciembre de 2008 una de sus hijas interpuso demanda de modificación de la capacidad contra él. Poco después, en febrero de 2009, su esposa, en su propio nombre y utilizando un poder de D. […], otorgó escritura pública de constitución de sociedad patrimonial junto con sus tres hijas, aportando a dicha sociedad todos los bienes gananciales.

En el año 2009, D. […] y Dña. […] comenzaron a convivir *more uxorio*, y en mayo de 2009 D. […] interpuso demanda de divorcio contra su esposa. Consigue el divorcio que pretendía por sentencia de 5 de octubre de 2009, y se traslada a la República Popular China una vez más con Dña. […] para contraer matrimonio, en compañía de la familia de esta, el 15 de enero de 2010, otorgando posteriormente testamento el 3 de junio de 2010 a favor de su nueva esposa, Dña. […], a quien nombra heredera, y en el que deja a sus hijas la legítima.

Pocos días después, el 14 de junio, se dictó la sentencia de incapacitación de D. Álvaro, cuya capacidad de obrar queda restringida "en el sentido de quedar privado de toda facultad para realizar cualquier acto de gobierno de su persona y de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses que tenga relevancia jurídica y sea socialmente trascendente,

y específicamente para el ejercicio del derecho de sufragio y para otorgar testamento, y con sometimiento del mismo a tutela", para la que se nombra a una de sus hijas, y no a su nueva esposa, Dña. […], como pretendían tanto esta como él.

A partir de ese momento D. […] y Dña. […] siguieron conviviendo matrimonialmente y siguieron realizando viajes a la República Popular China hasta el año 2012 (un total de 14 viajes entre los años 2006 y 2012). Cabe suponer que se trataba de visitas a la familia de Dña. […]. Situación de convivencia y viajes consentidos tanto por la Fiscalía como por la autoridad judicial, y consecuentemente asumidos por la tutora, su hija.

Una vez fallecido D. […], que convivió sus últimos cinco años con Dña. […] —lo que quiere decir que fue esta última quien le cuidó en la enfermedad durante los últimos años de su vida—, sus hijas interpusieron una demanda para que se declarase la nulidad de su segundo matrimonio, basada en la falta de capacidad de D. […] para prestar su consentimiento matrimonial.

Las dos instancias resuelven a favor de las demandantes, declarando la nulidad del matrimonio. Además, consideran que la conducta de Dña. […] al contraer matrimonio fue de mala fe. Lo que tiene consecuencias especialmente graves, puesto que ello implica privarla de los efectos ya producidos del matrimonio, desechando la presunción de buena fe que el propio artículo 79 CC establece para tales casos.

Ese mismo criterio sobre la nulidad del matrimonio y, muy especialmente, sobre la mala fe de Dña. […] es el que asume la sentencia de incapacitación de D. […], aunque la misma no pueda pronunciarse, como resulta obvio, sobre la nulidad del matrimonio, ya celebrado en ese momento (la sentencia era de 14 de junio de 2010 y el matrimonio se había celebrado el 15 de enero de ese mismo año): "Sin entrar aquí lógicamente, a prejuzgar la validez formal del matrimonio contraído en China por el demandado, es lo cierto, sin embargo, que en cualquier caso el mismo, además de adolecer de un evidente defecto esencial, al carecer el demandado de la suficiente capacidad para otorgar un consentimiento de esta clase, presenta también un claro carácter fraudulento, tanto por su celebración en China, para eludir así cualquier posibilidad de trabas a su realización, como por el hecho de

haberse contraído existiendo pendiente un proceso de incapacitación para conseguir así la delación del cargo de tutor en favor de una persona que de otro modo no habría podido ser designada para ello".

Se añade en dicha sentencia que el demandado D. […] había garantizado en diversas actuaciones operaciones mercantiles de Dña. […], lo que —se argumenta— supone un aprovechamiento desleal por parte de esta del deterioro cognitivo de D. […].

Esta interpretación de la conducta de Dña. […], como persona que se aprovecha de la enfermedad de D. […] para captar su voluntad, y contraer matrimonio con él, beneficiándose económicamente de ello, es la que se recoge también en las sentencias de instancia que se pronuncian a favor de la nulidad del matrimonio. Versión que la sentencia de la Audiencia Provincial confirma, a pesar del recurso interpuesto sobre este punto concreto por el Ministerio Fiscal, el cual entiende que no procede declarar la mala fe de la demandada, aunque posteriormente, en casación, abandona esa defensa de Dña. […].

Los hechos sobre los que las sentencias de instancia fundamentaban esa declaración de mala fe de Dña. […] eran los siguientes: no se informó de la enfermedad de D. […] ni al funcionario chino que ofició el matrimonio ni al Cónsul General de España que procedió a su inscripción; Dña. […] era conocedora de la falta de capacidad de D. […] para manifestar su consentimiento matrimonial; el matrimonio se había celebrado en la República Popular China para eludir así cualquier posibilidad de trabas a su realización; el matrimonio se contrajo estando pendiente un proceso de modificación de la capacidad de D. […], del que además tampoco se informó ni al funcionario chino encargado de oficiar el matrimonio ni al Cónsul General de España a la hora de su inscripción; Dña. […] se habría aprovechado de la discapacidad de D. […] para conseguir su garantía en diversas operaciones mercantiles propias.

Entender que una persona incapacitada en los términos en que lo fue D. […] por la sentencia de primera instancia el 14 de junio de 2010 no estaba en condiciones de prestar su consentimiento matrimonial el 15 de enero de ese mismo año constituye lo que se vería en principio como una consecuencia lógica de dicha incapacitación. Se trata de un criterio aceptable en

ese momento el defendido por el magistrado firmante de un voto particular favorable a mantener la nulidad del matrimonio declarada por la instancia. Recuérdese que el nivel de incapacitación era prácticamente absoluto: "Para realizar cualquier acto de gobierno de su persona y de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses que tenga relevancia jurídica y sea socialmente trascendente". Ni siquiera se permitía a D. […] otorgar testamento excepcionalmente, al amparo de lo previsto entonces por el artículo 665 CC, puesto que el mismo solo lo autorizaba cuando la sentencia de incapacitación no contuviese pronunciamiento acerca de la capacidad para testar, y resulta que esa capacidad estaba expresamente denegada en la sentencia que declaró la incapacitación de D. […] ¿Cómo va a poder prestar una declaración de voluntad matrimonial válida alguien que ni siquiera puede otorgar testamento, previo reconocimiento de dos facultativos que respondan expresamente de su capacidad?

Los argumentos utilizados por esta STS 145/2018 [RJ 2018, 1478] para aceptar la validez del matrimonio cuestionada se corresponden con una decidida interpretación conforme de la ley vigente con la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Dichos argumentos toman como punto de partida la consideración del derecho a contraer matrimonio como un derecho derivado de la dignidad del ser humano, y la Convención compromete a los Estados parte a tomar las medidas necesarias para poner fin a cualquier discriminación contra dichas personas discapacitadas en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio. Ello obliga a una interpretación de nuestro ordenamiento decididamente favorable a preservar la capacidad de las personas para contraer matrimonio, incluso cuando se trate de personas incapacitadas. Lo que es obvio que encuentra acomodo en el art. 56 y en el art. 171.4º anterior de nuestro Código Civil. En efecto, el artículo 171.4º contemplaba expresamente la posibilidad de que el incapacitado hubiese contraído matrimonio; y el artículo 56 dejaba y sigue dejando también abierta la posibilidad de que las personas con discapacidad contraigan matrimonio, extremando las posibilidades para que incluso el contrayente que, de modo evidente, categórico y sustancial, pudiera estar impedido para prestar consentimiento matrimonial, pueda hacerlo en su caso, previo dictamen médico sobre su aptitud al respecto.

Cierto que la incapacitación de D. […] podía ser calificada de máxima, como ya lo he apuntado, pero resulta que su voluntad de contraer matrimonio y su capacidad para hacerlo con suficiente conciencia de lo que ello significa no había suscitado duda alguna al encargado de proceder a la inscripción del mismo en el Registro Civil —argumenta la sentencia—. Ni las autoridades de la República Popular China competentes para la celebración del matrimonio, ni el Consulado General de España detectaron ninguna anomalía —prosigue la sentencia— que permitiera cuestionar la legalidad del matrimonio de acuerdo con lo previsto al respecto en el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

Existen además dos argumentos concretos que contribuyen a aceptar la capacidad de D. […] para contraer matrimonio.

Si en el procedimiento de divorcio iniciado por D. […] contra su primera esposa el Juez consideró que tenía capacidad suficiente para ser parte en el mismo, si tenía capacidad suficiente para divorciarse, es decir, para decidir con eficacia que no quería seguir viviendo maritalmente con una persona, ¿cómo negarle capacidad para decidir que, en cambio, quería vivir maritalmente con otra persona, con la que llevaba conviviendo más de un año, con la que mantenía una relación sentimental desde hacía diez años y con la que quiso seguir viviendo maritalmente hasta el momento de su fallecimiento?

Parece convincente la doctrina que se establece expresamente, según la cual, quien tiene capacidad para divorciarse, tiene capacidad para casarse.

En cuanto al segundo argumento, se relaciona con la capacidad para saber lo que quiere decir convivir maritalmente. Pues bien, resulta que, como ha quedado indicado, D. […] y Dña. […] "convivían cuando se casaron y continuaron conviviendo hasta el fallecimiento de él a pesar del nombramiento como tutora de la hija" y "el 24 de mayo de 2011 después del matrimonio D. […] manifestó ante la Fiscal coordinadora de la sección civil y de las personas con discapacidad que quería «vivir en su casa y con su mujer»". Resulta también que después de su incapacitación siguió viajando a la República Popular China con su esposa, previa autorización judicial.

Lo que esta sentencia viene a reconocer y a respaldar jurídicamente es que una persona, a pesar de su incapacitación, a pesar de su grave deterioro en su percepción de la realidad, puede sin embargo en su caso tener conciencia suficiente para saber con quién quiere convivir maritalmente y con quién no quiere hacerlo. Lo que se corresponde con una fiel observancia de los principios propugnados por la Convención en defensa de las personas discapacitadas. De ahí que se haga referencia, en concordancia con el motivo del recurso de casación en el que se denuncia la infracción de los artículos 45, 56 y 73 de nuestro Código Civil, a la jurisprudencia que he expuesto en el epígrafe anterior, y, dentro de ella, a la STS 235/2015, de 29 de abril [RJ 2015, 2208], como antecedente con respecto a la validez del matrimonio celebrado por personas discapacitadas.

Sin embargo, el caso contemplado en dicha STS 235/2015 poco tiene que ver con el de esta STS 145/2018. Se trata también de una hipotética nulidad matrimonial, pretendida por los hermanos del marido fallecido frente a su viuda, que se desestima tanto en ambas instancias como en casación. Pero el supuesto es muy distinto al que ahora nos ocupa y su alcance es mucho menor. Porque el marido fallecido no había sido incapacitado y porque, aun admitiendo un informe pericial realizado *ex post mortem* del marido, lo máximo que podría admitirse —según concreta la propia sentencia— es que el mismo padeciera "un leve retraso mental y presentara cierto grado de inmadurez y dependencia"; déficit que en ningún caso podía apreciarse que "revistiera entidad suficiente para invalidar la emisión de un consentimiento matrimonial"[32].

Esta STS 145/2018, en cambio, sí que refleja hasta qué punto puede reconocerse la capacidad matrimonial de un incapacitado como consecuencia de la incorporación a nuestro Ordenamiento de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, así como del firme y decidido compromiso de nuestro Tribunal Supremo con dicha incorporación. Se trata de un cambio radical que pone de relieve en un supuesto límite como el respeto de los derechos de las personas incapacitadas, especialmente sus derechos fundamentales, puede cambiar sustancialmente

[32] *Vid.* Fundamento de derecho primero. 7 (v).

los planteamientos tradicionales en cualquier materia que las afecte; en este caso en materia matrimonial.

Cambio que nuestro Tribunal Supremo asume sin necesidad de modificación alguna de nuestro Código Civil. Dándose la coincidencia que el mismo se produce precisamente en base a la interpretación conforme de un artículo del mismo, el art. 56, no modificado por la Ley8/2021.

Constituye esta sentencia de la Sala un ejemplo modélico de cómo debe ser interpretado y aplicado nuestro Ordenamiento en materia de incapacitación o modificación de la capacidad para conseguir que la misma sea un cauce de protección única y exclusivamente de la persona en cuestión, y no de las personas de su entorno, ni en especial de sus familiares. Lo que implica ponderar cuidadosamente la importancia que tiene determinar las esferas de limitación de la capacidad, procurando que estas no invadan innecesariamente actividades para las que, por sorprenderte que parezca, el incapacitado puede seguir conservando capacidad. Incluso una persona declarada incapaz, como es el caso, para cualquier acto "que tenga relevancia jurídica y sea socialmente trascendente", puede conservar capacidad para algún acto concreto que en principio quedaría incluido en ese ámbito tan amplio como el transcrito. Para lo que —reitero— no era necesario proceder a una modificación legislativa como la llevada a cabo por la Ley 8/2021.

IV. LA PRUEBA DEL NUEVE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 589/2021

La STS 589/2021, de 8 de septiembre [RJ 2021, 4002], es la primera sentencia que la Sala dicta aplicando el nuevo régimen de protección a los discapacitados introducido por la Ley 8/2021, entrada en vigor pocos días antes, el 3 de septiembre.

El caso del que se ocupa es el siguiente.

Se pronuncia sobre la protección de una persona de 66 años, que vive sola, sin que se la conozcan parientes cercanos, y que sufre el síndrome de Diógenes. Se trata de un trastorno del comportamiento que se caracteriza por el total abandono personal y social, así como por el aislamiento volunta-

rio y la acumulación en la vivienda propia de grandes cantidades de basura y desperdicios.

El procedimiento de modificación de la capacidad y constitución de apoyos a dicha persona se inicia por el Ministerio Fiscal —ya hemos visto en las sentencias anteriores que es lo más frecuente—, a instancia de los vecinos, preocupados por la acumulación de trastos y basura en su vivienda, que afecta a la salubridad del edificio. La oposición de esta persona a la provisión de apoyo alguno da lugar a que el mismo se tramite mediante el correspondiente procedimiento ordinario.

De la primera instancia resulta que:

– "según el forense, la situación debería ser abordada mediante el tratamiento médico correspondiente, que detecte otras posibles patologías o trastornos";

– "en la exploración judicial el demandado se ha mostrado preciso, y coherente en su razonamiento, respondiendo a todas las preguntas planteadas, tanto edad, nacimiento, estado familiar, recursos económicos, aspectos de su vida diaria [...] y argumentando que aunque es cierto que rebusca en la basura, solo recoge cosas en buen estado, incluyendo comida, y que si sale algún olor de su casa es porque recientemente había cogido comida de la basura y la había dejado fuera y podía oler algo; también ha explicado que tiene dinero ahorrado y que, precisamente, no gastando, consigue ahorrar ese dinero, llegando a hablar de un depósito de 150 000 euros y de varias propiedades";

– "el síndrome de Diógenes que padece el demandado no ha generado situaciones de urgencia que hayan supuesto riesgos efectivos e inmediatos para el propio demandado y/o para terceros".

La sentencia del Juzgado estimó en parte la demanda, modificando la capacidad del demandado, y acordó la asistencia al mismo en el orden y limpieza de su domicilio, autorizando a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, como tutora suya, únicamente la entrada en el domicilio, con la periodicidad que estimase conveniente, para limpiarlo y ordenarlo.

La sentencia fue confirmada por la Audiencia, concluyendo la misma, para motivar la desestimación del recurso, que el apelante padecía "una incapacidad relevante e importante para cuidar su salud e higiene, con riesgo para la salubridad de sus vecinos en el inmueble, haciendo realmente insoportable la situación que desde tiempo atrás vienen padeciendo, no pudiendo olvidarse su negativa a permitir la entrada en su domicilio y a aceptar cualquier ayuda de los Servicios Sociales, básicamente por no ser consciente de su anomalía […] Dicho trastorno grave de la personalidad, en suma, le incapacita para gobernarse por sí mismo en el aspecto personal y doméstico, alimentación, vestido, cuidado de la casa y bienestar personal dentro de su lugar de residencia, y ello con relevante y grave repercusión y perjuicio para terceros, agravado por su no reconocimiento de tal patología".

En las dos instancias se aplicó, lógicamente, la regulación del Código Civil anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, puesto que era la vigente entonces. De ahí que el único motivo se basase, como en los otros casos que hemos visto, en la infracción del anterior art. 199 CC en relación con los anteriores artículos 200 y 322 CC.

Sin embargo, la sentencia de la Sala se basa en la nueva regulación, es decir, en los nuevos arts. 249, 250.V y 269 CC; y estima parcialmente el recurso de casación, acordando unas medidas de apoyo asistencial, para cuyo ejercicio se designa curador a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, consistentes, por una parte, en que se realicen los servicios de limpieza y orden en la vivienda del demandado y recurrente, estando a tal efecto autorizada la Comunidad Autónoma para entrar en la misma con la periodicidad necesaria, y, por otra parte, en que se asegure la efectiva atención médico-asistencial de aquel en lo que respecta al trastorno que padece; previendo una revisión de tales medidas cada seis meses, atendiendo así a una petición del Ministerio Fiscal en sus consideraciones alegadas en la audiencia concedida por la Sala a las partes para que pudieran pronunciarse sobre la incidencia de la reforma legislativa introducida por la Ley 8/2021 en la resolución del caso.

Ya no se habla de tutela, sino de curatela. Tampoco se habla de modificación de la capacidad, sino directamente de apoyo a la persona discapacitada. Pero el resultado es exactamente el mismo que el acordado en la instancia

en base a la regulación anterior. En efecto, la Sala concede también a una persona jurídica la potestad de entrar periódicamente en la vivienda de la persona discapacitada, en contra de su voluntad (consciente y claramente manifestada), para limpiarla y ordenarla.

Aún es más, ahora se añade que la potestad que se concede a esa persona jurídica, a la que se nombra curadora de la persona discapacitada, se extienda a asegurar la atención médico-asistencial que necesite la misma en relación con el tratamiento del síndrome de Diógenes que padece.

Es obvio que esta ampliación de las facultades atribuidas a la persona jurídica curadora de la persona discapacitada podría haberse concedido en la instancia, sin problema alguno, a esa misma persona nombrada tutora de la persona discapacitada, al amparo de la regulación anterior. Lo que cabe decir también por lo que se refiere a la revisión semestral de tales medidas de apoyo, como resulta de la redacción anterior, tanto de los arts. 232 y 233 CC, como del art. 45.4.II LJV.

La sentencia de la Sala pone pues punto final a un procedimiento de modificación de la capacidad de una persona discapacitada, sometido a la regulación anterior de la materia en el Código Civil, transformándolo en un procedimiento de provisión de apoyo a la persona discapacitada, sometido a la nueva regulación sobre protección de los discapacitados, introducida en el Código Civil por la Ley 8/2021. Cabe poner de relieve que el resultado alcanzado supone una intromisión en la vida de la persona discapacitada incluso mayor que el acordado en la instancia; y, además, adoptada en contra de la voluntad de la persona discapacitada.

Procede detenerse en este *modus operandi* de la Sala para resolver el recurso de casación interpuesto por infracción de unos artículos ya derogados del Código con una sentencia en la que, prescindiendo de dichos artículos, se dicta un fallo basado y motivado en los nuevos artículos del Código que se ocupan de la protección de la persona discapacitada.

Hay que tener en cuenta que la Sala podría haber dictado la sentencia antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, puesto que estaba señalada la votación y fallo correspondientes a la misma para el 27 de mayo. Pero, conocedora de la inminente aprobación de la mencionada ley y de

sus disposiciones transitorias 5ª[33] y 6ª[34] sobre los procesos en tramitación y sobre la revisión de las medidas de protección de personas discapacitadas ya existentes, la Sala decidió posponer la sentencia para poder dictarla en aplicación de la nueva legalidad, concediendo a tal efecto audiencia a las partes para que alegasen lo que estimasen oportuno a la vista de la nueva regulación introducida por la modificación legislativa. Así se explica en el fundamento de derecho segundo, apartado 2, y en el fundamento de derecho tercero, apartado 2, en el que se añade lo siguiente:

"Conviene no perder de vista que en el enjuiciamiento de esta materia (antes la incapacitación y tutela, ahora la provisión judicial de apoyos) no rigen los principios dispositivo y de aportación de parte. Son procedimientos flexibles, en los que prima que pueda adoptarse la resolución más acorde con las necesidades de la persona con discapacidad y conforme a los principios de la Convención. En este contexto, la disposición transitoria sexta es coherente con la finalidad de la ley y no contraría la seguridad jurídica. Máxime si tenemos en cuenta que la reforma legal, para asegurar la implantación de este nuevo régimen, exige revisar todas las tutelas y curatelas vigentes al tiempo de la entrada en vigor de la ley, para adaptarlas al nuevo régimen de provisión de apoyos (DT 5ª Ley 8/2021, de 2 de junio).

De tal forma que, en nuestro caso, aunque hubiéramos podido dictar sentencia justo antes de la entrada en vigor de la nueva ley, carecía de sentido resolver de acuerdo con la normativa anterior a la reforma, sabiendo que necesariamente lo resuelto, en breve tiempo, iba a ser revisado y adaptado al nuevo régimen de provisión de apoyos.

[33] "Revisión de las medidas ya acordadas. Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años".

[34] "Procesos en tramitación. Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento".

Lo argumentado hasta ahora sirva para justificar que vamos a resolver el recurso de casación con arreglo al nuevo régimen de provisión judicial de apoyos".

No cabe sino ponderar positivamente el acierto de la Sala, no solo por su incidencia directa en el caso de la persona con síndrome de Diógenes en cuestión, es decir, por la resolución del caso, sino también porque aprovecha la oportunidad única de contrastar el resultado de la nueva regulación con el de la anterior sobre un mismo supuesto, al tiempo que ofrece una primera lectura jurisprudencial del nuevo sistema de provisión de apoyos previsto para garantizar la igualdad de las personas discapacitadas en el ejercicio de sus derechos con respecto a las personas no discapacitadas.

Esa primera lectura se centra en la de los artículos 249, 250, 268 y 269 CC, así como en el artículo 12 de la Convención. En ella se destaca que la finalidad de las medidas de apoyo es permitir el pleno desarrollo de la personalidad, y la actuación jurídica de la persona discapacitada en condiciones de igualdad con los demás, que deben estar inspiradas en el respeto de la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales, que las medidas de apoyo voluntarias deben tener preferencia sobre las judiciales, de manera que estas últimas solo proceden en defecto o insuficiencia de aquellas, que se prescinde de cualquier pronunciamiento sobre la capacidad de obrar de las personas, y que las medidas de apoyo deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Se destaca muy especialmente el último párrafo del artículo 269 CC, según el cual, "En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos".

Sin embargo, en esta Sentencia se establecen dos medidas de apoyo extraordinariamente invasivas de derecho fundamentales de la persona y, además, en contra de la voluntad expresa, consciente y razonada de la persona a la que se aplican. Están en juego la inviolabilidad del domicilio y la intimidad cuando se permite que el curador pueda proceder en la forma necesaria para entrar en la vivienda de la persona discapacitada sin contar con su consentimiento con el fin de limpiarla y ordenarla. Está en juego la libertad y la intimidad de la persona cuando se permite que el curador pueda

proceder en la forma necesaria para asegurar la atención médico-asistencial de la persona discapacitada sin contar con su consentimiento.

La oposición de la persona discapacitada es clara, consciente y razonada en este caso. Cierto que la Sentencia trata de respetar su voluntad, pero no puede sino prescindir de la misma en aras de su protección, admitiendo que, si es necesario, la curatela, que se establece como medida de apoyo, tenga carácter representativo en relación con las funciones que se le encomiendan: cuidado de la vivienda y cuidado de la salud de la persona discapacitada.

Para llegar a semejante fallo no se puede decir que la sentencia no afronte plenamente la contradicción que existe entre la voluntad de la persona aquejada de síndrome de Diógenes y su protección:

"En un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado"[35].

La Sala no alberga al respecto la menor duda, como resulta del fallo de la sentencia. ¡Claro que es posible si la protección de la persona discapacitada lo requiere! Sin que ello suponga infringir el deber de atender "en todo caso" a la "voluntad, deseos y preferencias" de la persona discapacitada, que establece al artículo 268.I, *in fine* CC. Como bien se explica, *tener en cuenta* la voluntad o el deseo de alguien no solo significa *satisfacer* esa voluntad, sino también *tener en cuenta o en consideración* esa voluntad (fundamento de derecho cuarto.5, párrafo 4º). Y este segundo sentido es el que debe tenerse en cuenta para interpretar ese mandato del art. 268 CC.

Baste con mencionar, como argumento irrebatible para semejante interpretación, que nuestro ordenamiento prevé expresamente que la oposición a la medida de apoyo dé lugar al fin de la tramitación de la misma mediante un expediente de jurisdicción voluntaria para pasar a decidir sobre ella a través de un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial[36].

[35] Fundamento de derecho cuarto.5, párrafo 2º.
[36] Fundamento de derecho cuarto.5, párrafo 3º.

Es muy de agradecer que la Sala afronte la contradicción y sea clara en su respuesta a la misma, dada la confusión creada por quienes pretenden desconocer que en muchas ocasiones la medida de protección tendrá que adoptarse contra la voluntad de la persona discapacitada a la que se quiera proteger, o incluso prescindiendo totalmente de ella por no ser posible conocerla o conocerla con certeza, anteponiendo siempre a todo lo demás el propósito de protección que se pretende.

Y es el momento de puntualizar que, aunque nuestros legisladores hayan decidido en este caso prescindir del concepto de capacidad de obrar, resulta que la otra cara de la medalla de cada medida de apoyo es una limitación equivalente de la capacidad de obrar de la persona discapacitada a la que dicha medida se aplica.

Esta sentencia es prueba concluyente de que con la regulación de la tutela y de la curatela introducida en el Código por la Ley 13/1983, vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se podía alcanzar la misma protección de dichas personas. La persona afectada del síndrome de Diógenes de cuya protección se trata recibió en la instancia, aplicando dicha regulación anterior el mismo tratamiento que vino a confirmar en lo esencial la sentencia del Tribunal Supremo aplicando la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021, aunque la terminología haya cambiado. Ya no se habla de tutela sino de curatela, tampoco de modificación de la capacidad de obrar sino de medida de apoyo, pero la persona jurídica encargada de prestarle apoyo podrá (y deberá) entrar en su vivienda y proceder a limpiarla y ordenarla en contra de su voluntad.

V. MODIFICACIONES EN MATERIA DE NACIONALIDAD Y VECINDAD CIVIL

La Ley 8/2021 introduce algunas modificaciones en la regulación de la vecindad civil y de la nacionalidad, concretamente en los artículos 15.1, 20.2 y 21.3 CC.

Es necesario ahora contemplar el régimen de adquisición derivativa de la nacionalidad española, acompañada necesariamente de una vecindad civil,

separando los supuestos en los que actúa el representante legal de un menor de catorce años de los supuestos en los que, siendo el interesado una persona discapacitada, habrá que estar al régimen propio de la medida de apoyo que le corresponda.

La redacción anterior del art. 15.1.II establecía lo siguiente con respecto al ejercicio del derecho de opción a favor de determinadas vecindades civiles que se concede a quien adquiere la nacionalidad española:

"Esta declaración de opción se formulará atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nacionalidad, por el propio optante, *por sí o asistido de su representante legal o por este último*. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria deberá determinar la vecindad civil por la que se ha de optar". Ahora el inciso en cursiva pasa a ser "*por el propio optante, solo o con los apoyos que la persona con discapacidad, en su caso, precise, o por su representante legal"*.

Semejante modificación no debería plantear por sí misma problema alguno, pero sí que lo plantea cuando atendemos a sus concordancias con el artículo 20.2.a) y d), y con el artículo 21.3.c) y d), habida cuenta que en ellos se ha suprimido toda referencia a la autorización, concedida (o no) en interés del menor o incapaz[37] con la que debía contar el representante legal para el ejercicio de la opción y para formular la solicitud, por carta de naturaleza o por residencia[38].

No se llega a saber la razón de semejante modificación. Y lo cierto es que cabe dudar de su acierto, en la medida en que supone prescindir de un control de la actuación del representante legal que parece conveniente para una mejor protección del menor de catorce años o del discapacitado sometido a curatela representativa como medida de apoyo en materia tan importante como es la adquisición de la nacionalidad española.

[37] "En este caso la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz". Tal era el texto de la segunda frase del art. 20.2.a).

[38] "En este caso y en el anterior el representante legal sólo podrá formular la solicitud si previamente ha obtenido autorización conforme a lo previsto en la letra a) del apartado 2 del artículo anterior". Tal era el texto de la última frase del art. 21.3.

Ahora ese control ha sido sustituido por otro que poco tiene que ver con el suprimido, puesto que solo se aplica en algunos casos, cuando existe discrepancia entre los representantes legales del interesado:

"En caso de discrepancia entre los representantes legales del menor de catorce años sobre la tramitación de la declaración de opción, se tramitará el expediente de jurisdicción voluntaria prevista al efecto"[39].

Por otra parte, la referencia al expediente de jurisdicción voluntaria se concreta en el art. 86 LJV. Normalmente, esa discrepancia será la de los progenitores titulares de la patria potestad, a la que se refiere el art. 156 CC.

Parece que nos encontramos ante una modificación improvisada poco meditada. Lo que viene a confirmar la concordancia con el art. 15.1, a la que nos hemos referido antes, que pone de relieve una manifiesta incoherencia legislativa. En efecto, suprimida la autorización a la que se referían antes los arts. 20.2.a) y 20.3, la determinación de la vecindad civil por la que se ha de optar, que debe constar en la autorización necesaria, constituye un mandato ahora sin contenido. Desaparecida la autorización esa determinación resulta imposible. De nuevo nos encontramos con otro control —esta vez con respecto a la vecindad que el nacionalizado español puede adquirir— del que se prescinde.

Es obvio, por la incoherencia apuntada, que nuestro legislador no ha sido consciente de ello, pero no parece posible acudir a una interpretación manifiestamente desacorde con el tenor literal de la norma. A lo sumo cabría recuperar semejante control en el caso de los discapacitados que cuenten con una curatela representativa como medida de apoyo, puesto que, de acuerdo con el art. 287-1º CC, el curador queda sometido a control judicial para los actos de trascendencia personal. Y esto lo es. Lo que plantea la contradicción de controlar la curatela representativa mientras que no se controla en esta actuación al representante legal del menor de catorce años.

Hasta aquí, lo que el legislador no ha hecho bien en esta materia. Pero no es inoportuno apuntar alguna aclaración que el mismo podría haber hecho, aprovechando la oportunidad. Me refiero a dos temas que suscitan dudas.

[39] Tal es ahora el texto de la segunda frase del art. 20.2.a), mientras que la última frase del art 20.3 sigue remitiendo inalterablemente al mismo.

Llama la atención que, a diferencia de lo que ocurre para la nacionalidad (arts. 20.2,a) y 21,3,c), no se permita el ejercicio de la opción a los menores de catorce años por medio de sus representantes legales (de manera que durante ese periodo de tiempo la vecindad del menor sería inmutable), especialmente teniendo en cuenta que esos representantes legales sí que podrán optar para el menor por alguna de las vecindades contempladas en el artículo 15.1. La contradicción es tan evidente que cabe entender que la falta de previsión al respecto del art. 14.3.IV constituye una laguna legal, integrable por analogía con lo previsto en el artículo 15.1, permitiendo así que en el caso de los menores de catorce años sus representantes puedan ejercer por ellos la opción prevista en aquel.

Sin embargo, habría sido bueno que el legislador lo hubiese aclarado.

También habría sido buena ocasión para aclarar si para el cómputo de los diez años de residencia continuada sin declaración en contrario exigidos por el art. 14.5. 2º resulta irrelevante o no la capacidad tanto del menor de edad como del mayor de edad discapacitado con curatela representativa como medida de apoyo. Se trata de un tema controvertido[40]. De ahí la oportunidad desperdiciada a la que me refiero.

VI. MODIFICACIONES RELACIONADAS CON LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS EN EL TRÁFICO JURÍDICO

El propósito de potenciar la participación de las personas discapacitadas en el tráfico jurídico, procediendo a proveerlas únicamente a medidas de apoyo imprescindibles, es decir, limitando su capacidad de obrar en lo estrictamente necesario, no debería dar lugar a una menor defensa de las mismas. Sin embargo, eso es lo que ocurre cuando la persona discapacitada actúa sin las medidas de apoyo establecidas para su protección.

Así resulta de la nueva redacción de los artículos 1301.4º, 1302.3 y 1304 CC.

[40] *Vid.* mi comentario al art. 14.5 en *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

El legislador ha aprovechado para especificar que el plazo de ejercicio de la acción de nulidad prevista para subsanar los vicios de consentimiento y de legitimación a los que se refiere en el artículo 1301 CC es de caducidad, de acuerdo con la tesis dominante, eliminando así las dudas que pudieran seguir existiendo.

Esos cuatro años se cuentan desde la celebración del contrato cuando se trate de contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas para el caso (art. 1301.4º). Término inicial que resulta sorprendente si se compara con lo previsto antes para menores e incapacitados (art. 1301.II, 3º inciso CC anterior) y ahora para los menores: "desde que salieren de la patria potestad o la tutela" dice el art. 1301.3º, *in fine.*

El agravio comparativo es patente. A lo que cabe añadir la incoherencia que resulta de que el cómputo de ese plazo se produzca desde la celebración del contrato, mientras que el plazo de cuatro años de la acción de rescisión no se empiece a computar hasta que se extinga la medida representativa de apoyo (art. 1299.II CC), manteniéndose en este caso el mismo cómputo establecido para los menores sujetos a tutela, es decir, la equiparación ya existente al respecto en el art. 1299.II CC anterior.

Cierto que dichos contratos "también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo". Pero —se añade— en tal caso es preciso que el otro contratante hubiese actuado de mala fe, por ser "conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación" o por haberse aprovechado "de otro modo de la situación de discapacidad, obteniendo de ello una ventaja injusta". Requisitos que tampoco se establecían antes (art. 1302 CC anterior) y que tampoco se establecen ahora para los menores (art. 1302.2 CC).

Será necesario aclarar si ese requisito de obtener una ventaja injusta cuenta solo para el segundo supuesto de mala fe o si deberá exigirse también al supuesto en el que la mala fe se corresponde con el conocimiento de la existencia de medidas de apoyo. Sin perjuicio de la dificultad que pueda derivar en ocasiones de determinar si se ha obtenido una ventaja y si la misma es injusta.

Por lo que hace referencia al conocimiento de la existencia de las medidas de apoyo en el momento de la contratación, hay que tener en cuenta que la discapacidad y las medidas de apoyo son datos sometidos al régimen de protección especial en el Registro Civil (arts. 83.1 y 84 LRC).

Esa misma restricción en comparación con la regulación anterior (art. 1304 CC anterior) y con la regulación actual para los menores de edad (art. 1304, 1ª frase CC) se aprecia en el régimen previsto para la eficacia restitutoria de la nulidad. La regla que limita la restitución de lo recibido por el contrato anulado al enriquecimiento obtenido por el menor solo se aplica ahora al discapacitado si el contratante con derecho a la restitución "fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta". Lo que quiere decir que el contratante de buena fe acreedor de la restitución podrá exigir a la persona discapacitada la restitución de "las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses" (art. 1303 CC), sin limitación alguna.

Resulta, pues, que cuando la acción de nulidad sea ejercida por la propia persona discapacitada "con el apoyo que precise[n]", o por sus herederos (art. 1302.3.I), la acción podrá prosperar aunque el otro contratante haya actuado de buena fe, en los términos que resulta *sensu contrario* del art. 1302.3.II), pero que no podrán beneficiarse, uno u otros, del régimen de restituir únicamente aquello en lo que se hayan enriquecido.

El trato desfavorable y de relativa desprotección de la persona discapacitada que hemos descrito queda confirmado así siempre que la otra parte contratante haya actuado de buena fe.

Llama la atención que los requisitos que en los arts. 1302.3.II y 1304 sirven para dar un peor trato a las personas discapacitadas frente a los menores de edad, a la hora de regular la obligación de restitución derivada de los contratos anulados por vicio del consentimiento por la capacidad de aquellas, sirva en cambio para favorecerlas frente a estos a la hora de regular la eficacia de los pagos realizados a personas discapacitadas en el artículo 1163 CC.

De acuerdo con el art. 1163.I CC anterior, "El pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad".

La redacción del nuevo art. 1163.I CC debería pretender en principio adecuarlo al sistema de provisión de medidas de apoyo en los supuestos de infracción del mismo en relación con el pago. Para ello habría bastado con sustituir la referencia a "*una persona incapacitada para administrar sus bienes*" por "*una persona discapacitada sin contar con las medidas de apoyo establecidas para recibirlo*", dando así lugar a la siguiente redacción: "El pago hecho a una persona discapacitada sin contar con las medidas de apoyo establecidas para recibirlo será válido en cuanto se hubiera convertido en su utilidad". Pero el legislador ha optado por extender expresamente la regla a los menores de edad (antes se podía recurrir para estos a una aplicación analógica de la norma). Para dicha mención expresa de los menores habría bastado con decir "*El pago hecho a una persona menor de edad, o a una persona discapacitada* [...]". Lo que habría dado lugar a una norma más sencilla y eficaz: el pago es siempre eficaz cuando sea útil en ambos casos, y no solo para los menores de edad, como resulta de esta nueva redacción. Y es que el legislador ha optado por condicionar la validez del pago por su utilidad, en el caso de las personas discapacitadas con medidas de apoyo, a que el deudor o el pagador conociera la existencia de tales medidas o se hubiera aprovechado para obtener una ventaja injusta, es decir, a que hubiese actuado de mala fe.

En la redacción anterior la norma recogía una regla sencilla. Era esencial saber si el receptor del pago tenía o no capacidad para administrar: si la tenía, el pago era válido; pero si no la tenía, el pago solo era válido cuando fuese útil para aquel.

En la nueva redacción se mantiene esa regla para los menores de edad. Pero para las personas discapacitadas la regla se condiciona a que quien paga haya actuado con mala fe, en los términos que se describen. Se complica así la interpretación de la norma para las personas discapacitadas, sin que ello parezca en principio justificado. Ello debería propiciar una interpretación restrictiva de los supuestos que se establecen como condición para la aplicación de la regla.

La primera circunstancia que opera como requisito es que ni el deudor ni el pagador conozcan de las medidas de apoyo. Quizá podría limitarse el requisito al conocimiento por parte del pagador cuando este no sea el deudor. Pero semejante interpretación se ve dificultada por la referencia expresa de la norma al "momento de la contratación" como el momento relevante para determinar si concurre o no el conocimiento de las medidas de apoyo que afectan al acreedor. Lo lógico es que el momento relevante fuese el del pago, pero parece una interpretación correctora entender que "momento de la contratación" es el del pago. Sin embargo, procederá en su caso aplicar por analogía la norma también al momento del pago, so pena de vaciarla de sentido en su caso.

La segunda circunstancia que opera como requisito también es que ni el deudor ni el pagador se hayan "aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta".

Cabe repetir lo ya dicho con respecto a los arts. 1302.3.II y 1304 sobre el requisito de la obtención de una ventaja injusta. Primero, la dificultad de determinar su existencia en ocasiones. Habrá que ver caso por caso qué se considera una ventaja injusta. Segundo, si ese requisito se añade a los dos supuestos contemplados, el de aprovechamiento y el de conocimiento o solo al segundo.

Pero, sobre todo, repito lo ya dicho. No se llega a entender por qué se exigen semejantes requisitos para condicionar la aplicación de una regla tan sencilla como la que se mantiene expresamente para los menores de edad: validar el pago que sea útil para el acreedor, aunque sea menor y aunque sea una persona discapacitada necesitada de apoyo para el cobro.

VII. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN MATERIA DE SUCESIONES

Entre dichas modificaciones resultan especialmente problemáticas las introducidas en los artículos 665, 776 y 808 CC.

1. La concurrencia en la legítima de los descendientes de algún descendiente discapacitado

Quizá la modificación más llamativa y cuestionable en materia de sucesiones es la que corresponde al art. 808, que permite al testador disponer de la legítima estricta de sus legitimarios en favor de los legitimarios que se encuentren en situación de discapacidad, correspondiendo además al legitimario que impugne tal disposición acreditar "que no concurre causa que la justifique" (art. 808.IV y V).

De acuerdo con la disposición adicional cuarta CC, los beneficiarios de esa disposición pueden ser las personas que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento y las personas que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento[41], así como a las personas que están en grado de dependencia II o III[42].

"En tal caso [de disposición a favor del descendiente discapacitado de la legítima de los demás descendientes legitimarios], salvo disposición contraria del testador lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*", concreta el párrafo 4ª del art. 808 en su segunda frase.

Fue la Ley 41/2003 la que inició la posibilidad de mejorar los derechos sucesorios de las personas discapacitadas, tanto permitiendo la constitución de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual del mismo en los términos y en los supuestos previstos en el art. 822 CC

[41] Art. 2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Lo que se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

[42] "b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal" (art. 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia).

como permitiendo disponer de la legítima estricta en favor de las mismas en el art. 808 CC.

La Ley 8/2021 mantiene el derecho de habitación recogido en el art. 822 anterior, limitándose a sustituir "legitimario persona con discapacidad" por "legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad" en aras de una mejor redacción[43].

La Ley 8/2021 mantiene también la facultad que ya concedía el art. 808 anterior al testador para disponer de la legítima estricta en favor de legitimarios discapacitados, aunque introduce algunas modificaciones no meramente formales. Ya hemos indicado la carga de la prueba contraria a quien se oponga a la disposición, que se introduce en el párrafo 5º.

Por otra parte, ahora el beneficiario de esa disposición ya no es el legitimario "judicialmente incapacitado", sino el legitimario que se encuentre "en una situación de discapacidad", según la Ley 41/2003[44]. Esta modificación venía impuesta como consecuencia de la desaparición de la incapacitación judicial. Pero se aprovecha esa necesidad para introducir una modificación sustancial. En vez de hablar de legitimario sometido a medidas de apoyo (el medio introducido por la Ley 8/2021 para proteger a los discapacitados) se recurre al legitimario en la situación de discapacidad a la que se refiere la Ley 41/2003. Lo que probablemente facilita la disposición del testador, que no tendrá que estar pendiente de la existencia de tales medidas de apoyo.

Por otra parte, se ha pasado de que la disposición pueda consistir en una sustitución fideicomisaria, sin especificación alguna, es decir, con un amplio margen dentro del gravamen para la autonomía privada del testador, a una sustitución fideicomisaria de residuo, en la que el legitimario beneficiario discapacitado no pueda disponer de los bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*, es decir, la modalidad en la que el heredero fiduciario recibe más atribuciones para el disfrute de los bienes en cuestión, con la única limitación *in extremis* de no poder disponer de los mismos a título gratuito.

[43] Al tiempo que se especifica en la nueva disposición adicional 4ª que la discapacidad en cuestión es la de la Ley 41/2003 para eliminar toda duda. Indicación que se hace en la misma también con respecto al art. 808, aunque en este el cambio no es meramente de estilo.

[44] *Vid.* la disposición adicional cuarta CC.

Pero todas estas modificaciones expuestas hasta aquí del art. 808 no dejan de ser menores en comparación con la opción que se permite expresamente al testador de ordenar esa disposición de la legítima estricta, al margen de ese modelo legal, con total libertad. La previsión de la sustitución fideicomisaria de residuo con las características que se concretan, a las que me he referido, quedan sometidas a lo que el testador quiera: "salvo disposición contraria del testador" especifica la norma. Resulta, pues, que el testador puede prever una disposición de esa legítima estricta menos amplia o favorable para el legitimario discapacitado, o todavía más amplia o favorable, puesto que no existe restricción alguna a esa "disposición contraria". Lo que quiere decir que, en su caso, si el testador así lo quiere, puede privar de toda legítima a todos o cualesquiera de los demás legitimarios en beneficio del legitimario discapacitado[45].

Es sabido que el mantenimiento de la legítima y, sobre todo, de una legítima tan amplia a favor de los descendientes constituye hoy en día objeto de polémica doctrinal de cara a una posible modificación de nuestro Código en dicha materia. Lo que viene relacionado con los profundos cambios sociales que se han producido desde la aprobación del mismo, hace casi un siglo y medio (mayor longevidad de las personas, desestructuración de la familia tradicional y relajación de los vínculos familiares, pujanza creciente de la libertad de mercado). Lo que viene relacionado también con la inexistencia de semejante legítima en los sistemas sucesorios de algunos de nuestros derechos civiles forales o especiales.

Ejemplo significativo de esa tendencia a suprimir las legítimas del Código o a reducirlas es la configuración que se concede a la misma en la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil[46], caracterizada en esta materia por una revisión del sistema actual acorde con esa tendencia, pero distante de cualquier propósito de ruptura[47]. Lo que lleva a fijar la cuantía de la legítima de los descendientes

[45] Surge la duda de si podrá disponer de modo diferente de la legítima estricta correspondiente a los diversos descendientes legitimarios no discapacitados en favor del legitimario discapacitado, estableciendo así un trato desigual en la legítima estricta de aquellos. Parece excesivo, pero el tenor literal de la norma lo permite.

[46] Tecnos, Madrid, 2018.

[47] Como se explica en su Exposición de Motivos. *Vid.* las pp. 188 y ss. de la Propuesta, y, muy especialmente, las pp. 192 y 193, con respecto al tratamiento de la legítima.

en la mitad del caudal hereditario, junto con una mejora de la cuarta parte del caudal; cuantía que se reduce a un tercio si solo existe un descendiente[48].

A pesar de este escenario, el sistema del Código sigue siendo de mantenimiento de las legítimas, de la que solo pueden ser privados los legitimarios mediante la desheredación. Para lo que es necesario que concurra alguna de las justas causas contempladas en los arts. 852 a 855 CC. La nueva redacción del art. 808 introducida por la Ley 8/2021 supone introducir una nueva causa de desheredación para los descendientes del causante. La de concurrir con otro descendiente que se encuentre en situación de discapacidad. Cierto que la sustitución fideicomisaria prevista en la redacción anterior del art. 808 CC, y más aún la sustitución fideicomisaria de residuo contemplada ahora en el mismo, equivalen *de facto* a una desheredación, pero al menos respetan una cierta apariencia que en su caso puede tener cierta entidad para el heredero fideicomisario.

Me parece excesivo y desacertado en estos momentos. Inoportuno. Tan es así que cabe dudar si en verdad se ha querido abrir la puerta a una posible desheredación en vez de estar pensando únicamente en una "disposición contraria del testador" encaminada solo a favorecer menos al heredero fiduciario discapacitado. Sin embargo, el tenor literal de la norma no permite albergar dudas a la hora de interpretarla.

La posible desheredación de los legitimarios en cuestión constituye una medida que podría tenerse en cuenta a la hora de proceder a una actualización de nuestro Código en la regulación de la legítima. Pero que ahora no cabe sino calificar benévolamente como una ocurrencia, es decir, una modificación no suficientemente meditada.

2. La sustitución ejemplar, la capacidad de testar y dos apuntes, sobre la patria potestad prorrogada y sobre el concepto de persona discapacitada

La idea de que cuanto más se amplíe la capacidad de testar, menor será la conveniencia de aceptar la sustitución ejemplar, es correcta. Que ello

[48] *Vid.* el art. 467-3 de la Propuesta.

induzca a suprimir la sustitución ejemplar constituye un error. Que ello induzca a que no se sigan extremando las garantías a la hora de facilitar el otorgamiento del testamento a las personas discapacitadas constituye también un error.

La Ley 8/2021 ha incurrido en ambos errores. Así resulta de la derogación del art. 776 CC y de la nueva redacción del art. 665.

Por muchas facilidades que se establezcan para el otorgamiento de testamento siempre existirán supuestos en los que dicho otorgamiento será de todo punto imposible para determinadas personas discapacitadas[49]. Desconocer esos casos carece de sentido, y eso es lo que nuestro legislador ha hecho al suprimir la sustitución ejemplar, salvo que se entienda que es preferible que la sucesión de esas personas sea intestada a que la misma venga determinada por el testamento otorgado por el ascendiente en sustitución de las mismas.

Quienes así lo creen tendrían que explicarnos la razón de esa preferencia frente a las funciones que puede cumplir la sustitución ejemplar, en sus dos planteamientos posibles, tanto en la que ve en ella la oportunidad de controlar el destino de los bienes de la persona discapacitada[50] que no puede otorgar testamento como en la que considera que esa sustitución puede servir para que se atiendan mejor los intereses de la persona discapacitada, designando sustituto a quien se ocupe del cuidado de la misma, y para que en su caso, cuando sea posible, se pueda atender con dicha designación a sus deseos y preferencias[51], en consonancia con los principios inspiradores

[49] De ahí que se apunte correctamente que la sustitución ejemplar no tiene nada que ver con una privación de derechos de la persona discapacitada (*vid*., art. 269, último párrafo, CC), puesto que la misma solo operaba en defecto de testamento de la persona discapacitada, cuyo otorgamiento no impedía. De ahí que también sea incorrecta la redacción de la disposición transitoria cuarta de la Ley 8/2021, según la cual, fallecida la persona sustituida con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, la sustitución previamente dispuesta no podrá ("sin que pueda") "suplir el testamento de la persona sustituida", ya que ello no ocurría en ningún caso. Su eficacia dependía siempre de que no hubiese testamento del sustituido. *Vid.* De Amunátegui Rodríguez, C., «Comentario al art. 776», en *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 1032-1033.

[50] Lo que se relaciona con la interpretación estricta de la sustitución ejemplar, limitando su eficacia a los bienes recibidos del sustituyente, que es la que lógicamente se asume en la disposición transitoria cuarta de la Ley, al transformarla en "una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida".

[51] *Vid*., al respecto, De Amunátegui Rodríguez, C., *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*, Reus, Madrid, 2018, pp. 37 y ss., y pp. 89-90.

de la Convención y con las previsiones específicas de la Ley 8/2021 al respecto (art. 249.II CC). Función esta última que responde a la interpretación amplia de la sustitución, que extiende sus efectos a todos los bienes del sustituido, convirtiendo así al ascendiente sustituyente en el otorgante del testamento del sustituido.

La supresión de la sustitución ejemplar responde a la creencia de que la misma contribuirá a que las personas discapacitadas tengan mayores posibilidades en la práctica de otorgar testamento, aprovechando las previsiones de la propia Ley 8/2021, tanto de fondo (configuración de una voluntad adecuada por parte del testador – art. 665) como de forma (medidas encaminadas a facilitar la manifestación y formalización de esa voluntad – arts. 695, 697, 706, 708 y 709). Lo que siendo probablemente cierto en algunos casos no valdrá para que en otros muchos más casos (la amplia mayoría) la persona discapacitada no pueda, incluso aprovechando esas previsiones, otorgar testamento.

La supresión de la sustitución ejemplar responde además a una actitud de desconfianza con respecto a la preocupación de los ascendientes por la protección de sus descendientes discapacitados. Lo que ha llevado al legislador a otro desacierto mayor que el que venimos tratando. Me refiero a la supresión de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, sobre la base de que se trata de figuras demasiado rígidas, inadecuadas para propiciar la autonomía del hijo discapacitado, y excesivamente gravosas en ocasiones para los progenitores[52].

Basta leer el art. 171 CC derogado para comprobar que la pretendida rigidez de esas dos modalidades de patria potestad es inexistente, puesto que se establece expresamente que su ejercicio se adecúe a lo previsto en la

[52] "[…] se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo, a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa" (apartado III, párrafo 7º, del Preámbulo de la Ley).

sentencia de modificación de la capacidad: "La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título". Cabría, pues, cumplimentar la medida de apoyo del hijo con una patria potestad prorrogada configurada de acuerdo con lo estrictamente necesario (*un traje a medida*), manteniendo la regulación que la misma tenía en el art. 171 derogado.

Las otras dos consideraciones no valen para prescindir de lo principal en las relaciones de los progenitores con sus hijos discapacitados, y que debería haber sido determinante para mantener la patria potestad prorrogada; también para mantener la sustitución ejemplar. Y es que nadie tendrá mayor preocupación, mayor cuidado y, sobre todo, mayor capacidad de sacrificio, que sus progenitores a la hora de proteger a una persona discapacitada. Tan es así que cuando los mismos fallezcan o no puedan seguir asumiendo esa función por razón de la edad, el vacío que dejen en esa protección será muy difícil —por no decir imposible— de salvar. Esta modificación del legislador no solo es desacertada, sino que además constituye en verdad una afrenta para los progenitores que ostentan esa patria potestad[53].

Ya he apuntado que, por mucho empeño que se ponga en reconocer la capacidad de las personas discapacitadas para testar, siempre subsistirán muchos casos en los que no será posible que las mismas otorguen testamento. La evidencia. Dicho lo cual es el momento de analizar el nuevo art. 665 CC, que —vaya por delante— suscita muchas dudas tanto de tipo técnico como en cuanto al acierto del sistema diseñado para potenciar la posibilidad de que las personas discapacitadas puedan otorgar testamento.

Por lo pronto conviene determinar cuál es el ámbito de aplicación subjetiva del precepto. De acuerdo con su tenor literal, se refiere a "la persona con discapacidad". La duda surge con respecto a saber si es necesario que esa discapacidad haya dado lugar a la provisión de alguna medida de apoyo o si esto no es necesario. Según la disposición adicional 4ª CC "salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la pro-

[53] *Vid*., las disposiciones transitorias segunda. III y quinta.

visión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica". No exige, pues, que esa exigencia haya dado lugar ya a la mencionada provisión de medida de apoyo alguna[54].

Lo que, al margen del artículo 665 CC, pone de relieve una de las principales deficiencias de la Ley 8/2021, si no la principal. Y es que, siendo protagonista de la misma la persona discapacitada, resulta que a la hora de aplicar muchos de sus preceptos[55] no será posible de saber *ex ante* si en efecto nos encontramos con que la persona en cuestión es una persona discapacitada para el Código[56].

Se parte, pues, de la base de que será el notario quien tenga que apreciar o averiguar si quien pretenda otorgar testamento ante él es una persona discapacitada. Evidentemente, ello no plantea problema cuando la discapacidad sea evidente o cuando el propio otorgante, o quien le acompañe, informe al notario sobre la misma. Si se trata de una persona a quien se haya proveído de alguna medida de apoyo, a pesar de tratarse de un dato sometido a publicidad restringida en el Registro Civil, el notario tendrá acceso al mismo (arts. 300 CC, 83.1.b) y 84.I LRC).

---

[54] De ahí que parezca correcto prescindir de ese requisito, a pesar de que en el art. 665 CC anterior se refiriese al "incapacitado por virtud de sentencia". *Vid.* Álvarez Lata, N., «Comentario al art. 665», en *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021.

[55] Salvo los artículos 96, 756.7º, 782, 808, 822 y 1041, a los que se refiere el párrafo 1º de la disposición adicional cuarta.

[56] Así lo manifiesta Ángel Carrasco Perera: "*Discapacidad* no es un término homogéneamente definido en el sistema legal (cfr. DA 4ª CC par.I), pero con carácter residual *vale un concepto tautológico del término a definir.* El discapacitado necesita apoyos, esta es la primera regla del sistema ¿Pero quién es discapacitado?: *el sujeto que necesita apoyos* (DA 4ª CC par. II). Con esto está todo dicho, el sujeto se define por el predicado y el predicado por el sujeto. El sujeto que necesita apoyos es la persona que necesita apoyos. El sistema de gestión de riesgos de la intercomunicación interpersonal (Derecho civil) se encuentra desde el inicio ante el inconveniente serio de no ofrecer sistemas de señalización anticipada de quiénes son los sujetos concernidos por la nueva norma. Los Registros públicos ya no proveen a los operadores con una ficha personal del resto de los operadores que pueda ser depurada con la adecuada Due Diligence. Más aún, la necesidad de apoyos es algo que puede revelarse retrospectivamente, una vez que la actuación de tráfico ha tenido lugar, y no antes, porque antes no tuvo el individuo la oportunidad de ponerse a prueba". *Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores,* Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones Jurídicas, 30 de junio de 2021.

De ahí que pudiese haber sido más acertado titular la Ley 8/2021 como *de apoyo a las personas para el ejercicio de su capacidad jurídica,* prescindiendo de la referencia a la discapacidad en la mayor parte de los artículos modificados del Código Civil.

Pero, además, en cualquier caso —y esto es lo más importante— el notario tendrá que apreciar por su cuenta, sin asistencia alguna[57], si la persona puede "comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones" testamentarias[58]. Por lo que se refiere a la posibilidad de manifestación, ello se podrá apreciar normalmente con facilidad. A la superación de las posibles dificultades de manifestación se encaminan las modificaciones introducidas en los arts. 695, 697, 706, 708 y 709, como ya he apuntado[59].

En cambio, apreciar la capacidad de comprensión, es decir la conciencia del otorgante sobre lo que quiere disponer en su testamento, puede resultar difícil. Y no parece razonable que el legislador haya decidido prescindir del auxilio de los facultativos, tal como exigía el anterior art. 665[60]. No cabe dudar de la importancia que tiene la propia percepción del notario en su interlocución con la persona que quiera testar. Es esencial. Pero también es esencial el reconocimiento judicial en los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, y, sin embargo, la Ley 8/2021 mantiene la procedencia de los dictámenes periciales (art. 759.1.3º LEC). Prescindir de ellos supone endosar a los notarios una responsabilidad que no debería recaer únicamente sobre ellos para su propia tranquilidad.

La comparación del art. 665 anterior con el introducido por la Ley 8/2021 pone de relieve que se pasa de un sistema garantista en cuanto a la voluntad testamentaria (aplicación a los previamente incapacitados e intervención de facultativos que respondan de su capacidad al respecto[61]) a un sistema en el que se prescinde de tales garantías, que ahora debe asumir el notario. Cabe aceptar que se prescinda ahora del requisito de que el otorgante discapacitado tenga que contar ya con la provisión de una medida de apoyo. Pero prescindir del dictamen de los facultativos es poco razonable.

Pero es que, además, el legislador ha decidido compensar este nuevo sistema de control de capacidad del otorgante tan abierto con una mayor parti-

[57] Salvo la concurrencia de dos testigos idóneos que el notario puede solicitar (art. 697.2º CC).

[58] *Vid.* también el art. 696 CC.

[59] *Vid.* también el art. 25. III de la Ley del Notariado.

[60] "[…] el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan [al incapacitado] y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad".

[61] *Vid.* la consistencia de tales requisitos en la STS 146/2018, de 15 de marzo [RJ 2018, 1090].

cipación del notario en la conformación de la voluntad del mismo en la que puede existir el riesgo de traspasar la línea divisoria entre lo que es ayuda y asesoramiento y lo que es voluntad testamentaria, que solo corresponde al testador, de acuerdo con la naturaleza personalísima del testamento. Lo que no supone sino acentuar la responsabilidad que este nuevo art. 665 CC carga sobre los notarios. Cierto que el tenor literal del precepto se refiere a que el notario debe *procurar* que el otorgante desarrolle su propio proceso de elaboración de su voluntad (*toma de decisiones*), de *apoyo* en la comprensión y razonamiento del otorgante, y de *facilitar ajustes* que resulten necesarios. Cierto que se deja claro que la *voluntad, deseos y preferencias* deben ser del otorgante. Pero los mencionados conceptos, claramente diferenciados, presentan zonas de colindancia en las que en ocasiones pueden producirse *invasiones* o *solapamientos* involuntarios. Dificultad que se acentúa cuando al mismo tiempo el notario tendrá que ser quien decida de la capacidad del otorgante. No cabe albergar duda alguna sobre la competencia de los notarios, pero este nuevo sistema que se establece para comprobar la capacidad del testador constituye un abuso de nuestros legisladores con respecto a los mismos.

VIII. CONCLUSIONES

Resulta que no era necesario modificar nuestro Código civil con el fin de adecuar la protección prevista en el mismo para la protección de las personas discapacitadas a las exigencias de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. Bastaba con una interpretación de los preceptos que la regulaban acorde con la Convención, como entendió de inmediato nuestro Tribunal Supremo, y confirmó con una jurisprudencia constante desde ese mismo momento, preocupado por limitar las modificaciones de la capacidad de obrar de dichas personas discapacitadas a lo estrictamente necesario.

No cabe desconocer las mejoras —que lo son— introducidas por la Ley 8/2021 en medidas voluntarias de apoyo (arts. 254 a 262) y de guarda de hecho (arts. 263 a 267), pero para ello bastaba con modificar muy pocos artículos del Código, siempre que no existiese la preocupación por presentar la nueva ley como introductora de un cambio radical en la materia,

como se anuncia en el Preámbulo de la misma. Apariencia para la que era necesario proceder a la introducción de un nuevo lenguaje[62]. Puro nominalismo: prescindir de la palabra tutela[63], renunciar al concepto de capacidad de obrar y a su modificación, ocultándola bajo el concepto de medida de apoyo, presentar como supuesto extraño y anómalo la representación legal de las personas discapacitadas. Introduciendo con ello confusión en la dogmática jurídica y pretendiendo ocultar la situación real de un número muy importante de discapacitados, con cuya voluntad no se puede contar, por inexistente o inasumible, de manera que tienen que ser protegidos incluso contrariando esa voluntad e imponiéndoles tratamientos, régimen de vida y lugar de residencia.

A lo que hay que añadir que en otras de las modificaciones introducidas por razón de concordancia con los nuevos artículos reguladores de la materia o por razón de oportunidad cabe detectar defectos de técnica jurídica u opciones desacertadas, o al menos discutibles. Algunas de las cuales he puesto de relieve en la segunda parte de este artículo.

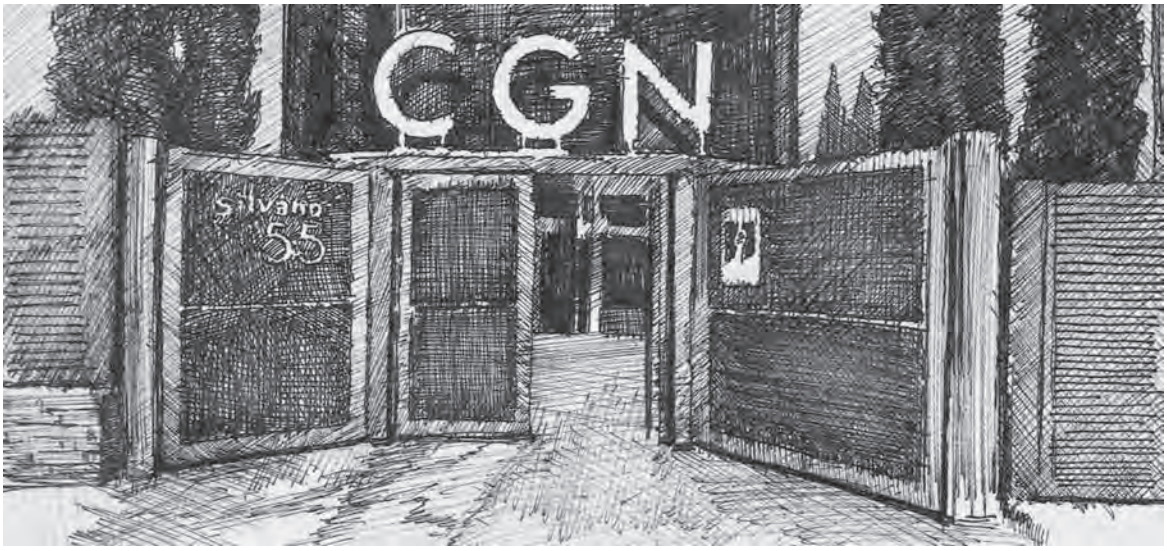
A lo que hay que añadir finalmente el coste correspondiente a las labores prelegislativa y legislativa llevadas a cabo para redactar y aprobar esta ley y, sobre todo, el coste, imposible de calcular, pero con mucho el más importante, derivado del esfuerzo que todos los profesionales del derecho

[62] Aunque, como ya hemos visto al comienzo, se venga a negar tal propósito: "No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad […]" (apartado III, párrafo 3º, *ab initio*, del Preámbulo de la Ley).

[63] Esto es lo que se dice sobre la conveniencia de mantener la tutela en la Exposición de Motivos que acompaña la *Propuesta de Código Civil* elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil: "[…] mantener la distinción [entre tutela y curatela], como aquí se propugna, tiene un alcance sustantivo, partiendo de que en ningún caso hablar de tutela puede suponer un menor respeto a la dignidad de la persona. Y es que distinguir entre la curatela, en la que debe contarse con la voluntad del curatelado, que el curador complementa, y la tutela, en la que no cabe contar con la voluntad, ni siquiera con la opinión del tutelado cuando la misma no existe, contribuye a clarificar la diferencia entre situaciones sustancialmente diferentes. Por otra parte, resultaría incoherente prescindir de la tutela para las personas necesitadas de un apoyo permanente de naturaleza representativa por carecer de voluntad e incluso de un grado de conciencia suficiente, mientras que se mantiene la misma para los menores de edad. Una cosa es introducir tanto en la tutela como en la curatela una graduación de su contenido en virtud de las necesidades de la persona protegida, lo que resulta manifiestamente deseable, y otra es cosa es renunciar a la diferente protección que una y otra proporcionan en función del grado de modificación de su capacidad al que haya sido preciso someter a una persona". *Vid.* p. 106, Tecnos, Madrid, 2018.

tendremos que realizar para ir conociendo como se interpretan y aplican tantos nuevos artículos, y para subsanar los errores correspondientes a su nueva redacción. Enorme coste, por ser gratuito, el de modificar una sexta parte de nuestro Código, puesto que a eso equivalen aproximadamente esos 300 artículos modificados, sin contar las numerosas modificaciones introducidas también en la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, la Ley del Registro Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y el Código de Comercio.

Derecho civil



ESTUDIOS DOCTRINALES

PRÁCTICA JURÍDICA

¿Y QUIÉN NOS EXPLICARÁ AHORA LA CAUSA DEL NEGOCIO JURÍDICO?

Mientras preparábamos la salida del presente número de la Revista nos ha llegado la triste noticia del fallecimiento del Profesor Luis Humberto Clavería, un jurista profundo y valiente, puesto que no hay nada que demuestre mayor arrojo en el Derecho Civil que profundizar sobre la causa, la ineficacia del contrato y las condiciones generales. La parte más complicada del Derecho Civil —como bien sabía el maestro Don Federico De Castro— es la parte general, y dentro de ella, probablemente no hay materias más escurridizas y complejas que la causa y la invalidez del contrato.

Esta revista tiene el triste honor de ser el último lugar donde el buen profesor nos impartió su magisterio escribiendo sobre la nueva regulación de la invalidez de los contratos otorgados por las personas con discapacidad.

Nuestro modesto homenaje a su figura se presenta en unas líneas escritas por su amigo, el notario de Sevilla D. Javier Feás Costilla.

IN MEMORIAM

PROFESOR LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ, CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL

Javier Feás Costilla
Notario de Sevilla

Cuando al profesor Clavería le llegó su hora, el infarto no consiguió que dejara de sonreír. Y así lo encontraron, con esa media sonrisa tan suya.

Este otoño se había presentado el *liber amicorum* con que la familia universitaria lo acompañaba hasta las puertas de la jubilación. Se le vio feliz y algo apurado. Aunque siempre hay un regusto de tristeza en estas ceremonias de la despedida, él añadió un inesperado toque fúnebre porque le gustaba hablar de la muerte de tanto que la temía. En la película de la vida, dijo, yo ya estoy en los títulos de crédito. Nadie imaginaba que en apenas cuatro meses, este sabio desgarbado y entrañable volvería a convocar a los miembros ilustres del claustro, ahora con la familia y amigos, los vecinos del bloque y los empleados de la cafetería de la Facultad de Derecho.

Clavería le tenía al notariado un particular aprecio. Era una forma de amor al padre, quien fue oficial de notaría en la ciudad de Córdoba. No por azar, la Revista Jurídica del Notariado acoge su penúltimo trabajo, ya póstumamente. En él, como en sus restantes publicaciones académicas o de prensa, queda registro de su inteligencia penetrante y buen humor. De boca en boca se hablará un tiempo, en los pasillos de la facultad o en las cenas de promoción, de lo divertido de sus clases y de su don para la enseñanza, de su gusto por ver a los alumnos con tal que no estuvieran al otro lado de una pantalla. Pero para que nadie lo olvide, hay que dejar puesto por escrito que este pensador y docente del Derecho fue, sobre todo, un hombre bueno.

En la hora de las necrológicas, toca decir de los muertos que eran buenas personas. Aquí es al revés. Hablamos de un hombre bueno que se ha muerto. Sonriendo, ya sin tiempo de atacar el postre.

NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE LA INEFICACIA DEL CONTRATO CONTENIDAS EN LA REFORMA RELATIVA A LA DISCAPACIDAD

NOVELTIES IN THE REGIME OF THE INEFFICIENCY OF THE CONTRACT CONTAINED IN THE REFORM RELATING TO DISABILITY)

Luis Humberto Clavería Gosálbez
Investigador Honorario
Universidad de Sevilla

Resumen: El presente trabajo pretende realizar un análisis crítico, a la luz de la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, de las novedades introducidas en el régimen de ineficacia del contrato.

Palabras clave: contratos, ineficacia, discapacidad.

Abstract: The present work aims to carry out a critical analysis, in light of the recent Law 8/2021, of June 2, which reforms the civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, of the novelties introduced in the ineffectiveness of the contract.

Keywords: contracts, inefficiency, disability.

El título de este pequeño ensayo indica lo fundamental que pretendo tratar en él: habiendo decidido el legislador español, impelido por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, reformar diversos textos legales en lo relativo a lo que se llamaba incapacidad de obrar y sus remedios, optó por retocar preceptos de otros pasajes de dichos textos, para coordinarlos con los artículos directamente reguladores de la materia principalmente abordada. El legislador tenía sustancialmente dos opciones: una, limitarse a retocar lo imprescindible, alterando los preceptos ajenos a la discapacidad solo en lo necesario, de modo que solo modificara los términos y las expresiones, así como los contenidos necesitados de coordinación con la reforma nuclear; otra, aprovechar la ocasión para introducir novedades en otros campos, como la posesión, la rescisión o las legítimas. Creo que, con sentido práctico, ha escogido en general la primera opción, aunque, respecto de algunas materias, ha decidido innovar un poco. Habiéndoseme amablemente invitado a abordar lo relativo a la ineficacia del contrato, adelanto ya que, apartándose apreciablemente del documento denominado «Anteproyecto de Ley por la que se reforma la Legislación civil y procesal en materia de discapacidad», publicado por el Ministerio de Justicia en 2018, el texto definitivo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE del 3 de junio de 2021) parece haberse limitado a retocar, además de otras leyes, el Código Civil (en adelante, CC), pero introduciendo en él algunas matizaciones de escasa importancia. Aunque lo de "escasa" ya se juzgará *a posteriori* de estas reflexiones. Tuve ocasión de pronunciarme sobre la reforma relativa a la discapacidad en un pequeño ensayo titulado «Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad», publicado en el volumen colectivo dirigido por Esther Muñiz *Contribuciones para una reforma de la discapacidad.*

Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad, (Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 25 y ss.), aclarando que, obviamente, me refería al Anteproyecto de 2018: en esas líneas, además de opinar resumidamente sobre casi toda la reforma, apuntaba ideas sobre los temas complementarios, entre los que se encontraba el régimen de la ineficacia del contrato, régimen con un contenido no exactamente coincidente con el que luego se fijo en 2021. Es imprescindible, asimismo, para que el lector comprenda lo que diré seguidamente, que tenga presente, entre otros estudios generales o monográficos ajenos, mi previa concepción de la materia, expresada, con relativo detenimiento, en mi estudio "Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato", ponencia que presenté en el importante Congreso de Zaragoza celebrado allí en diciembre de 2006 y que fue publicada en el volumen colectivo *Las nulidades de los Contratos: un Sistema en evolución*, coordinado por Jesús Delgado Echeverría, y publicado en Cizur Menor, Navarra, Thomson-Aranzadi. 2007, pp. 59 y ss. Publicaciones mías anteriores relacionadas con la ineficacia y la invalidez del negocio jurídico no representan mi actual concepción sobre dicha materia. Prescinda ahora el lector de ellas.

Procedamos exegéticamente, casi artículo por artículo, como actuaron hace dos siglos los comentaristas del *Code Napoleon*.

El art. 2 de la Ley 8/2021 está dedicado a las modificaciones que se introducen en el CC; dentro de ese art. 2 de la Ley se contienen diversos textos numerados, desde el 1 al 67. Voy a examinar los apartados 47 y ss., pero empezando, por motivos que luego se entenderán, por el apartado 48.

Este apartado confiere nueva redacción al art. 1263 del CC, que actualmente establece:

"Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales".

Como se ve, se limita a retocar el núm. 1º del art. 1263 anterior y a suprimir su núm. 2º, que alude a una cuestión que en la Ley nueva se desarrolla

en otros lugares. Ninguna novedad, pues, produce, al margen del cambio del régimen general sobre la materia.

Los apartados 49 y 50 del art. 2 de la Ley se refieren a la rescisión, figura de gran tradición, pero que en mi mencionado estudio de 2007 propongo suprimir, pues las necesidades que pretende atender deberían ser tratadas hoy, unas mediante la anulabilidad, otras mediante la resolución por incumplimiento y otra mediante un régimen claro y preciso sobre la llamada acción pauliana, por ejemplo, al modo del Código Civil italiano (arts. 2901 y ss.). Pero no me atrevo, como apunté antes, a censurar a nuestro legislador por sus meros retoques a los arts. 1291 y 1299, pues era perfectamente razonable y muy práctico limitarse a conservar el régimen del Código, manteniendo sus figuras; eso sí, tuvo que hacer alusión, en el art. 1299, a la extinción de la medida representativa de apoyo y optó por referirse al cese de la ausencia legal, sustituyendo la insegura redacción anterior.

Pero vayamos a los apartados 51 y ss., alusivos a algunos de los principales artículos que en nuestro CC regulan la invalidez del contrato.

El nuevo art. 1301 del CC dispone:

"La acción de nulidad caducará a los cuatro años. Ese tiempo empezará a correr:

1º En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que estas hubiesen cesado.

2º En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

3º Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores, desde que salieren de la patria potestad o la tutela.

4º Cuando la acción de refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato.

5º Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o

del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato".

A diferencia del correspondiente texto del Anteproyecto, que presentaba considerables innovaciones, el texto de 2021 se asemeja considerablemente al anterior vigente: en efecto, el Anteproyecto parecía aludir a una anulación del contrato susceptible de ser producida por la parte contractual protegida por la anulabilidad, al estilo, por ejemplo, del parágrafo 143 del Código Civil alemán, y no provocada por la sentencia judicial dictada tras la impugnación del contrato por la parte protegida, como se infiere también de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC): se hablaba efectivamente de "facultad de anular" y no de "acción de nulidad o anulación"; además, se omitía acertadamente la alusión a la "falsedad de la causa" y se introducía un plazo de cinco años desde la celebración del contrato para el ejercicio de la facultad anulatoria por personas con discapacidad. El legislador de 2021 retoma la redacción de 1889 con alguna que otra adaptación. Vale, por tanto, respecto de la versión presente, lo que afirmé en mi citado estudio de 2007 sobre la permanencia en nuestro Derecho de la concepción bimembre de la invalidez, concepción impugnada recientemente por algunos autores y defendida por mí *de iure condito*, pero no *de iure condendo*: el art. 1301 del CC sigue mencionando la nulidad, pero refiriéndose a la anulabilidad (*Anfechtbarkeit*), no siendo anulables sino nulos (*nichtig*) los contratos que padezcan otras irregularidades, en principio más graves (inexistencia de algún elemento esencial, causa u objeto ilícitos, falta de la forma exigida en los contratos solemnes, etc.). Doble tipo de invalidez implícita pero nítidamente presente, por ejemplo, en el art. 408, núm. 2º, de la LEC; precepto procesal que asimismo confirma que en Derecho español la nulidad y la anulación se pronuncian por el Juez, no por declaración de parte interesada, no contemplándose en nuestro Derecho una invalidez extrajudicial, si bien la doctrina dominante sostiene que la sentencia que establece la nulidad es declarativa y la alusiva a la anulabilidad, constitutiva, lo que también parece inferirse del mencionado art. 408 de la LEC, opinión, que, como sostuve en 2007, no comparto. No empece esta necesidad de intervención judicial relativa a los dos tipos de invalidez la expresión, contenida en los números 2 y 3 del nuevo art. 1302, que luego

examinaré, "… Los contratos podrán ser anulados", pues esa expresión debe ser interpretada conjuntamente con el art. 1301 y otros del CC y con el mencionado de la LEC.

Respecto del art. 1301, observo que desafortunadamente regresa la expresión "falsedad de la causa", que, según doctrina casi unánime, alude a un tipo de error y que no se refiere a la causa *stricto sensu* ni guarda relación con la "causa falsa" del art. 1276. Ya me ocupé de ello en mis estudios sobre la causa de 1993, 1998 y 2011. Llama la atención, asimismo, el momento en que comienza a contarse el plazo dependiendo de que se trate de menores o de personas con discapacidad (números 3 y 4) ¿Es que estas merecen menor protección? ¿Es que el otro contratante se reputa de peor condición cuando contrata con un menor? Probablemente se pensó que era pertinente fijar un controlable *dies a quo*. Por último, obsérvese que, eso sí, el legislador aprovechó, al principio del artículo, la oportunidad para aclarar que el plazo de cuatro años es de caducidad, superando la versión original más primitiva, en teoría también posiblemente alusiva a la prescripción.

Vayamos seguidamente al art. 1302, que conectaré obligadamente con los nuevos 1304 y 1314 y con el antes apuntado 1163, situado en el apartado 47, en cuanto que merece algunos comentarios importantes, más cercanos al Derecho patrimonial en general que a la discapacidad en concreto.

El nuevo art. 1302 del CC establece:

"1. Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos.

2. Los contratos celebrados por menores de edad podrán ser anulados por sus representantes legales o por ellos cuando alcancen la mayoría de edad. Se exceptúan aquellos que puedan celebrar válidamente por sí mismos.

3. Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.

Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.

4. Los contratantes no podrán alegar la minoría de edad ni la falta de apoyo de aquel con el que contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato".

La similitud con el antiguo art. 1302 es evidente; no olvidemos que el art. 1302 originario, de contenido y alcance algo misteriosos, sirvió durante muchos años a la doctrina y a la jurisprudencia para reforzar la condición bimembre de la invalidez, en cuanto que aludía a un tipo de ella en el que la legitimación para invocarla estaba restringida al contratante afectado por la causa de invalidez (incapacidad, vicio), lo que, unido a los arts. 1301 y 1310 (este, interpretado restrictivamente), servía para construir una figura correspondiente a la *Anfechtbarkeit* (anulabilidad), separándola de la otra invalidez, la *Nichtigkeit* (nulidad). (Obsérvese, no obstante, que no alude a la posible legitimación de terceros interesados). Y no olvidemos, asimismo, que dicho artículo fue utilizado por la doctrina para configurar los requisitos del error como motivo de impugnación, en cuanto que se extraía de dicho precepto la relevancia de la posición del contratante no afectado por el vicio a efectos de que este fuese relevante: la expresión "… produjeron el error", obviamente no interpretable literalmente para evitar la confusión entre error y dolo, parecía referirse a que el contratante no equivocado advirtiera o pudiera advertir el error padecido por el otro (reconocibilidad), hecho que, de concurrir con el carácter esencial del error (parcamente regulado en el art. 1266) daría paso a la anulabilidad (como también la produciría, incluso en ausencia de esa reconocibilidad, la excusabilidad del error): en otros términos, para que ese vicio del consentimiento provocase la anulabilidad, podía ser necesario considerar la llamada dignidad de la posición del contratante no afectado por el error. Destinado el art. 1302 originario a restringir la legitimación para pedir la anulación, fue utilizado también para acotar, en

algún caso, la legitimación para impugnar el contrato del contratante en principio protegido por la anulabilidad.

Pues bien, esa idea se emplea y se extiende en el texto nuevo. Su núm. 1, que, por cierto, habla, como su precedente, de acción de nulidad, se limita a repetir el inciso del artículo originario. Sus números 2 y 3, como ya se sugirió, contienen un pasaje ("Los contratos… podrán ser anulados") que, por sí solo, nos cuestionaría si no cabe también una anulación extrajudicial, pero creo que estamos solo ante una imperfección del lenguaje, pues estos textos, interpretados en combinación con otros que cité, no parecen autorizarnos a entender acogida la tesis de la posibilidad de anulación extrajudicial en nuestro Derecho. El hecho de la ruptura del texto definitivo con el del Anteproyecto nos confirma tal opinión. El núm. 2 del art. 1302 nuevo debe combinarse con el núm. 3 del art. 1301: esos contratos pueden ser anulados a instancia de los menores, ya mayores, o de sus representantes, corriendo el plazo desde que salieren de la patria potestad o de la tutela; parece que los representantes pueden impugnarlos incluso antes de que los afectados alcancen la mayoría de edad. El núm. 3 del art. 1302, necesariamente conectado con el núm. 4 del artículo anterior, requiere una aclaración, aplicable a otros textos que comentaré luego: Cuando alude a "… Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas" parece referirse a los casos en los que las medidas de apoyo estaban fijadas judicialmente como necesarias, pero que no concurrieron en el momento del perfeccionamiento del contrato: esto es, a diferencia de lo que literalmente expresa el texto, estas personas no estaban provistas de esas medidas cuando debieron estarlo; otra interpretación sería absurda. Veremos que tal expresión se repite en otros preceptos. El pár. 2º del núm. 3 contiene un 2º inciso en el que se restringe la legitimación del necesitado de apoyo a los supuestos en los que el otro contratante se halla en determinadas circunstancias: cabe en este supuesto la acción si "… el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación", lo que debe traducirse entendiendo que el redactor desea referirse a que el otro contratante, conocedor de la exigibilidad de tales medidas, percibe que de hecho no concurrieron; se trata de una importación de la idea de la dignidad de la posición del otro partícipe del negocio jurídico,

claramente inspirada en lo que advertíamos sobre la relevancia del error. El inciso final (… o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta") alude indudablemente a la falta de dignidad de la posición del otro contratante, pero introduce un elemento nuevo en el régimen de la invalidez, acercándolo a la rescisión. A propósito de este pár. 2º del núm. 3 del nuevo art. 1302, en relación con el pár. 1º, cabe preguntarse: ¿Por qué se protege más a la persona discapacitada que impugna que a aquella cuyos intereses son defendidos solo por la persona que debió apoyarla? ¿Por qué en este último caso se considera la actitud del otro contratante, lo que no sucede cuando el impugnante es la misma persona discapacitada? ¿Su interés se antepone entonces al del otro contratante incluso si fue diligente y actuó de buena fe?

El núm. 4 del art. 1302, aproximada repetición del inciso 2º del art. 1302 originario, merece las críticas que este ya recibió: el legislador de 2021 podría haber aprovechado la ocasión para suprimir la expresión, disculpable en los años 80 del siglo XIX, "produjeron el error", para alejarlo del dolo (conste que soy perfectamente consciente de que, en Derecho español, cabe dolo sin error). Y tal vez, alterando asimismo el parco e impreciso art. 1266, haber trazado un régimen más pormenorizado del error como causa de anulabilidad, conforme a nuestra jurisprudencia y a nuestra doctrina más defendibles: el error, para provocar la anulabilidad, debe ser esencial (definiéndose y describiéndose ese término) y excusable; pero, si, siendo esencial, no es excusable, también provocaría dicha anulabilidad si fuera reconocible por la otra parte, aplicándose así los principios generales del Derecho contractual de relevancia de la voluntad, autorresponsabilidad y protección de la confianza. Por otra parte, cuando el comienzo del núm. 4 del art. 1302 alude a "los contratantes", debemos entender que se refiere a los contratantes en los que no concurre la irregularidad.

El art. 1304 nuevo del CC dispone lo siguiente:

"Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de

la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta".

El primer inciso del artículo copia aproximadamente el texto del art. 1304 originario, pero refiriéndose solo al menor de edad, constituyendo este precepto la primera de las matizaciones que el Código hace a la regla general de devolución contenida en el art. 1303 derivada de la declaración judicial de nulidad o de la anulación judicial.

Doy por sentado que, si el discapacitado se enriqueció, debe restituir, porque, si no lo hiciera, acaecería un enriquecimiento injusto o sin causa. A los supuestos de anulación en caso de discapacidad se dedica el 2º inciso del art. 1304, consignando el mismo efecto, la no devolución, pero solo si el otro contratante ha observado un comportamiento negativo, lo que el legislador expresa incorrectamente aludiéndose a que dicho contratante conociera la existencia de medidas de apoyo: quiere decir, como antes apunté respecto del art. 1302, que, requiriéndose dichas medidas, no hubieran concurrido. Tampoco tiene que devolver la prestación el contratante con discapacidad si el otro contratante ha obtenido una ventaja injusta, aprovechándose de la situación irregular. Por tanto, no habiendo enriquecimiento del discapacitado, si la contraparte tiene buena fe, no hay devolución. La protección al otro contratante es mayor, por tanto, en el supuesto de que haya contratado con una persona con discapacidad que cuando haya contratado con un menor, pues en este último caso la devolución solo se subordina al enriquecimiento de este, sin depender de la posición del contratante en el que la irregularidad no concurre. Atiéndase además a la relevancia de la ventaja injusta dentro del régimen de la invalidez.

Parecido comentario merece el nuevo art. 1314, que establece:

"También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de estos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella.

Si la causa de la acción fuera la minoría de edad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalez-

ca, a menos que hubiese ocurrido con dolo o culpa del reclamante después de haber alcanzado la mayoría de edad.

Si la causa de la acción fuera haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, siempre que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta".

Sin embargo, este artículo, como se advierte, no se refiere a la devolución de las prestaciones, tras la sentencia invalidante, sino a la misma procedencia de la acción anulatoria, complementando en cierto sentido a la figura de la confirmación, regulada antes (arts. 1309 y ss.). Su pár. 3º condiciona la posibilidad de anulación al comportamiento negativo del contratante que no haya padecido la irregularidad: si dicho contratante sabía (¿bastaría que hubiera debido saber?) que, siendo precisas esas medidas, no se habían adoptado y, aun así, contrató, la acción prosperará, lo que asimismo sucederá si había conseguido una ventaja injusta.

Respecto de los dos artículos recién comentados, yo no veo razonable subordinar la protección de la persona con discapacidad al comportamiento del otro contratante, protegiendo a aquella menos que al menor.

Aunque no corresponde al régimen de la anulabilidad del contrato, creo que es pertinente, dado que el legislador usa en él las mismas expresiones que hemos visto en algunos de los preceptos comentados, aludir al nuevo art. 1163, atinente a la convalidación del pago irregular. Su primer inciso repite aproximadamente el texto originario, refiriéndolo ahora solo al menor. Pero en el resto del primer párrafo del artículo, aludiendo al pago hecho a una persona con discapacidad, condiciona la convalidación del pago irregular al comportamiento negativo del pagador, lo que produce un peculiar efecto: si este pagador actuó de buena fe y no se benefició injustamente, el pago no es válido y, por tanto, debería pagar otra vez; pero, si actuó censurablemente, el pago se convalida, beneficiándose el pagador desleal: es decir, el pagador, deudor o tercero, que actúa censurablemente es premiado con la convalidación del pago, no hallándose obligado por ello a repetirlo; por el contrario, el pagador que actuó de buena fe no recibe ese benéfico

efecto, debiendo pagar de nuevo, porque su pago no se convalidó. ¿Se trata de una errata del legislador o de una incomprensión mía, cabiendo otra interpretación? Tales expresiones (existencia de medidas de apoyo, ventaja injusta, etc.) tienen un sentido, aunque puedan ser cuestionables, como dije, en los supuestos de los arts. 1302, 1304 y 1314, pero no las comprendo colocadas en el 1163. Yo apuntaría que, si el cobrador discapacitado se enriquece, el pago se convalida tenga o no buena fe el *solvens*, pues no tiene sentido que solo se produzca la convalidación (que implica ventaja para el pagador) si este se comporta deslealmente, que es lo que parece decir literalmente el precepto. Esperemos interpretaciones.

En suma, sin perjuicio de plantearnos a medio plazo un nuevo régimen de la ineficacia del contrato, como propuse y describí en 2007, ya destinado a un nuevo CC español o a un Código jurídico-privado patrimonial de la UE, sí creo que convendría por el momento retocar esta reforma, tanto en lo referente a la llamada discapacidad como en lo relativo a otras figuras relacionadas con ella, como precisamente sucede respecto de las irregularidades de los contratos. Como dije en el antes referido trabajo de 2021, el legislador español (y no solo él) suele olvidar la necesidad de la seguridad y de la precisión que el Derecho debe producir, cediendo a la tentación de emplear términos eufemísticos y políticamente gratos que son más útiles para embellecer los boletines oficiales que para resolver efectivamente los problemas sociales, convirtiendo con frecuencia los Ordenamientos jurídicos en instrumentos del reinado de la hipocresía y de la inutilidad y multiplicando ineficientemente el trabajo hermenéutico de los operadores jurídicos.

PROHIBICIÓN LEGAL DE TESTAR PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: JUSTIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL "NUEVO" ARTÍCULO 753 DEL CÓDIGO CIVIL[1]

LEGAL PROHIBITION OF TESTING FOR PEOPLE WITH DISABILITIES: JUSTIFICATION AND INTERPRETATION OF THE "NEW" ARTICLE 753 OF THE SPANISH CIVIL CODE

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Resumen: La doctrina mayoritaria hoy considera injustificado el nuevo artículo 753 del Código civil, al prohibir testar a la persona con discapacidad en favor de su cuidador o persona de apoyo, por ser ello contrario a la Convención de Naciones Unidas sobre personas con discapacidad, al limitar su capacidad y discriminarla frente a las demás personas (sin discapacidad), considerando, por eso mismo, que aquella norma, aún vigente, debe ser siempre interpretada restrictivamente. Frente a tal posición, el autor del presente trabajo considera justificado aquel artículo 753, cuya razón, como la de los arts. 752 y 754 CC, no es discriminatoria, sino protectora de la persona ante posibles abusos o engaños en la captación de su voluntad y libertad de testar por parte de quienes deberían velar por ella, siendo así posible que la interpretación de dicha norma no sea siempre restrictiva, pudiendo serlo, según cada caso, extensiva si con ello se contribuye a aquella protección.

[1] Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-118111GB-I00, "Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones", financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

Palabras clave: persona con discapacidad, tutor, curador, testamento, capacidad, prohibiciones legales, interpretación, analogía.

Abstract: Faced with the majority doctrine that today considers the new article 753 of the Spanish Civil Code unjustified, by prohibiting testament to the person with a disability in favor of their caregiver or support person, as this is contrary to the United Nations Convention on people with disabilities, when discriminating against other people (without disabilities), and for that reason he considers that that rule must always be interpreted restrictively, the author of this work considers that article 753 is justified, whose reason is not discriminatory, but rather protective of the person with disability in the face of possible abuses or deception in the capture of their will and freedom to testify on the part of those who should ensure their interest, being therefore possible that the interpretation of said rule is not always restrictive, and may be, according to each case, extensive if this contributes to that protection.

Keywords: person with a disability, guardian, curator, will, capacity, legal prohibitions, interpretation, analogy.

SUMARIO

I. UN NUEVO ORDEN JURÍDICO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Como punto de partida, el "favor libertatis", o la plena igualación en capacidad de toda persona, con o sin discapacidad, según el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas (de 2006) y la Observación general n.º 1 (de 2014), que la interpreta
2. Criterios de interpretación de las normas sobre capacidad de las personas con discapacidad: "*favorabilia amplianda, odiosa restringend*a", y, subsidiariamente, "*in dubio pro capacitate*"

II. EL "NUEVO" ART. 753 CC, ¿ES CONFORME A LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD? EN JUEGO, SU PROPIA CONSTITUCIONALIDAD

1. La doctrina mayoritaria, crítica con el art. 753 CC por vulnerar el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas. En realidad, una "*vexata quaestio*"
2. Nuestra defensa en favor del "nuevo" art. 753 CC y de su conformidad con la Convención de Naciones Unidas

III. CRITERIOS PARA INTERPRETAR EL "NUEVO" ART. 753 CC

1. El art. 753 CC, y el tópico de su necesaria interpretación restrictiva por ser una norma excepcional y odiosa
2. Contra el tópico, la posible interpretación extensiva de las prohibiciones legales conforme al "*favorabilia amplianda*" si ello es conforme a su "ratio"; y, una vez más, "*in dubio pro capacitate*"

IV. RESOLUCIÓN, EN PARTICULAR, DE ALGUNAS DE LAS DUDAS QUE SUSCITA EL ART. 753 CC
1. Sobre el ámbito subjetivo de la prohibición legal testamentaria
1.1. Sujetos incluidos y excluidos de la prohibición legal de testar
1.2. Sujetos incluidos y excluidos de la prohibición legal de suceder por testamento
2. Sobre el alcance objetivo de la prohibición legal testamentaria
2.1. El alcance estrictamente patrimonial de la prohibición legal de testar, y posibles excepciones
2.2. Testamentos a los que afecta la prohibición de testar, y sus excepciones

V. BIBLIOGRAFÍA

I. UN NUEVO ORDEN JURÍDICO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Como punto de partida, el "favor libertatis", o la plena igualación en capacidad de toda persona, con o sin discapacidad, según el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas (de 2006) y la Observación general n.º 1 (de 2014), que la interpreta

Consabida la reciente reforma legislativa civil y procesal "tan profunda" y "ambiciosa"[2] sobre personas con discapacidad habida recientemente en España[3], sabido es también que, aunque con retraso, con ella no se ha pretendido más que dar efectivo cumplimiento a un cambio radical, revolucionario sin duda, que se produjo —no tan recientemente ya— con la Convención de la ONU celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad (ratificado por España en 2007 y publicada en el BOE de 21 abril 2008). En ella se vendría a imponer la plena igualación en capacidad —entendida esta *in sensu lato*[4]— de todas las personas con discapacidad, cualquiera que esta fuese (mental o física, cfr., sus arts. 1.II y 5)[5], con el resto de las personas, fundando tal equiparación, prohibitiva de cualquier discriminación, en la propia dignidad y en

[2] Según dice ella misma en su Preámbulo.

[3] Es la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, publicada en el BOE de 3 de junio de 2021, y en vigor desde el 3 de septiembre, tras un período de *vacatio legis* de tres meses (según su Disposición Final 3.ª).

[4] Aunando las tradicionales capacidad jurídica y capacidad de obrar, como es consabido. Véanse, al respecto, el art. 12.2 de la Convención y su aclaración contenida luego en los apartados 12 a 14 de la Observación n.º 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

[5] Así mismo, de la Observación n.º 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, véase el punto 9 de su Introducción.

el desarrollo libre, pleno e igual de la personalidad de tales personas como expresión de su autonomía. Quedaban, así, proscritas cualesquiera formas discriminatorias, establecidas por la sola razón de la discapacidad, entre las que se incluía cualquier medida representativa o sustitutiva en la toma de decisiones por la persona con discapacidad (como la tradicional tutela), si no se trataba de simples medidas de apoyo asistencial (no sustitutivo, ni representativo), que no reemplazasen la libre y plena voluntad de la persona con discapacidad, decidiendo por ella, sino que la ayudasen a tomar una decisión por sí sola (que se tratara, en fin, como dice Vivas Tesón[6], de "un compañero de camino, un "*ángel de la guarda*", que no tome decisiones "por" la persona [con discapacidad] sino "con" ella"). Consagraba, así, la Convención lo que la doctrina ha venido a denominar el principio de "mínima intervención"[7], conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Todo ello era reiteradamente dicho, hasta el hartazgo, en aquella Convención[8], sobresaliendo a tal respecto lo dispuesto en su art. 12 (la norma que, sin duda, ha dado más de que hablar). Y si alguna duda tal cambio suscitó, como en efecto sucedió, fue tajantemente resuelta en la Observación n.º 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad[9], en la dirección y sentido antes expuestos en síntesis, y que nuestra reciente reforma legislativa civil y procesal acoge (según puede verse justificado a lo largo y ancho de todo su Preámbulo, y dispuesto en los nuevos arts. 249 y 250 CC, fundamentalmente, o, como la más simbólica,

[6] Vivas Tesón, entre otros de sus muchos y reiterados trabajos sobre la materia, en "El nuevo marco constitucional de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006", en Villagrasa Armengol y Pérez Gallardo (dirs.) *Derecho Civil Constitucional*, México, 2014, p. 182.

[7] Por todos, reiteradamente, Vivas Tesón, I., «El nuevo marco constitucional de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006», en Villagrasa Armengol y Pérez Gallardo (dirs.), *Derecho Civil Constitucional*, Méjico, 2014, pp. 175, 183, y también en otros de sus trabajos, como en *Más allá de la capacidad de entender y querer…*, Olivenza, 2012, p. 30, o en «La Convención de la ONU de 13 diciembre 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad», en *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 2011, p. 126.

[8] Desde su mismo Preámbulo, hasta su articulado (cfr., de su art. 3 las letras a y b, el art. 4.1, así como los apartados 1 y 4 de su art. 5).

[9] De la que conviene observar el punto 7 de su misma Introducción, así como sus apartados 8, 9, 13 a 15, 17 y 18, 26 a 28, 32 y 50, a cuya lectura nos remitimos.

en la nueva redacción dada al art. 1263 CC, donde las personas con discapacidad no ven ya proscrita, ni limitada siquiera, su capacidad para negociar, lo que también se observa a la hora de reconocerle capacidad para testar, según la nueva redacción dada, entre otros, a los arts. 663.2º, 665, 695, 706.III CC[10], así como la propia supresión de la sustitución ejemplar que —según parece— presuponía en tales personas la falta de capacidad para testar[11]).

Con todo, se finge la igualación de lo desigual, la consideración de la persona con discapacidad como persona plena e igual en su capacidad, al margen de cualquiera que sea la naturaleza y alcance de su discapacidad, sin que, por tanto, exista ya hoy justificación para una especial protección o tutela —*stricto sensu*— de su persona y bienes. Como ya se advirtiera en la propia Convención de Nueva York de 2006 y luego se "aclarara" en aquella Observación n.º 1 (de 2014), no hay para la persona con discapacidad ningún interés superior que proteger, equiparable al que, en cambio, sí hay para los menores (salvo, naturalmente, que se trate de menores con discapacidad, cuyo interés superior a proteger, que reitera la Convención en sus arts. 7.2 y 23.2, les vendría exigido, sin embargo, por su minoridad, no por su discapacidad)[12].

Ningún rastro, pues, debe ya haber actualmente del tradicional paternalismo habido para las personas con discapacidad[13], que aquella Convención observa —con cierto anacronismo, según creo— como reflejo histórico de un trato discriminatorio. Puede decirse, en fin, que la salud —mental o fí-

[10] Y para cuyo estudio, pueden verse los recientes trabajo de Planas Ballvé, M.ª «La capacidad para otorgar testamento», en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M. (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Wolters-Kluwer Bosch, 2021, pp. 655 y ss.; y de Lora-Tamayo Rodríguez, I., *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid, Cólex, 2021, pp. 155 ss.

[11] Para una visión crítica de tal supresión, por todos, Espejo Lerdo de Tejada, M., «Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar», en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M. (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Colex, 2021, pp. 669 y ss.

[12] Lo dice, en efecto, la Observación n.º 1 (2014), en un pasaje (contenido en su ap. 27), donde critica los tradicionales modelos de sustitución en la adopción de decisiones (como la tutela).

[13] Con expresivo título lo afirma Gete-Alonso y Calera, M.ª C., «Conceptuación de la capacidad: del paternalismo a la autonomía», en Pérez Gallardo, L. B. y Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (dirs.), y García Mayo, M. (coord.), *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Chile-Argentina, Olejnik, 2021, pp. 25-48.

sica— de las personas ha dejado de ser una circunstancia que afecte a su capacidad, como desde hace no mucho dejó de serlo el sexo.

Así las cosas, en el tradicional —y difícil— equilibrio entre la protección de la persona con discapacidad como persona más débil —o más vulnerable, según suele decirse ahora— (cfr., art. 49 CE), y su dignidad y libre desarrollo de la personalidad (arts. 10 y 14 CE), debe hoy, sin duda, prevalecer este último principio, por cuanto aquel art. 49 de nuestra Constitución, dirigido a la protección e integración de las personas con discapacidad, debe ser hoy reinterpretado, actualizado, como permite —o exige, mejor dicho— el art. 10.2 CE, desde aquella Convención de Nueva York y desde su Observación n.º 1 (2014), que la interpreta (auténticamente, además —aunque haya quien le niegue tal valor[14], obviando, entre otras cosas, que aquella Observación ha sido expresamente acatada y atendida en nuestra reciente reforma

[14] Por ejemplo, y entre otros, Martínez de Aguirre y Aldaz, C., «La Observación General Primera del Comité de derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M. (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Colex, 2021, pp. 97-120. Ante todo, advierte (en pp. 88-92), que en el art. 34 de la Convención, que crea el Comité de derechos de las personas con discapacidad, no se le atribuye a esta expresamente ninguna competencia interpretativa, aunque tal atribución sea práctica habitual en la ONU, lo que, según creo, hace que tal vez conforme a esta tradición, uso o costumbre (con el papel de fuente jurídica que tiene en el ámbito del Derecho Internacional), pueda integrarse aquella omisión. Añade Martínez de Aguirre que, por tal omisión, tan solo cabría concederle a aquella Observación General 1.ª un valor interpretativo cualificado o —más bien— autorizado, pero en ningún caso estrictamente vinculante, mucho menos aún, añade luego (en pp. 99-105), si no respeta el contenido ni el espíritu de la Convención, que más que interpretar lo que hace aquella Observación General es corregir (como sucede, en su opinión, al prohibir el sistema de sustitución y representación, permitiendo tan solo el de apoyo a las personas con discapacidad). Como se ve, en juego está una vieja cuestión, que va más allá del presente supuesto en particular: la de la interpretación auténtica, que, en mi opinión, jamás tiene alcance vinculante (pues ello supondría casi vetar cualquier interpretación), ni ha de tener un resultado meramente declarativo de la norma interpretada (cuando ni siquiera tal veto es predicable de la interpretación forense o judicial). A tal respecto, permítaseme remitirme a mi trabajo "Situaciones excepcionales, normas singulares e interpretación auténtica", incluido en el libro colectivo *Coronavirus y Derecho en estado de alarma*, Madrid, 2020, pp. 63-86. En cualquier caso, sin la necesidad de entrar en tal cuestión de fondo, que excede con mucho del objeto y de la extensión del presente trabajo, hay un dato innegable entre nosotros que otorga un valor interpretativo a aquella Observación general 1.ª: que en la reciente reforma habida sobre la materia, y afectante a normas tan importantes (como el Código Civil, la LEC…), nuestro legislador la asume y acata en varias ocasiones a lo largo de su Preámbulo (incluido el nuevo sentido del sistema de apoyo, antes referido), con cuyo valor —a su vez— interpretativo de la norma que antecede, le confiere, con tal inclusión, aquel valor interpretativo a la Observación General 1.ª (sobre tal valor interpretativo —tampoco vinculante— de los Preámbulos, permítaseme remitirme también a mi monografía *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos [y de los preámbulos]*, Méjico-Madrid, Reus, 2015).

legislativa, según ella misma dice varias veces en su propio Preámbulo—). No en vano, es pretensión de nuestro Gobierno que el art. 49 CE sea reformado en tal sentido igualitario[15].

2. Criterios de interpretación de las normas sobre capacidad de las personas con discapacidad: "favorabilia amplianda, odiosa restringenda", y, subsidiariamente, "in dubio pro capacitate"

Equiparada, así, toda persona, con o sin discapacidad, en su plena capacidad jurídica, no habrá más remedio que valorar cualquier restricción o limitación sustitutiva de la voluntad de la persona con discapacidad como un disfavor injustificado, contrario al natural y común *favor libertatis*, que como materia no solo excepcional, sino, sin duda, también odiosa (al menos en esta ocasión), debe interpretarse siempre restrictivamente, conforme al adagio *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*, que bien puede estimarse como auténtico principio general del Derecho, imbuido en aquella Convención de 2006 (cfr., sobre todo, su art. 3, precisamente, dedicado a sus "principios generales"[16], incluido ya en nuestro Derecho vigente, tanto por vía directa, *ex* arts. 96.1 CE y 1.5 CC, como por vía interpretativa, *ex* art. 10.2 CE).

De este modo, solo cuando la medida de ayuda prevista en la norma sea, en efecto, de apoyo, no sustitutiva, esta habrá de ser expresa y clara: a falta de explicitud habrá que interpretar que no hay medida alguna asistencial, y a falta de claridad, aun siendo expresa, en principio, habrá que interpretarla *super casum* conforme a la particular *ratio legis*, de la norma que en concreto la contemple, y —solo— en caso de duda en su resultado interpretativo, el intérprete deberá inclinarse por el menor alcance de tal medida asistencial o condicionante, incluso por su falta de necesidad, y por el mayor alcance

[15] Así puede verse en el Anteproyecto de reforma presentado por el Gobierno, que puede verse, expuesto y justificada su reforma, en https://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/071218_Art49Consti.pdf; y donde se justifica reiteradamente dicha reforma en que "su contenido [dado en 1978] se basa en una concepción médico-rehabilitadora de la discapacidad, coherente en el momento de su redacción, pero hoy completamente superada por un modelo social de corte igualitario".

[16] Entre los que se reconocen "El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas" y el de "la no discriminación" (letras a y b, respectivamente).

en la capacidad y autonomía propias de la persona con discapacidad[17]. Así lo exige el otro gran principio que, según la común opinión, se contiene en aquella Convención de Nueva York, de 2006, junto al citado de "intervención mínima": *in dubio pro capacitas*, suele decirse[18] (correctamente, *in dubio pro capacitate*).

Tal es la fuerza de tan necesaria interpretación restrictiva en dicho ámbito sustitutivo o limitativo de la libre voluntad de la persona con discapacidad, que su resultado interpretativo final bien pudiera ser la estimación de la derogación de la norma que establezca aquel tipo de limitación indiscriminada en su capacidad, o que prevea un sistema sustitutivo en la capacidad y autonomía de las personas con discapacidad atendida su sola discapacidad. La propia reforma legal habida en España así lo prevé en el ap. 1 de su genérica Disposición derogatoria única, cuando dice: "Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley"; piénsese, entre otros muchos posibles casos, en aquellos donde la capacidad de la persona con discapacidad aún hoy queda limitada o, sin más, vetada, atendida su sola discapacidad (*v. gr.*, en materia de testamento vital —no así en materia de eutanasia—, de transexualidad…, según la normativa estatal —de momento— vigente).

Mas no se piense solo en la derogación expresa de normas anteriores a la actual reforma por su incompatibilidad con ella, sino que lo sean también

[17] Como ejemplo de interpretación restrictiva, puede verse como destacado el que sobre el art. 56 CC y el derecho a contraer matrimonio, reconocido en plena igualdad y libertad en el art. 23.1.a) de la Convención de 2006, hizo recientemente Guilarte Martín-Calero, C., «Matrimonio y discapacidad», en *Derecho privado y Constitución*, 2018, pp. 55-94.

[18] Por todos, y reiteradamente, Vivas Tesón, I. «El nuevo marco constitucional de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006», en Villagrasa Armengol y Pérez Gallardo (dirs.), *Derecho Civil Constitucional*, Méjico, 2014, pp. 175, 183, y también en otros de sus trabajos, como en *Más allá de la capacidad de entender y querer…*, Olivenza, 2012, p. 30, o en «La Convención de la ONU de 13 diciembre 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad», en *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 2011, p. 126. Resulta curioso que en tiempos tan denostados como los actuales para las lenguas clásicas, estimadas como lenguas —supuestamente— "muertas", sigan empleándose latinajos en el mundo científico (y no solo en el jurídico), aunque no tengan antecedentes históricos, ni medievales, ni romanos (piénsese, por ejemplo, en el *bonum filii*), lo que, a veces, provoca estas imprecisiones: correctamente, el prefijo latino *pro* va seguido de ablativo, y tratándose del sustantivo *capacitas capacitatis* (de la 3.ª declinación), su forma ablativa singular es *capacitate*.

por su incompatibilidad con la Convención y la Observación General n.º 1 de Naciones Unidas, y que incluso podrían afectar a la reforma misma recientemente aprobada en España, quedando, así, en entredicho su propia constitucionalidad (*ex* art. 10.2 CE, según lo antes advertido): esto último, entre otros posibles casos, es lo que, precisamente, sucede según una buena parte de la doctrina con el "nuevo" art. 753 CC, donde si bien no hay medida sustitutiva prevista (por tratarse del testamento, un acto que es personalísimo), sí se prohíbe a la persona con discapacidad testar en favor de determinadas personas y en determinadas circunstancias. *Quid iuris*?

II. EL "NUEVO" ART. 753 CC, ¿ES CONFORME A LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD? EN JUEGO, SU PROPIA CONSTITUCIONALIDAD

1. La doctrina mayoritaria, crítica con el art. 753 CC por vulnerar el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas. En realidad, una "vexata quaestio"

Aunque el art. 753 CC estaba ya presente desde la redacción originaria del Código civil, allá por 1889, ha sido, en efecto, reformado, para ser además ampliado, en su redacción, prohibiendo que las personas con discapacidad, entre otras, testen en favor de determinadas personas bajo determinadas circunstancias, cuando íntegramente dice:

"Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela.

Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.

Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*".

A su vista, no son pocos en nuestra doctrina quienes estiman tal norma como un contrasentido, como una excepción contraria a la capacidad y a la libertad para testar hoy reconocida para toda persona con discapacidad (según la nueva redacción dada, entre otros, a los arts. 663.2º, 665, 695, 706. III CC), y, por ello, contraria al art. 12 de la propia Convención de la ONU sobre los derechos de tales personas por fundarse aquella prohibición tan solo en la discapacidad de la persona impidiéndole, así mismo, cualquier muestra de gratitud —*post mortem*— hacía aquella persona —muchas de las veces un familiar suyo— que en vida le proporcionó apoyo y cuidados[19] (todo lo cual, lógicamente, según venimos diciendo *ex* arts. 10.2 y 49 CE, concluiría en considerar aquel art. 753 CC como inconstitucional).

Así, incluso lo advirtieron algunos grupos parlamentarios durante la tramitación de la reforma, que, fundados en aquella misma razón (de considerar el nuevo art. 753 CC propuesto contrario a la Convención de Naciones Unidas), presentaron algunas enmiendas proponiendo que lo que la norma en su nuevo párrafo tercero admite como excepcional frente a la prohibición

[19] Lo sospechaba así, hace algún tiempo, S. Díaz Alabart, en su monografía *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes, problemas y posibles soluciones*, Madrid, Reus, 2018, p. 52, nota 59, aunque se mostraba muy partidaria de la novedad de incluir en la prohibición a las personas mayores de edad y demás personas vulnerables residentes en centros y otros establecimientos a tal respecto (como, en efecto, hace ahora el art. 753 CC en su nuevo párrafo segundo). Más claras en su objeción contra el nuevo art. 753 CC, son De Amunátegui Rodríguez, C., *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación en materia de discapacidad*, Madrid, Reus, 2019, p. 70; Lora-Tamayo Rodríguez, I., *op. cit.*, pp. 167 y 168; y, con mayor vehemencia (por la pasión con que expone tan agudamente sus argumentos), De Salas Murillo, S., «Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 35, 2019, pp. 60 y ss., al considerar (en p. 62), que se trata de una "cortapisa a la libertad de testar de una persona por el solo hecho de que tenga discapacidad", y que impide cualquier muestra de gratitud del testador en favor de quien en vida le prestó apoyo, asistencia y cuidados (pudiendo, incluso, tratarse de los propios familiares), insistiendo (en p. 74), en que "si se reconoce la posible *testamentifactio* activa, se ha de reconocer sin cortapisas distintas de las que tendría una persona sin discapacidad. Naturalmente, tendrá los mismos límites que el resto, señaladamente en tema de legítimas, pero ni más ni menos".

de testar fuese la solución general, permitiendo, así, que la persona con discapacidad pudiera testar en favor de cualquier cuidador o sistema de apoyo siempre que así lo hiciera en testamento notarial abierto, al entenderse en aquellas enmiendas que la intervención del notario sería garantía suficiente como para asegurar en todo caso la capacidad y la libre voluntad de testar manifestada por la persona con discapacidad[20]. Con todo, tal propuesta, sin embargo, no sería finalmente aceptada (conservando, así, el art. 753 CC su redacción originariamente propuesta, y que hoy la norma presenta).

Admitida la crítica, adviértase —pues nada nuevo hay bajo el sol— que tanto el art. 753, como los que le rodean (el art. 752 CC, que prohíbe testar en favor del sacerdote confesor, o de la institución eclesiástica a que pertenezca, o el art. 754 CC, que hace lo propio en contra del notario autorizante del testamento, así como de sus parientes o de los testigos), han sido tradicionalmente muy criticados por nuestra doctrina; también por estimarlos exagerados e infundados en sus sospechas por parte del legislador de que el testador sea engañado por tales personas (sacerdote, tutor, notario…), tan

[20] En efecto, durante la tramitación parlamentaria de la reciente reforma, en el Senado los Grupos Parlamentarios Mixto y de Ciudadanos propusieron (en sus enmiendas n.º 1 y 78, respectivamente), suprimir la prohibición legal testamentaria y permitir el testamento siempre que fuera en su modalidad de testamento notarial abierto, justificándolo el GP Mixto por entender que "La adopción de las medidas de apoyo resulta eje esencial de esta reforma, y constituyen un marco muy amplio que incluye tanto las establecidas de forma voluntaria como aquellas que requieran de formalización judicial, pero, en todo caso, pueden ser dispuestas por personas que dispongan de autonomía suficiente para adoptar decisiones en favor de quienes les presten tales apoyos. Prohibir que se puedan adoptar ninguna disposición que suponga beneficio a quien presta el apoyo supone establecer una limitación en la autonomía de la voluntad improcedente e incluso contraria al principio de capacidad y de respeto a la voluntad y preferencias que el Proyecto de Ley consagra y que representa núcleo sustancial del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (…) En ese sentido, el condicionante de que la disposición sea establecida en un testamento abierto, comporta suficiente garantía porque lleva consigo la necesidad de que el notario autorizante haya valorado que la persona dispone de la capacidad suficiente para adoptar esa disposición testamentaria, en los propios términos que el Proyecto de Ley regula para tales voluntades en el artículo 665". Algo parecido propuso, también en el Senado, el Grupo Vasco (en su enmienda n.º 118), justificándolo del siguiente modo: "No está justificada la limitación de la capacidad de obrar de las personas que viven en un centro residencial (personas con discapacidad y cuantitativamente, sobre todo, personas mayores) prohibiéndoles que favorezcan en su testamento, a través de legado o herencia, a la residencia en la que reciben atención. Para proteger su patrimonio y las expectativas patrimoniales de los familiares de los residentes, resulta mucho más respetuoso con libertad personal de las personas mayores o con discapacidad permitir estas disposiciones testamentarias, aunque exigiendo la intervención garantista del notario". Es también de tal opinión en la doctrina, mostrándose por ello crítico con el actual art. 753 CC, Lora-Tamayo Rodríguez, I., *op. cit.*, pp. 167 y 168.

cercanas a aquel en un momento tan íntimo y vulnerable, entendiendo que para asegurar esa libertad testamentaria bastaría, en su caso, con impugnar el testamento por dolo o intimidación (*ex* art. 673 CC) o por haberse dispuesto testamentariamente en favor de una persona interpuesta (según prevé el art. 755 CC)[21]. No en vano, el actual art. 753 CC, propuesto en su redacción originaria en el Anteproyecto de CC de 1888[22], fue, precisamente, omitido en el Proyecto de CC de 1851, apartándose en ello del CC francés, tan influyente en el nuestro, que sí preveía tal prohibición, por entender García Goyena que en tal posible prohibición había un exceso de celo o de desconfianza hacia el tutor[23]. Sin embargo, curiosamente, García Goyena sí incluiría en su Proyecto de CC una prohibición que no pasaría al definitivo Código de 1889: es el caso —inspirado, este sí, en el art. 909 del *Code*— de la prohibición de testar en favor del médico, del cirujano o de cuantos otros asistieran al testador durante su última voluntad[24]; caso, por

[21] Así, entre otros, Manresa y Navarro, J. M.ª, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VI, Madrid, 1906, pp. 38 y 39; Valverde y Valverde, C., *Tratado de Derecho Civil español, Tomo V: Parte especial. Derecho de sucesión*, Valladolid, 1939, p. 441; Royo Martínez, M., *Derecho sucesorio "mortis causa"*, Sevilla, Edelce, 1951, p. 132, quien solo veía justificado el art. 754 CC; Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral, Tomo VI: Derecho de sucesiones, vol. 1º: la sucesión en general. La sucesión testamentaria*, Madrid, Reus, 2010, p. 488; Roca-Sastre Muncunill, L., *Derecho de sucesiones, Tomo I*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1995, p. 393; Rivas Martínez, J. J., *Derecho de sucesiones, común y foral, Tomo I*, 4.ª ed., Madrid, Dykinson, 2009, p. 987; Fernández Hierro, J. M., *Los testamentos*, Granada, Comares, 2000, p. 106.

[22] Acerca de los antecedentes, lejanos y más cercanos de los arts. 752 a 754 CC, me remito a la exposición detallada de Vallet de Goytisolo, J. B., *Panorama del Derecho de sucesiones, Tomo I: Fundamentos*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 440-443.

[23] En efecto, comentando el art. 614 del Proyecto de CC de 1851 (antecedente del actual art. 754 CC), decía García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo I, Madrid, 1852, p. 61: "No se ha admitido el artículo 607 Francés, copiado en el 713 Sardo, y otros Códigos, inhabilitando al tutor para percibir nada del testamento de su menor… ; los motivos que se dan para esta prohibición no convencen, y se prefirió, por lo tanto, mantener lo vigente… ¿Y por haber merecido mayor confianza para ser nombrados [como tutores], se desconfía luego de ellos hasta el punto de no poder recibir una muestra de gratitud por su celo y oficios semipaternales?". Como se ve, las razones que ahora se alegan contra el nuevo art. 753 CC, antes referidas, son muy similares.

[24] Era la prohibición contenida en el art. 612 del Proyecto, que, inspirado en el art. 909 del CC francés y conservado en el art. 749 del Proyecto de CC de 1882, decía: "Los médicos y cirujanos que hayan asistido al testador en su última voluntad y sus esposas, no podrán percibir cosa alguna á virtud del testamento que haya hecho durante la misma; esceptúanse de esta prohibición los médicos y cirujanos pacientes parientes del testador dentro del cuarto grado", y que García Goyena, F., *op. cit.*, p. 59, justificaba "porque los honorarios de los médicos y cirujanos son hoy día tan exorbitantes, que hacen innecesaria toda otra remuneración", y "porque en estos hay los mismos recelos de influjo ó ascendente sobre el enfermo".

lo demás, que en cierta medida parece haberse resucitado en el nuevo segundo párrafo del vigente art. 753 CC, sin negar, naturalmente, que su más inmediato o cercano precedente haya sido el art. 412-5 del CC catalán[25] (no en vano, también inspirado en aquel precepto francés[26]), con el que tanta similitud redaccional aquel guarda (salvo algunos cambios que, como se verá, no son casuales), y que, a diferencia del resto de la norma, ha sido también aplaudida, o bien recibida, por una parte de la doctrina más reciente[27], a la par que rechazada por otro nutrido grupo de autores, como en su momento lo fue también aquel otro supuesto propuesto en el Proyecto de CC de 1851 referido a médicos y cirujanos[28]. Una vez más, *nihil novum sub sole*.

[25] Cuyo ap. 2 dice: "Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio".

[26] Que tras ser reformado en dos ocasiones (muy cercanas entre sí, en 2007 y en 2009), dispone hoy en su primer párrafo: "Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci"; en su versión originaria decía: "Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie".

[27] Anhelaban tal cambio, antes de la reforma, Vaquer Aloy, A., *Libertad de testar y libertad para testar*, Santiago de Chile-Buenos Aires, Olejnik, 2018, pp. 142-144 y 147-156, Díaz Alabart, tanto en sus *Comentarios al CC y a las Compilaciones Forales: arts. 752 a 755*, en Albaladejo García M. (dir.), Edersa (tomados de vlex), pp. 2 y 18, comentando el art. 752 CC, así como luego en su monografía, p. 50 y ss.; García Rubio, M.ª P., «Algunas propuestas de reforma del CC como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, n.º 3, julio-septiembre 2018, p. 179, y con Otero Crespo, M., «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», en Gete-Alonso y Calera, M.ª C. (dir.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo I, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2016, pp. 242 y ss. y pp. 250-252; Cabezuelo Arenas, A. L., «El problema de la validez del legado ordenado por la testadora en favor de institución religiosa de la que formaba parte su confesor», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2015, pp. 81-89; Zurita Martín, I., «La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables», en Vaquer Aloy, A., Sánchez González, M.ª P. y Bosch Capdevila, E. (dirs.), *La libertad de testar y sus límites*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2018; Corvo López, F. M.ª, «La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, n.º 4, octubre-diciembre 2019, pp. 163 y ss., proponiendo algunos de ellos, incluso, por aquel entonces, la aplicación analógica o, cuando menos, extensiva del art. 753 CC a los casos que hoy, finalmente, en su nuevo segundo párrafo ya cubre (lo que veremos al tratar la interpretación de dicha norma, una vez admitida su actual justificación).

[28] Curioso, incluso, resulta que aun no habiendo sobrevivido en el CC definitivo, dedicara unas críticas a tal caso inicialmente propuesto Manresa y Navarro, J. M.ª, *op. cit.*, pp. 38 y 39, aunque, rectamente, con la intención de que mediante interpretativa extensiva se intentara aquellos incluir entre los casos prohibitivos de testar finalmente contemplados en el Código.

Al margen de que no siempre llueva a gusto de todos, en mi opinión, aunque quepa admitir aquel exceso de celo o de desconfianza, y que por ello sea criticable la medida prohibitiva mantenida y ampliada en el art. 753 CC, no parece que ello obedezca más que a una simple cuestión —u opción— de política legislativa que, guste o no, no parece que llegue a vulnerar el espíritu, ni la letra de aquella Convención de Naciones Unidas, ni, por tanto, pueda poner en entredicho la constitucionalidad misma de aquel art. 753 CC. Veámoslo.

2. Nuestra defensa en favor del "nuevo" art. 753 CC y de su conformidad con la Convención de Naciones Unidas

Ante todo, en contra de algunas razones —las menores— que se oponen al art. 753 CC, adviértase que la gratitud hacia la persona de apoyo puede mostrarse de otras formas diversas al testamento (mediante su retribución, o a través de donaciones conforme a los límites que establece la norma en cada caso, según el cargo tutelar o asistencial de que se trate: cfr., entre otros, el art. 251.1º CC, que permite recibir liberalidades en favor de la persona de apoyo cuando finalice su gestión o antes si se trata de regalos de costumbre o módicos; o el art. 281 CC, sobre el curador representativo, con una opción similar…[29]); tampoco impide el art. 753 CC, permitiéndolo incluso, que la persona con discapacidad pueda mostrar cierta gratitud en el propio testamento una vez extinguido el cargo de apoyo, o en todo caso y momento si tal cuidador o cargo protector es pariente heredero *ab intestato* (según permite también el art. 753 CC en su último párrafo); o que en favor de otro tipo de cuidadores, curadores y guardadores[30] se le permita a la persona con discapacidad testar (mediante testamento notarial abierto, según prevé el propio art. 753 CC en su tercer párrafo)…

Pero al margen de tales opciones, no vetadas o permitidas expresamente por el art. 753 CC, existe una razón mayor, que justifica, no solo el contenido estrictamente prohibitivo del art. 753 CC, sino también el de aquellas

[29] O incluso a través de legados de escaso valor, según veremos al interpretar, al aclarar algunas de las dudas que suscita el art. 753 CC.

[30] Y que tantos son, según veremos al interpretar el ámbito subjetivo del art. 753 CC (guardadores de hecho, curadores asistenciales, el defensor judicial…).

otras prohibiciones legales testamentarias que lo circundan (los arts. 752 y 754 CC), demostrándose, además, con ello, que en ninguno de tales casos se atiende a una posible discapacidad de la persona testadora, cuya posible vulnerabilidad tales normas protegen imponiendo la prohibición de testar. Creer lo contrario se explica, en parte y tal vez, porque tradicionalmente la mayoría de nuestra doctrina ha calificado tales supuestos, contenidos en aquellos arts. 752 a 754 CC, como casos de incapacidad relativa para suceder (frente a las incapacidades absolutas para suceder del art. 745 CC, referidas a personas abortivas y a personas jurídicas ilegales), por entender que en aquellos casos sí hay persona (lo que no sucede en los casos de incapacidad absoluta[31]), que, como tales, sí tienen capacidad para suceder en general, pero que por determinadas circunstancias (las exigidas como presupuestos de hecho en aquellos arts. 752 a 754 CC), carecen de ella (lo que justificaría que su incapacidad para suceder sea —según suele denominarse— "relativa")[32].

Craso error nominativo, sin embargo, aquel, de indudables consecuencias prácticas (según veremos a la hora de interpretar el art. 753 CC). En su contra, por supuesto, no se trataría de trasladar el mismo calificativo a la incapacidad para testar que, como así observan otros autores, en aquellos casos se contempla, ni de justificar por ello aquella incapacidad relativa para suceder por esta primera, que lo es para testar[33]. Intentar justificar una incapacidad por otra (la de suceder de unas personas porque otras no puedan testar a su favor, o a la inversa), sería tan inconducente como preguntarse si fue antes el huevo o la gallina. El error, según creo, de ambas formas de

[31] En los que, por ello, es más correcto decir en el sentir común que no existe sucesor (más que un sucesor incapaz).

[32] Así, entre otros muchos, Manresa Navarro, J. M.ª, *op. cit.*, pp. 35 y 36; Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho Civil, Tomo VI, vol. 1º: Derecho de sucesión ("mortis causa")*, Madrid, 1910, p. 261; Valverde Y Valverde: *op. cit.*, p. 439; Ossorio Morales J., *Manual de sucesión testada*, reimp., Granada, Comares, 2001, p. 152; Castán Tobeñas, J., *op. cit.*, pp. 486 y 487; Lacruz Berdejo, J. L., *Derecho de sucesiones*, 5.ª ed., Barcelona, Bosch, 1993, pp. 64 y 65; Puig Peña: *Tratado de Derecho civil español, Tomo V: Sucesiones, vol. 1º: Teoría general de las sucesiones*, 2.ª ed., Madrid, 1974, p. 50; Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo VII, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 69; Martínez de Aguirre, C., *Curso de Derecho Civil, vol. V. Derecho de sucesiones*, Madrid, Edisofer, 2013, p. 82.

[33] Como hacen, entre otros, Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 9.ª ed., Madrid, Técnos, 2005, p. 313; o Rivas Martínez, J. J., *op. cit.*, p. 979, hablando indistintamente de incapacidades y de prohibiciones.

calificar la misma realidad contenida en aquellos arts. 752 a 754 CC ha sido hablar de "incapacidad", cuando rectamente estamos, como cree también buena parte de la doctrina, ante estrictas y genuinas prohibiciones legales[34], lo que es institución bien diversa de la incapacidad o de cualquier limitación a la capacidad (como sucede, entre otras prohibiciones, que también afectan a la materia que nos ocupa, con las contenidas en los arts. 251 y 287 —antiguos 221 y 271— o con el art. 1459.1º CC): porque mientras que las restricciones a la capacidad obedecen a razones subjetivas e inherentes a cada persona (por su edad, madurez, salud… —cfr., de nuevo, el art. 663 CC sobre capacidad para testar—), o —si se sigue una explicación objetiva de aquellas, como defendía De Castro— a su estado civil (de menor, de persona con la capacidad judicialmente modificada en el caso tradicional…)[35], las prohibiciones legales, en cambio, obedecen a razones objetivas —no subjetivas— de moralidad o de contraposición de intereses, a fin de evitar el abuso o el fraude que una persona (la de asistencia y apoyo) pueda

[34] Probablemente el primero en así decirlo fue Royo Martínez, M., *op. cit.*, p. 131 y ss., al hablar de "prohibiciones específicas"; y así luego, Hernández Gil (que aquí tomamos de Castán Tobeñas: *op. cit.*, p. 487, nota 985); Vallet de Goytisolo, J. B., *op. cit.*, pp. 439, 440 y 445, advirtiendo que ello explica el efecto invalidante, como radicalmente nulo, de la particular disposición testamentaria contraria a tales normas; con idéntica advertencia, Roca-Sastre Muncunill, L., *op. cit.*, pp. 390 y 391, siguiéndole, Fernández Hierro, J. M., *op. cit.*, p. 99; Puig Brutau, J., *Fundamentos de Derecho Civil, V-1º*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1975, p. 130; así como, más recientemente, Mena-Bernal Escobar, M.ª J., *La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el Código Civil español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 47 y ss.; Espejo Lerdo de Tejada, M., en Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Madrid, Lex Nova, 2010, p. 864; o De Salas Murillo, S., *op. cit.*, p. 59. Por lo que a la jurisprudencia se refiere, según nos parece no la hay que esta cuestión aclare: prueba de una suerte de *totum revolutum* se observa en la STS de 19 mayo 2015 (RJ 2015/2451), que habla indistintamente de incapacidad y prohibición (cuando dice: "Con carácter general, puede indicarse que el artículo del Código Civil, bien en el marco de las prohibiciones de disponer testamentarias, o bien como causa de indignidad, responde a las denominadas incapacidades relativas para suceder que en sede testamentaria pueden afectar a unas determinadas personas que, por su peculiar o especial relación con el testador, han podido influir en su concreta declaración de voluntad contenida en el testamento que es objeto de impugnación"); de aquella confusión doctrinal se hace eco la STS de 8 abril 2016 (RJ 2016/3659), cuando, aunque comentando el art. 442-5 CC Catalán, advierte: "Conocido es el debate doctrinal sobre el Código Civil en el que se entiende por algún sector como más exacto hablar de «prohibiciones» en vez de usar el término «incapacidades relativas»"; y le sigue en tal advertencia, la STS de 19 febrero 2019 (RJ 2019/497).

[35] Como prefería decirlo Peña Bernaldo de Quirós, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario. Tomo I: Propiedad. Derechos reales*, 3.ª ed., Madrid, Thomson, 1999, p. 313, para quien "las limitaciones de la capacidad afectan a una cualidad de la persona, la aptitud para realizar actos con eficacia jurídica, y se determinan en relación con su estado civil… En cambio, las prohibiciones afectan al contenido del derecho subjetivo, precisamente, a una de sus facultades".

cometer en perjuicio de otra (precisamente, de quien aquella debería asistir y apoyar)[36].

Y es esto último, precisamente, lo que subyace como razón que justifica lo prohibido en aquellos arts. 752 a 753 CC, donde no se impide testar, ni tampoco suceder por vía testamentaria atendidas algunas razones subjetivas de cada uno de los sujetos en lid, al tratarse de personas con plena capacidad —para testar y para heredar—, sino la de evitar el abuso o el engaño, la captación o sugestión de la voluntad —de la libre voluntad— del testador por parte de quienes pueden indebidamente influir en dicha voluntad testamentaria en su propio beneficio e interés, cuando, muy al contrario, deberían velar por el del propio testador[37]. Esta es la razón fundamental de todas aquellas prohibiciones legales para testar y para suceder en testamento —al margen de que se quieran añadir otras, algunas de ellas más que discutibles[38]—.

[36] Uno de los primeros en advertir tal diferencia, en general (sin referirla en particular al caso que nos ocupa), fue González y Martínez, J., «Prohibiciones de disponer», *RCDI*, 1925, pp. 671 y 672, al destacar "la separación de dos conceptos afines: capacidad y facultad dispositiva, el primero de los cuales hace referencia a potencias espirituales y el segundo a poderes patrimoniales… Las faltas de capacidad y las limitaciones de disponer se distinguen…: las primeras descansan en el derecho de la personalidad y tienden a la protección del incapacitado; las segundas se imponen en interés general, o de un grupo o de una determinada persona" (como es, este último, nuestro caso). Insistirá en ello el común de la posterior doctrina hipotecarista; así, por ejemplo, Sanz Fernández, A., *Instituciones de Derecho hipotecario, Tomo II*, Madrid, Reus, 1955, p. 458, cuando afirma que "la incapacidad se impone a las personas por razones puramente subjetivas del propio interesado, independientes de su posición como titular de derechos patrimoniales y limita su capacidad de obrar. (…) La prohibición de disponer [en cambio] se impone al sujeto, por razones subjetivas, pero derivadas siempre de su posición como titular de los derechos patrimoniales, y es siempre ajena al problema de la capacidad de obrar". En definitiva, como sintetizaba Camy Sánchez-Cañete, B., en sus *Comentarios a la legislación hipotecaria, Tomo IV*, Barcelona, Bosch, 1971, p. 777, "las incapacidades nacen dentro del sujeto mismo y las prohibiciones fuera de él".

[37] Limitando la referencia de tal razón al art. 753 CC, así lo advierte el común de la doctrina: Manresa y Navarro, J. M.ª, *op. cit.*, p. 39, quien habla de "sugestión" y de "fraude"; Valverde y Valverde, C., *op. cit.*, p. 441; Sánchez Román, F., *op. cit.*, p. 268; Ossorio Morales, J., *op. cit.*, p. 154; Puig Peña, F., *op. cit.*, p. 52. En cuanto a la jurisprudencia, ya la STS de 16 noviembre 1918 (Roj STS 83/1918), refiriéndose a los arts. 753 y 1459.1º CC, decía: "encamínalos a evitar toda ocasión de posible fraude o engaño"; más recientemente, la SAP de Asturias (Sección 5.ª), de 23 abril 2007 (JUR 2007/211485), dirá que su razón es "evitar que el tutor pueda captar en su favor la voluntad del testador al tiempo de otorgar su última voluntad".

[38] Como la propia protección de los legitimarios, según ya señalara la STS de 22 diciembre 1884 (Roj STS 1182/1884); lo que no se comprende bien cómo puede perjudicarles el testamento que prohíben hacer los arts. 752 a 754 CC si no es mediante la oportuna desheredación (o, en su caso, alegándose en su momento la indignidad sucesoria). En la doctrina, Díaz Alabart, en sus *Comentarios* de Edersa, tomados de vlex, p. 2, a quien sigue Rivas Martínez, J. J., *op. cit.*, pp.

Y no parece necesario, ni acertado siquiera, ahondar en tal razón creyendo que en tales normas se presume —para unos *iuris tantum*, para la mayoría *iuris et de iure*[39]— tal actitud captatoria de la voluntad del testador. No es necesario pensar que en la mente del legislador se tenga en tan baja estima la honorabilidad de tales personas (sacerdotes, notarios, y cargos tutelares o cuidadores) a las que prohíbe suceder de aquellas personas. De creerlo así, los supuestos contenidos en aquellos arts. 752 a 754 CC serían hasta de peor condición que los casos de indignidad sucesoria contenidos en los arts. 756 y ss. CC, donde la causa que hace a la persona indigna para suceder, aunque resultante de su consciente conducta reprobable, ni se presume —pues ha de ser probada— y puede ser redimida por el propio testador a pesar del carácter punitivo de las normas que la regulan, lo que, sin embargo, no su-

980 y 986, añade otras razones: para justificar el art. 752 CC el derecho del testador a morir en paz, así como la propia intachabilidad del sacerdote confesor (según añade la profesora Alabart en su monografía, p. 47); para el art. 753 CC, en su anterior redacción, asegurar una correcta rendición de cuentas por parte del tutor; y para el art. 754 CC la propia honorabilidad del notariado.

[39] En tanto se acrediten los presupuestos fácticos de cada caso, entiende la doctrina mayoritaria que la norma presume *iuris et de iure* la voluntad captatoria del sacerdote, del tutor o del notario en cada caso, evitándose así el problema de tener que probar en cada caso tal captación de la voluntad del testador; así, entre otros muchos, Sánchez Román: *op. cit.*, pp. 263 y 264; Roca-Sastre Muncunill, L., *op. cit.*, pp. 390 y 391; siguiéndole, Fernández Hierro, J. M., *op. cit.*, p. 99. Todo lo cual sirve, a mayor abundamiento, para criticar por injustificado y anacrónico lo que hoy dispone el nuevo art. 753 CC: por todos, De Salas Murillo, S., *op. cit.*, pp. 59 y 60, cuando dice: "En un afán de superprotección, se presume *iuris et de iure* —aunque no se diga así expresamente— la captación de voluntad del testador [lo que] para mí es una de las cuestiones de más flagrante anacronismo, en la persona que, en muchos de los casos, abnegadamente y sin recibir contraprestación suficiente a cambio, asume su guarda legal. Los tiempos han cambiado y la figura del oscuro tutor que se aprovecha de la situación del pupilo, propia de algunas novelas decimonónicas, es mucho menos frecuente que el problema real actual, que es justamente el antagónico: muy difícilmente se encuentra quien quiera asumir la tutela". Adviértase, con todo, que aquella posición mayoritaria proclive a una presunción *iuris et de iure* no es unánime, siendo Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, tomados de vlex, pp. 3 y 4, quien más la ha criticado, creyendo que, al menos en el caso del art. 752 CC, aquella presunción debía estimarse como *iuris tantum*; en la doctrina le sigue Rivas Martínez, J. J., *op. cit.*, p. 981, y así parece haberlo afirmado la STS de 19 mayo 2015 (RJ 2015/2451), aunque, según creo, en *obiter dictum*, cuando entiende que "habida cuenta de que la finalidad de la norma no es otra que la preservación de la libre voluntad querida por el testador, debe descartarse la interpretación que, de un modo absoluto, aplica automáticamente el precepto sin posibilidad de prueba en contrario". En contra de tal explicación, y de aquella otra mayoritaria, razón tienen García Rubio y Otero Crespo: *op. cit.*, pp. 247 a 249, cuando entienden que en ninguno de los casos hay estricta presunción, sino prohibición absoluta de testar y suceder al margen de la efectiva voluntad de las personas en lid.

cede con aquellos arts. 752 a 754 CC, donde la idea de sanción y su posible redención brillan por su ausencia[40].

Para ellos, basta con la simple sospecha del abuso o del engaño para proteger en aquellos casos al testador —que podría tildarse de "vulnerable"[41]—, y que si lo es, no obedece tal vulnerabilidad a su posible discapacidad (solo presupuesta en el art. 753 CC cuando se aplica a la persona con discapacidad, enferma o de la tercera edad, que testa[42], y solo latente en cierto modo en el caso del art. 752 CC por encontrarse el testador en su "*última enfermedad*", pero ausente por completo en el propio art. 753 CC cuando se entienda aplicado a los menores —con más de 14 años, *ex* art. 663.1º CC— sometidos a tutela, así como tampoco en el supuesto del art. 754 CC, cuando se prohíbe testar en favor del notario autorizante del testamento); muy al contrario, la idea de vulnerabilidad responde en todos esos casos a la posible indebida influencia que en un acto tan íntimo y trascendente, como es el testamento, pueden ejercer aquellas personas, a quienes la ley prohíbe heredar por tal testamento.

[40] Ya lo advertían, como diferencia, Lacruz Berdejo, J. L., *op. cit.*, p. 65; Rivas Martínez, J. J., *op. cit.*, p. 99 ... De entre todos, a nuestro propósito merecen recordarse las palabras de Puig Peña, F., *op. cit.*, p. 50 (y que recordará en p. 63), referidas a los arts. 752 a 754 CC, cuando afirma que "no se trata del establecimiento de una sanción civil por un acto ilícito realizado, sino de formular una tacha de carácter preventivo por ciertas razones de sospecha por virtud de las cuales se pone en guardia el legislador reforzando la libertad de testar".

[41] Una "vulnerabilidad" que, según Zurita Martín (*ult. loc. cit.*), a falta de un concepto legal preciso cabe entender como cualquier "posición de fragilidad por razones económicas, de edad, enfermedad, minoría o maltrato", de tal modo que "cualquier persona puede ser considerada vulnerable en un momento determinado, dependiendo de las circunstancias en que se encuentre".

[42] Cáigase en la cuenta de que cuando el art. 753 CC prohíbe testar en favor de determinados sujetos a "las personas que se encuentran internadas por razón de salud o asistencia" en determinados establecimientos —sanitarios o asistenciales—, va más allá de la persona con discapacidad que tenga o no para su asistencia un cargo de apoyo nombrado *ad hoc* para así incluir también a cualquier persona que, ocasional, temporal o indefinidamente, se encuentre asistida en aquellos establecimientos por razón de su salud o asistencia, lo que de suyo, en la mente de la norma, hace pensar en su potencial vulnerabilidad a la hora de hacer testamento ante el riesgo de que su voluntad sea sugestionada por sus propios cuidadores adscritos a aquel centro o establecimiento; todo lo cual puede sucederle a cualquier persona en cualquier momento de su vida, aunque, en la estructura más profunda de aquella norma, muchos piensen, especialmente, en las personas de la tercera edad internadas en residencias. Todo lo cual, según creo, demuestra una vez más que la norma no es discriminatoria para con las personas con discapacidad por su sola discapacidad, pues con tan amplio ámbito subjetivo de aplicación del nuevo párrafo segundo introducido en el art. 753 CC, de nuevo, se pretende evitar el engaño, el abuso, la captación sugestiva de la voluntad del testador.

Y es esto, precisamente, lo que permite —y exige, incluso— la propia Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en su propio art. 12 —supuestamente vulnerado por el art. 753 CC según muchos— cuando expresamente en su ap. 4 habla de "impedir los abusos" y de "que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida". Y si hubiera duda de que tales riesgos son predicables, sobre todo, de la misma persona que asiste y apoya a la persona con discapacidad, y no ya de terceros, queda aquella despejada en la Observación n.º 1º (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuando dice (en su punto 22):

"Aunque todas las personas pueden ser objeto de «influencia indebida», este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores" (lo que ha dado en denominarse el "derecho a equivocarse"[43]).

Ciertamente, en el art. 753 CC nuestro legislador ha decidido proteger a la persona con discapacidad prohibiéndole testar en favor de determinadas personas y en determinadas circunstancias[44], pero limitando su libertad de testar consigue —precisamente— asegurar dicha libertad de testar, no por desconfianza hacia ella misma, por su sola discapacidad impidiéndole que asuma sus propios riesgos y posibles errores (lo que, de ser así, en efecto vulneraría la letra y el espíritu de la Convención de Naciones Unidas), sino por desconfianza o sospecha hacia la persona que debe cuidarla, protegerla y ayudarle —precisamente— a que forme libremente su voluntad —en

[43] Por todos, para una visión sintética, pero contundente, de tal derecho, Pasquau Liaño, M., «La reforma de la incapacitación: dignidad personal y "derecho a equivocarse"». Disponible en: https://ctxt.es/es/20200701/Politica/32820/incapacitacion—ley—apoyo—estado—civil—regulacion—dignidad—miguel—pasquau.htm

[44] Lo dice con tono crítico, e irónico, De Salas Murillo, S., *op. cit.*, p. 61, cuando tras recordar aquel fragmento del art. 12.4 de la Convención, refiriéndose a nuestro legislador, y a su art. 753 CC, dice: "Parece que el modo de salvaguardar no es otro, en este punto, que prohibir".

su caso, también la testamentaria (cfr., el art. 706 CC, en su nuevo tercer párrafo, precisamente introducido con la reforma sobre personas con discapacidad, aplicable a cualquier persona que, aun sin ostentar ningún cargo de apoyo, ayude a la persona con discapacidad a fin de otorgar su testamento)—. Que frente al riesgo del abuso o engaño la Convención quiera salvaguardar el derecho a equivocarse no incluye en tal salvedad el derecho a ser engañado (del mismo modo en que el error propio es diverso del causado por dolo); lo que pretende la Convención es que la persona con discapacidad asuma sus propios riesgos y sus propios errores (riesgos y errores siempre propios), pero no cuando tales riesgos y errores puedan ser causados por engaño de otra persona, mucho menos, de manos de su propio guardador o apoyo. Pues si bien el testamento es, ciertamente, personalísimo, y la prohibición del art. 753 CC alcanza, entre otros —solo—, al curador representativo, pudiendo por ello extrañar que una discapacidad de tal entidad no afecte a la voluntad para testar (cfr., art. 249 CC), nada impide que no sea así[45], siempre que en el momento de testar tal voluntad se forme y exprese libre y conscientemente (conforme a las garantías, ya mencionadas arriba, que actualmente la ley dispone a tal efecto, entre otros, en sus arts. 663.2º, 665, 695, 706.III CC; unas garantías que de suyo no impiden que en dicho otorgamiento pueda aquel curador de muchos modos captar la voluntad del testador). Lo difícil no es imposible, ni siquiera improbable, y a tal hipótesis cautelarmente responde el art. 753 CC.

Por eso mismo, tampoco en la evitación del engaño, del abuso en obtener el tutor o el curador parte de la herencia de su pupilo, o el del cuidador y asistente parte de la herencia de quien cuida, hay discriminación para la persona con discapacidad que testa, sino idéntica protección que se contiene en las otras normas, ubicadas alrededor de aquella, que también pretenden evitar la captación de la voluntad del testador —y así asegurar su libertad de testar— en provecho del notario que, precisamente, redacta el testamento (art. 754 CC), o del sacerdote que confiesa al testador en su última enfermedad (art. 752 CC). Todo ello, según creo, acorde con lo que ya la Observación n.º 1º (2014) del Comité de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad aclaraba (en su punto 32), interpretando el art. 5

[45] En lo dicho y en lo que sigue —solo— en este párrafo, Lora-Tamayo Rodríguez, I., *op. cit.*, p. 166, y con él Pérez Ramos, C., *op. cit.*, pp. 118 y 119.

de la Convención de Nueva York (dedicado, precisamente, a la igualdad y no discriminación); cuando, en particular, dice:

"Los Estados pueden limitar la capacidad jurídica de una persona en determinadas circunstancias, como la quiebra o una condena penal. Sin embargo, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas. La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente".

Cierto que tal vez el legislador pudiera haber tomado otra medida (por ejemplo, la propuesta durante su tramitación parlamentaria, de permitir como regla en tales casos el testamento notarial abierto, o la tradicionalmente defendida, contra los arts. 752 a 754 CC en general, de dejar la cuestión resuelta a su posible impugnación si se acredita, en efecto, la captación de voluntad *ex* arts. 673 y 755 CC); pero si finalmente no lo ha hecho, ello, a lo más, podría ser objeto de crítica —pero, como dije al inicio de esta cuestión que ahora concluyo— como simple cuestión u opción de política legislativa, mas sin llegar a tildar tal decisión finalmente adoptada por nuestro legislador como contraria a la Convención, o a nuestra propia Constitución.

III. CRITERIOS PARA INTERPRETAR EL "NUEVO" ART. 753 CC

1. El art. 753 CC, y el tópico de su necesaria interpretación restrictiva por ser una norma excepcional y odiosa

Consabido es que tradicionalmente en materia de capacidad rige la regla de que sus limitaciones han de ser interpretadas restrictivamente. Es una enseñanza, según creo, ya tomada desde el magisterio de D. Federico De Castro, quien, en su *Derecho Civil de España*[46], tomaba como referencia la regla "*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*", para desde ella se-

[46] Cuya reedición que aquí tomo es la de 1984.

ñalar directrices para la interpretación. Así, las disposiciones de carácter penal o sancionador se interpretarán de modo restrictivo, para excluir su "odiosa extensión"; las leyes especiales, excepcionales, concesión de privilegios, reglas ocasionales y transitorias serán de aplicación preferente, pero de interpretación restrictiva; las normas procesales se consideran de orden público y de interpretación rígidamente ajustada al texto legal; los preceptos limitativos de la capacidad [decía] son de interpretación restrictiva, y del mismo modo los que restringen el ejercicio o ámbito de la propiedad; las disposiciones de carácter social, dictadas para proteger a los económicamente más débiles, se entiende que son de carácter imperativo, irrenunciable y de interpretación extensiva".

Como se ve, "los preceptos limitativos de la capacidad son de interpretación restrictiva", decía, afirmación que hacía con fundamento en una jurisprudencia que así lo decía (refiriéndose a la STS 6 mayo 1944[47]; aunque bien pudieran añadirse otras, anteriores incluso[48], como la STS 7 febrero 1927[49], cuando, sobre incapacidades laborales, decía, apoyándose en una jurisprudencia ya formada en la cuestión, que su régimen "es de carácter limitativo y, por lo tanto, de interpretación rigurosa y restringida, sin que sea lícito, por lo tanto, aplicarlo a otros casos que a los en él previstos expresamente").

Puede, incluso, observarse que tal regla interpretativa, de origen jurisprudencial y doctrinal, es hoy también legal (a modo de interpretación auténtica). En el caso español, por ejemplo, así lo proclama, aunque para la capacidad de los menores, el art. 2.1.II de la LO 1/1996, cuando dice: "Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor"; así también, aunque sin ese inciso final, el art. 7.2 del Código de Derecho Civil Foral de Aragón: "Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva"; o, en general para la capacidad de toda persona, el CC Catalán cuando en el ap. 3 de su art. 211-3 dispone que "Las

[47] Roj STS 94/1944; donde se afirma que "el tema de incapacidad es de interpretación restrictiva".

[48] Siendo probablemente la primera en afirmarlo la STS 22 diciembre 1863 (Roj STS 567/1863), aunque en *obiter dicta*, al hablar de "el principio general de que debe ampliarse lo favorable y restringirse lo odioso".

[49] Roj STS 52/1927.

limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural".

Idéntica doctrina ha sido predicada de las prohibiciones legales, por ser obstáculos o impedimentos que a veces la ley impone a determinadas personas para la realización de determinados actos y negocios jurídicos a fin de evitar el abuso o el fraude, establecidos todos ellos bien por razones de moralidad bien por la contraposición de intereses[50]. De entre todas las diversas prohibiciones establecidas en el propio Código Civil interesan, a nuestra materia, la de los actuales arts. 251 y 287 —paralelos a los anteriores 221 y 271— (sobre curatela y otras instituciones de apoyo), la del art. 1459.1º CC (también ligera aunque intencionadamente reformado, en materia de compraventa, para alcanzar a cualquier cargo protector[51]), o, precisamente, la del art. 753 CC que venimos tratando. Y de todas ellas siempre se ha entendido que tales prohibiciones no se presumen y que han de establecerse expresa y claramente; de lo contrario, ha de imperar una interpretación restrictiva de las mismas, proclive a su menor alcance o, incluso, a su misma inexistencia, por tratarse de normas prohibitivas, de limitaciones excepcionales *contra naturam*, contrarias a la natural capacidad de la que goza toda persona, que es la regla general, lo que, además, las convierte en normas odiosas, haciendo, una vez más, aplicable el conocido adagio: *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*[52]. Estimadas, así, aquellas normas prohibi-

[50] Que, como decía García Goyena, F., *op. cit.*, p. 236, comentando el art. 236 del Proyecto de CC-1851 (similar al vigente art. 1459.1º CC), "alejan toda posibilidad de confabulación".

[51] A pesar de que termine hablando de quienes "representen" a las personas, pareciendo omitir a quienes simplemente los "asistan"; aunque tal hipótesis quede incluida en su inicio al hablar de quienes "desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo".

[52] Siendo probablemente la primera en afirmarlo la STS de 22 diciembre 1863 (Roj STS 567/1863), aunque en *obiter dicta*, al hablar de "el principio general de que debe ampliarse lo favorable y restringirse lo odioso". Dirá, también, la STS de 2 junio 1932 (Roj STS 516/1932): "La prohibición establecida por Ley para adquirir por compra… se refiere a las personas y con relación a bienes expresamente comprendidos en alguno de los casos señalados en el art. 1459, mas en modo alguno puede afectar a la validez de los contratos en cuyos otorgantes no concurren las aludidas circunstancias, ya que por tratarse de disposiciones prohibitivas han de interpretarse restrictivamente". Acerca del art. 1459.2º CC, dirá la STS de 3 junio 1949 (Roj STS 85/1949) "que tal precepto, por su carácter de prohibitivo ha de aplicarse de manera restrictiva"; así también la STS de 27 mayo 1959 (RJ 1959/2469): "Distintas de las incapacidades son las prohibiciones especiales impuestas por la ley para realizar determinados actos o negocios jurídicos, respondiendo principalmente a razones de moralidad, que restringen siempre la capacidad de derecho… pudiendo solo ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva, por aplicación del principio de Derecho "odiosa sunt restringenda"… y la prohibición, como de interpretación estricta, no puede extenderse".

tivas como odiosas y excepcionales, con mayor razón también se les niega su aplicación analógica *ex* art. 4.2 CC[53].

Por lo que respecta a los arts. 752 a 754 CC, que son los que aquí nos ocupan más rectamente, son muchos, en efecto, los pronunciamientos jurisprudenciales que así lo afirman, siendo en ello secundados por el sentir común de la doctrina[54]:

Siguiendo un orden cronológico, aunque referidos a uno u otro precepto, acerca del precedente del actual art. 752 CC diría por primera vez el TS en sentencia de 18 junio 1864[55] que había de entenderse "en su tenor literal", siendo más explícita, sobre idéntico precedente, la STS de 8 enero 1896[56] al afirmar que "no admite interpretación extensiva según repetidamente [*sic*?] ha declarado este Tribunal". Refiriéndose al art. 752 CC, por entonces ya

Negando que el art. 1459 CC se aplique al comisionista, recordará la STS de 14 octubre 1966 (Roj STS 899/1966) que "es doctrina constante de esta Sala al proclamar que el contenido del art. 1459 del CC como prohibitivo que es, debe interpretarse restrictivamente". También la STS de 2 febrero 1973 (Roj 1892/1973), al decir: "El art. 1459, número 4º, del CC, sólo puede ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva, por aplicación del principio *odiosa sunt restringenda*, como ya tiene declarado la jurisprudencia con anterioridad". Así también nuestra jurisprudencia registral, sobre prohibiciones legales de disponer, dirá, por ejemplo, la RDGRyN de 17 junio 1950 (RJ 1950/1240) que las mismas "deben ser interpretadas con criterio restrictivo".

[53] Así lo dirá, refiriéndose al art. 1459.2º CC, la STS 7 diciembre 1983 (RJ 1983/6922), que "nunca podría aplicarse subjetivamente por vía analógica la prohibición que regula, al no concurrir identidad de razón entre la prohibición establecida para el mandatario y la pretendida para familiares…". Antes, la STS de 13 febrero 1967 (Roj STS 1655/1967) había rechazado la aplicación del art. 1459 CC, entre otras razones, porque "aunque ofrece grandes semejanzas con aquel [el contrato de compraventa], especialmente en su modalidad de contrato oneroso estando a veces embebida dentro del mismo la relación de renta que figura como uno de sus efectos, no es menos cierto que esto no puede implicar identidad por el específico carácter aleatorio de la renta vitalicia y por su discutida naturaleza científica que ha hecho considerarla por parte de la doctrina científica como un contrato real y no puramente consensual, lo que repercute en su tratamiento legal, donde ningún precepto se remite para al complemento de su regulación, a las normas propias de la compraventa".

[54] Que suele limitarse a subrayar lo que ya la jurisprudencia afirma, aplicando así la máxima de la necesaria interpretación restrictiva de tales prohibiciones a casi cualesquiera problemas interpretativos que se susciten; así, entre otros muchos, Valverde y Valverde, C., *op. cit.*, pp. 440 y 441; Royo Martínez, M., *op. cit.*, p. 132, justificando aquella máxima interpretativa de aquellas prohibiciones legales para testar "por su carácter excepcional y prohibitivo"; Ossorio Morales, J., *op. cit.*, pp. 154 y 155; Vallet De Goytisolo, J. B., *op. cit.*, p. 444; Roca-Sastre Muncunill, L., *op. cit.*, pp. 391-393; Castán Tobeñas, J., *op. cit.*, pp. 487 y 488, con nota 987; Puig Peña, F., *op. cit.*, p. 51; Rivas Martínez, J. J., *op. cit.*, p. 987; Albácar López, J. L. y De Castro García, Jaime, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, Tomo III: arts. 609-1087*, Trivium, 1991, p. 453; Espejo Lerdo de Tejada, M., *op. cit.*, p. 861; y tantos otros.

[55] Roj STS 1591/1864.

[56] Roj STS 89/1896.

en vigor, parecida a aquella primera de 1864, volverá a señalarse, en la STS de 25 abril 1899[57], la necesidad de interpretar dicha norma en su "sentido… y los términos literales". Con el tiempo vendrán a insistir en la misma idea otras dos sentencias, referidas ya al art. 753 CC que nos ocupa: una, la STS de 11 marzo 1911[58], para decir que "las disposiciones de carácter restrictivo no pueden extenderse ni ampliarse á otros casos y personas que á los comprendidos en ellas", y la otra, la STS de 16 noviembre 1918[59], cuando refiriéndose, aunque —según creo— en *obiter dictum,* a los arts. 753 y 1459 CC, afirma que tales normas "no tienen aplicación [al caso concreto] porque no pueden reconocerse más incapacidades que las que la ley expresamente determina, sin que puedan extenderse a otros supuestos que no permite la naturaleza prohibitiva de aquellos preceptos". Volviendo a referirse al art. 752 CC, dirá la STS 25 octubre 1928[60]: "como todas las incapacidades que disminuyen la eficacia del arbitrio libérrimo del que, en ejercicio de sus derechos de propiedad, dispone de los bienes para después de la muerte, ha de ser interpretada con criterio restrictivo y únicamente cuando concurren todas las condiciones o circunstancias", insistiendo de nuevo en ello la STS de 6 abril 1954[61] al afirmar que "el art. 752 CC es de interpretación restrictiva por contener una disposición que limita la libertad de testar", así como más recientemente la STS de 20 mayo 1995 para decir que "su aplicación es eminentemente restrictiva y la interpretación de la norma ha de ser estricta". En medio de todas ellas, la STS de 11 febrero 1946[62], aunque referida al art. 756 CC sobre indignidad sucesoria, llegará a decir que, igual que sucede también con las incapacidades, como "se traduce en una sanción o pena civil, se ha de interpretar restrictivamente".

Mi posición, sin embargo, no puede ser más que discrepante con la expuesta, y en la discrepancia no estoy solo. Veámoslo.

[57] Roj STS 153/1899.
[58] Roj STS 610/1911.
[59] Roj STS 83/1918.
[60] Roj STS 688/1928.
[61] RJ 1954/1551.
[62] Roj STS 401/1946.

2. Contra el tópico, la posible interpretación extensiva de las prohibiciones legales conforme al "favorabilia amplianda" si ello es conforme a su "ratio"; y, una vez más, "in dubio pro capacitate"

Tan extenso y casuístico elenco de prohibiciones que la ley establece (no solo en aquellos arts. 752 a 754 CC, sino en otros muchos casos —indicados antes—), lo son, precisa y ciertamente, por estar tasados, por contener listas exhaustivas, cerradas de actos y negocios que quienes asisten a las personas con discapacidad no pueden hacer, sin más o sin autorización previa (como los de los arts. 251, 287, 1459.1º CC), o que ni la propia persona con discapacidad puede realizar (el caso del art. 753 CC). Conforman, pues, todos aquellos supuestos un sistema de *numerus clausus*[63], de casos cerrados y tasados —insisto— que por eso mismo no se presumen, pues han de ser claros y expresos en la concurrencia en cada caso de todos y cada uno de los presupuestos fácticos exigidos para su aplicación[64] (lo que, según creo, muchas veces se confunde con su necesaria interpretación restrictiva[65]).

Todo ello impide, en efecto —pues en esto tampoco discrepo del sentir común—, que por interpretación extensiva, mucho menos analógica, ni siquiera mediante pacto, se puedan incluir otros supuestos, otras prohibiciones diversas de las previstas taxativamente en la ley (como tampoco que tales prohibiciones se apliquen si no concurren todos y cada uno de sus presupuestos fácticos). Pero ¿acaso no cabría interpretar amplia, extensi-

[63] Curiosamente, aunque refiriéndose a las causas de indignidad del art. 756 CC, Mena-Bernal Escobar, M.ª J., *op. cit.*, pp. 62-65, con Albaladejo, considera que aun siendo de interpretación restrictiva no constituyen un listado de *numerus clausus*, lo que, en nuestra opinión, sorprende por admitir lo más rechazando lo menos.

[64] Así, por ejemplo, la STS de 21 octubre 1915, cuando entiende que la prohibición del art. 752 CC no lo es para ser testigo en el testamento, "pues para ello se requeriría la existencia de prohibición expresa, que no contiene ese precepto legal ni ningún otro". O la STS de 25 octubre 1928 (Roj STS 688/1928), también sobre el art. 752 CC, que estima aplicable "únicamente cuando concurren todas las condiciones o circunstancias".

[65] Es, por ejemplo, según creo, lo que sucede con el sentido de la "última enfermedad" y de la "confesión" a que se refiere el art. 752 CC, cuya prueba en la praxis forense ha sido siempre muy polémica y problemática. Igual ha sucedido con el art. 753 CC acerca de si la condición de tutor ha de ser previa, coetánea o posterior al otorgamiento de testamento (a lo que luego nos referiremos, cuando resolvamos cada una de las dudas que en particular la norma plantea).

vamente cada caso ya previsto conforme a su *ratio,* e incluso aplicarlo por analogía[66]?

Aun siendo consciente de la dificultad, y peligrosidad, de distinguir entre analogía e interpretación extensiva[67], creo que no resultará difícil su precisión para el objeto particular presente. En síntesis, siguiendo la opinión originaria de Federico De Castro[68] y la posterior de su discípulo, Díez-Picazo, este sin mutar de opinión en posteriores reediciones de su obra[69], creo que la analogía sirve como mecanismo para integrar lagunas legales institucionales, es decir, para materias o instituciones que carecen de un reconocimiento o amparo legal completo y cuyos problemas pueden ser resueltos por otras normas que resuelvan parecidos problemas para materias o instituciones que presenten una identidad de razón con aquellas otras instituciones o materias. En tal caso, mediante la analogía se extendería la *ratio* de unas normas, previstas para una determinada materia o institución, para ser aplicadas *ad extra*, fuera de su ámbito institucional, a otra materia o institución diversa, pero semejante a la regulada.

En cambio, en la interpretación extensiva, no hay una laguna institucional que integrar, sino solo una laguna casuística, es decir, la imprevisión de un caso concreto dentro de una materia, o institución, que sí tiene respaldo normativo. En tal hipótesis, si aquel caso puede resolverse ampliando una de las normas que ya regulan dicha materia, o institución, aunque refiriéndose a otro caso, estaríamos ante un claro supuesto de interpretación extensiva:

[66] Del modo tradicional en nuestra jurisprudencia de interpretar restrictivamente el art. 752 CC se preguntaba Montés Penadés, comentando —precisamente— el art. 4.2 CC, en *Comentarios a las reformas del CC. El nuevo título preliminar*, Madrid, 1977, p. 221, nota 43: "¿Esta es una norma odiosa? ¿No es una norma que protege la libertad de testar —principio general— y que por ende se debería poder aplicar a otras causas de sugestión o captación de la voluntad?".

[67] Personalmente ya me enfrenté a ello en un trabajo mío publicado en el *Anuario de Derecho Civil* (en el n.º 3 de 2012), con el título "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines".

[68] Parecida a la evolución de Bobbio, aunque tal vez más moderada, fue, entre nosotros, la de don Federico De Castro: de un inicial escepticismo (en la 1.ª edición, de 1942, según data su prólogo, de su *Derecho civil de España*, p. 402), pasó a defender la diferencia (en la 3.ª edición de su *Derecho civil de España*, de 1955, p. 539), para terminar de nuevo concluyendo, con Castán —¡ecléctico por excelencia! —, que entre ambas sólo hay una diferencia de grado, de cantidad, e incluso más teórica que práctica (en la reedición de 1984).

[69] En *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.ª ed. (la que he manejado), Barcelona, 1993, pp. 280 y 281.

sin salirse de su ámbito normativo, la norma se extiende en su aplicación directa, no analógica, a un caso similar, pero en ella no expresamente contemplado. Como se ve, el salto en la integración por analogía es mayor que en la interpretación extensiva, por ser de mayor entidad, o calado, la propia laguna a colmar: la norma, o el conjunto normativo, a aplicar por analogía sale de su ámbito normativo propio, o natural, para regular otra materia, otra institución, o el caso particular de una materia, o institución, no contemplada directamente por aquella norma, o por aquel conjunto normativo. Es, por tanto, un salto lógico *ad extra*, frente al interno o *ad intra* que supone la interpretación puramente extensiva.

Piénsese, como ejemplo emblemático para esta distinción, en el art. 752 CC[70], que prohíbe testar en favor del sacerdote que confiesa al testador en su lecho de muerte: si se pretendiera aplicar a otras instituciones o materias (en este caso, a otro tipo de negocios jurídicos, *v. gr.*, a una donación hecha en favor del sacerdote —problema, por lo demás, que, como veremos, también sigue planteando hoy la difícil coordinación entre los arts. 251.1º, 287.3º y 753 CC—), estaríamos en el terreno de la analogía; en cambio, si se intentara aplicar a otros actos diversos de la confesión (*v. gr.*, como la extremaunción), o a cualquier otra autoridad de culto que en la última enfermedad del testador le hubiese confesado o asistido espiritualmente de cualquier otro modo, estaríamos en el terreno de la interpretación extensiva (del mismo modo, aunque *a contrario sensu*, si se pretendiera su sola aplicación al sacerdote católico —y solo— confesor, estaríamos ante una interpretación restrictiva o, cuando menos, estricta); y, así, piénsese en otros posibles casos…

Por eso, si es común —y aceptable— entender que en la interpretación extensiva la ley dijo menos de lo que quiso —o pudo— decir (como en la restrictiva se entiende que la ley dijo más de lo que quiso —o pudo— decir), cuando se recurre a la analogía es porque la ley no dijo —expresa y directamente— nada. Mientras en la interpretación extensiva hay —podría decirse— una dilatación lógica de la norma, para ser ella misma, en su letra y no solo en su espíritu, aplicada a un caso no previsto en ella pero similar

[70] Al que, precisamente, volveremos luego, con cita de doctrina y de otros argumentos, por estar muy relacionado con el caso del art. 753 CC, que nos afecta directamente a nuestra materia.

por su inclusión en la materia, o institución, que regula, en la analogía, en cambio, se produce —podría decirse— el salto lógico de una norma, o de un conjunto de normas, que se extiende aplicándose a una materia, o institución, diversa, pero semejante, de la que en ella expresamente se regula.

Aun admitida tal distinción, tratándose de prohibiciones legales, hemos visto que a ello se oponen la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias —antes referidas— por entender que aquellas prohibiciones legales son normas odiosas y excepcionales, lo que, sin embargo, estimo equivocado.

Radicalmente, en el fondo de tal doctrina el error, según creo, estriba de nuevo en confundir prohibiciones e incapacidades, porque, recuérdese, mientras que las restricciones a la capacidad obedecen a razones subjetivas e inherentes a cada persona (por su edad, madurez, salud… —cfr., de nuevo, el art. 663 CC sobre capacidad para testar—)[71], o —si se sigue una explicación objetiva de aquellas, como defendía De Castro— a su estado civil (de menor, de persona con la capacidad judicialmente modificada…), las prohibiciones legales, en cambio, obedecen a razones —objetivas— de moralidad o de contraposición de intereses, a fin de evitar el abuso o el fraude que una persona (la de asistencia y apoyo) pueda cometer en perjuicio de otra (precisamente, de quien aquella debería asistir y apoyar). Por eso, mientras que cualquier limitación a la capacidad afecta a la capacidad propia de una persona, las prohibiciones legales, en cambio, afectan a la legitimación para disponer o para administrar, pero no a la capacidad de la persona que en absoluto se ve afectada por aquella prohibición, sino una limitación, un veto a tal legitimación y al poder de asistencia[72], a fin de evitar cualquier abuso o fraude (y entiéndanse tales expresiones en sentido técnico: el abuso de derecho a que se refiere el art. 7.2 CC, y el fraude de ley a que se refiere el art. 6.4 CC).

[71] Y no se diga ya de las incapacidades absolutas por no haber siquiera persona, como, en nuestra materia, ocurre para suceder (art. 745 CC).

[72] Como decía, aunque de pasada y refiriéndose en general a las prohibiciones de disponer, la RDGRyN de 22 junio 1943 (pdf en BOE-A-1943-6511), "sin implicar propiamente una falta de capacidad jurídica, oponen un veto", siendo más precisa la de 23 octubre 1980, al decir: "… sin que esta prohibición de disponer suponga falta de capacidad jurídica del afectado, sino tan solo un veto al desenvolvimiento de las facultades".

Siendo, pues, tal el fundamento de todas aquellas prohibiciones legales impuestas tanto a la propia persona que negocia (que, en nuestro caso, testa), como a sus tutores y curadores (en nuestro caso, para suceder *mortis causa*), no cabe entender que las normas que las imponen sean excepcionales cuando, muy al contrario, son consecuencia y manifestación de aquellos principios, en evitación del abuso y del fraude legal. Que su contenido sea imperativo y prohibitivo y que la consecuencia de su vulneración sea la invalidez[73] del acto o negocio hecho abusiva e ilegalmente no las convierte en normas excepcionales, ni genuinamente sancionadoras o punitivas (acaso como si toda norma imperativa y prohibitiva también lo fuera), e ineptas, por tanto, para su aplicación por analogía[74], sino en protectoras de la persona cuyo engaño o abuso la ley pretende evitar con aquellas prohibiciones[75]. Con el común sentir de la doctrina —aquí sí—, y sin la necesidad de entrar ahora en su —tan debatida— *natura iuris*, es, precisamente, el alcance punitivo o sancionador propio de las causas de indignidad sucesoria del art. 756 CC lo que las diferencia de las prohibiciones de los arts. 752 a 754 CC, donde tal alcance sancionador, tan excepcional —este sí— en Derecho civil, brilla en estos otros por su ausencia[76].

[73] Empleamos tal expresión por no entrar en tan encendido debate habido, del que espero se me excuse, acerca de si la invalidez de la disposición testamentaria hecha en contra de los arts. 752 a 754 CC es nulidad de pleno derecho o simple anulabilidad (así como en otras cuestiones conexas a tal calificación —como el tema del plazo de la acción de impugnación, la determinación del inicio y de la posible retroacción de la invalidez…—; cuestiones todas de indudable importancia práctica, pero que, según creo, exceden de la recta interpretación del art. 753 CC que nos ocupa).

[74] Como, en cambio, insinuaba —como poco— aquella STS de 11 febrero 1946 (Roj STS 401/1946), cuando, aunque referida al art. 756 CC, sobre indignidad sucesoria, llegaba a decir que, como sucede también con las incapacidades, "se traduce en una sanción o pena civil, se ha de interpretar restrictivamente". O como afirma García Rubio, M.ª P., «Relaciones de cuidado y Derecho sucesorio: algunos apuntes», *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber amicorum, T. F. Torres García*, Madrid, Wolters Kluwer, 2014, p. 147, para negar que tales prohibiciones legales puedan ser aplicadas extensivamente, ni por analogía (*ex* art. 4.2 CC).

[75] Es lo que, precisamente en contra de García Rubio (mencionada en la nota anterior), advierte Díaz Alabart: en su monografía, p. 51, nota 58, cuando dice que los arts. 752 a 754 CC "no son normas sancionadoras, precisamente porque no se aplican por una conducta contraria a una norma imperativa, sino que constituyen una cautela ante la fundada duda de que se haya producido la captación de voluntad".

[76] Ya lo advertían, como diferencia, Lacruz Berdejo, J. L., *op. cit.*, p. 65; Rivas Martínez, J. J., *op. cit.*, p. 995... De entre todos, a nuestro propósito merecen recordarse las palabras de Puig Peña, F., *op. cit.*, p. 50 (y que recordará en p. 63), referidas a los arts. 752 a 754 CC, cuando afirma que "no se trata del establecimiento de una sanción civil por un acto ilícito realizado, sino de formular una tacha de carácter preventivo por ciertas razones de sospecha por virtud de las cuales se pone en guardia el legislador reforzando la libertad de testar".

Siendo, además, aquella la razón —protectora con el testador— y esa la naturaleza —general— de tales normas prohibitivas, tampoco cabe ver en ellas materia odiosa que deba necesariamente interpretarse con alcance —solo— restrictivo. Tal vez sea odiosa para la persona de apoyo cuya legitimación —para suceder *mortis causa*, en nuestro caso— queda vetada, proscrita o limitada, pero en absoluto lo será para la persona —que testa, en nuestro caso— que la ley protege con aquella proscripción, resultándole, al contrario, beneficiosa: en el caso particular del art. 753 CC, ciertamente aquella ve mermada su legitimación para disponer testamentariamente de sus bienes, pero, precisamente, para así asegurar su libertad de testar sin engaños ni abusos; un favor, pues, de la ley, que, al contrario de lo que pretende aquella tradicional jurisprudencia, permitiría su interpretación extensiva conforme al aforismo *favorabilia amplianda*, de modo que "hasta donde llegue la razón de la moralidad [que la justifica] llegará la prohibición"[77].

Así las cosas, y aun siendo indudable que las prohibiciones legales forman un listado cerrado que no se presume, y que deben describirse de forma clara y expresa, la falta de claridad no debe conducir necesariamente a su interpretación restrictiva, conducente incluso a su negación misma, sino a una interpretación de la norma conforme a su finalidad (como exige en general, para toda interpretación jurídica, el art. 3.1 CC *in fine*, cuando condiciona y subordina toda interpretación "al espíritu y finalidad" de la norma interpretada), de modo que, según la particular *ratio legis* (la del art.

[77] Según concluía, en su trabajo —aunque— sobre el art. 1549.2.ª CC, García Valdecasas y García Valdecasas («La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 457 y 458, quien llegará a decir en general, con toda la razón (p. 457), que "la llamada interpretación extensiva puede ser necesaria para que un precepto prohibitivo e incluso de excepción cumpla su propia finalidad"; añadiendo luego (en la misma página): "Como el campo de la contratación se considera tradicionalmente propio de la autonomía de la voluntad, toda prohibición legal, en cuanto limitación de esa autonomía, tiende a ser interpretada restrictivamente. Pero esa tendencia resulta engañosa y conduce muchas veces a consecuencias erróneas. El *vetare* no tiene por qué ser de interpretación más restrictiva que el *imperare*". En la misma jurisprudencia, la STS de 3 septiembre 1996 (RJ 1996/9747), tras mencionar la doctrina legal favorable a la interpretación restrictiva de las prohibiciones legales (mención que, por cierto, hace reproduciendo los motivos de casación), llegará a decir, sentando —entonces sí— jurisprudencia: "Es cierto que la doctrina jurisprudencial dominante preconiza la interpretación y aplicación restrictiva de la prohibición contenida en el n.º 2 del art. 1459 CC, pero también lo es que la mentada prohibición no solo afecta a los casos de autocontratación en su más pura acepción sino, además, a aquellos otros que ofrezcan riesgos de abuso por implicar una colisión de intereses o una acreditada conflictividad entre los intereses en juego".

753 CC, en nuestro caso), pueda tener como resultado una interpretación estricta, restrictiva o extensiva, según cada caso.

Que, en principio, la interpretación del art. 753 CC deba de ser estricta, como —según vimos— afirma cierta jurisprudencia sobre el tema[78], no parece que sea singularidad ninguna de tal norma, pues, por principio, debe ser la primera intención del intérprete, la de atenerse al tenor o sentido literal o gramatical, al de las palabras que la norma emplea, de modo que deba partirse de la conformidad de la letra de la norma con su espíritu (no en vano, es el primer criterio hermenéutico a que se refiere, en general, el art. 3.1 CC, sobre el modo en que interpretar cualquier norma "según el sentido propio de sus palabras", en cierto modo, conforme al conocido adagio *in claris non fit interpretatio*); tal punto de partida interpretativo, sin embargo, no impide que, mediante el empleo de otros criterios interpretativos, el intérprete concluya que aquella razón de la ley va más allá o más acá del sentido propio o estricto de sus palabras, dando así lugar, respectivamente, a una interpretación extensiva o restrictiva, sin que una u otra opción pueda servir como resultado apriorístico a la hora de interpretar, de aclarar la norma en cuestión.

Y como muestra de tal posibilidad, esto es, de que la interpretación sea, en su caso, extensiva, es la que finalmente ha venido a admitir la propia jurisprudencia más reciente referida —eso sí— al caso del art. 752 CC, como hace ya mucho algunos en la doctrina habían propuesto (Manresa, hace más de un siglo, o, más recientemente, Díaz Alabart[79]); es una interpreta-

[78] Como, recuérdese, la STS de 18 junio 1864 (Roj STS 1591/1864) que, sobre el antecedente del que sería luego el art. 752 CC, decía que había de entenderse "en su tenor literal", o refiriéndose al art. 752 CC, por entonces ya en vigor, la STS de 25 abril 1899 (Roj STS 153/1899), al reiterar la necesidad de interpretar dicha norma en su "sentido… y los términos literales", así como más recientemente la STS de 20 mayo 1995 para decir que "su aplicación es eminentemente restrictiva y la interpretación de la norma ha de ser estricta", lo que, técnicamente, es un contrasentido, pues una cosa es que la interpretación, en principio, deba ser declarativa —y— estricta (con lo que estamos, sin duda, conformes), y otra que a la vez sea una interpretación —modificativa— restrictiva.

[79] En efecto, el primero, si no yerro, en defender tal interpretación extensiva del art. 752 CC fue Manresa y Navarro, J. M.ª, *op. cit.*, pp. 37 y 38, con fundamento, por entonces, en el art. 11 de la Constitución española de 1876 (que proclamaba la libertad de culto, a pesar de la confesionalidad católica del Estado); con él, Valverde y Valverde, C., *op. cit.*, p. 440; Lacruz Berdejo, J. L., *op. cit.*, p. 68; Roca-Sastre Muncunill, L., *op. cit.*, p. 392, nota 835; Puig Peña, F., *op. cit.*, pp. 51 y 52; Fernández Hierro, J. M., *op. cit.*, pp. 100 y 101; o Albácar López, J. L. y De Castro García, J., *op. cit.*, p. 449, aunque negándose todos ellos a que el art. 752 CC fuese aplicado a

ción que se ha venido a hacer de conformidad con la nueva realidad social y normativa (según permite el art. 3.1 CC en su referencia a los criterios sociológico y sistemático), que se contiene en el art. 16 CE (al consagrar la libertad religiosa y la laicidad estatal) y en todas las normas que han venido a reconocer otras confesiones religiosas, dando por resultado extender la aplicación de la prohibición de testar del art. 752 CC a cualquier ministro de culto (no solo al sacerdote católico, al que literalmente se refiere aquella norma), y cualquiera que sea el acto de asistencia espiritual o religiosa (se trate o no de estricta confesión) dispensado al testador durante su enfermedad postrera.

Aunque algún precedente más lejano puede rastrearse, como en la STS de 6 abril 1954[80] que, aunque partidaria de su interpretación restrictiva[81], vino a incluir en el art. 752 CC al sacerdote o a cualquier "director espiritual" (lo que, tal vez, podría estimarse una interpretación declarativa lata —aunque, por supuesto, no ya restrictiva, ni siquiera declarativa estricta—), como pionera en aquella extensión destaca la STS de 19 mayo 2015[82], siguiéndola, la

actos asistenciales o espirituales diversos de la genuina confesión. Más recientemente, y con mayor énfasis, Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, pp. 3, 12, 13 y 18, aunque proponiendo —y, con ella, Rivas Martínez, J. J., *op. cit.*, pp. 980 y 983; y Martínez de Aguirre, C., *op. cit.*, pp. 85 y 86) — que la norma sea en tal sentido finalmente reformada, ora para darle mayor amplitud, ora para derogarla sin más (acorde a su espíritu opuesto a tal norma); una última opción esta que para García Rubio, M.ª P. y Otero Crespo, M., *op. cit.*, p. 248, es la única aceptable, hasta el punto de entender derogado aquel art. 752 CC por sobrevenida inconstitucionalidad; también en favor de una interpretación extensiva del art. 752 CC, mas sin la necesidad de derogarlo, se manifiestan, entre otros, Lasarte Álvarez, C., *op. cit.*, p. 69; o Pérez Ramos, C., *Memento práctico Sucesiones*, Madrid, Francis Lefebvre, 2021, p. 118. También los hay, por supuesto, en contra de tal extensión del art. 752 CC, siendo el primero en oponerse, ya en tiempos de Manresa, Sánchez Román, F., *op. cit.*, p. 265, pues, a pesar de la libertad de culto reinante en aquella época, la confesión no encuentra parangón en ninguna otra religión diversa de la católica. Así también, en contra de su interpretación extensiva, recientemente, López y López, Á. M., *Derecho Civil (V): Derecho de sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 69.

[80] RJ 1954/1551.

[81] Cuando, recuérdese, afirma que "el art. 752 CC es de interpretación restrictiva por contener una disposición que limita la libertad de testar".

[82] RJ 2015/2451; de cuyo fundamento Jurídico 2º merece ser transcrito el siguiente fragmento, donde comienza destacando "el carácter instrumental que presenta la interpretación literal de la norma, de forma que no debe valorarse como un fin en sí misma pues la atribución del sentido y alcance, objeto del proceso interpretativo, sigue estando o respondiendo también a la propia finalidad y función que informa a la norma. (…) Desde esta directriz, conviene precisar la caracterización que, *prima facie* (a primera vista) suele describir la aplicación de este precepto a tenor de su mera literalidad, particularmente de su interpretación estricta. (…) En efecto, en primer lugar, debe señalarse que la valoración de esta causa de incapacidad relativa para suceder no escapa de la debida interpretación

STS de 8 abril 2016[83] (aunque referida a la norma catalana, más reciente y, por ello, actualizada, y proponiendo por ello que el art. 752 CC también se extendiera a otras religiones y a cualquiera que fuese la asistencia religiosa, por analogía[84] —decía, según creo, sin necesidad—, al ser bastante con una interpretación extensiva). Y en la misma línea, siguiendo a las dos anteriores y formando así por su número indudable jurisprudencia, la STS de 19 febrero 2019[85] (en la que, de nuevo innecesariamente, se vuelve a hablar de la aplicación analógica del art. 752 CC).

---

flexible conforme a la realidad social y a los valores del momento en que se produce. De ahí que en la actualidad la obligada interpretación constitucional del precepto extienda su aplicación no sólo a los sacerdotes católicos, sino también a los de cualquier otra confesión religiosa. (…) En segundo lugar, y conforme a la necesaria interpretación sistemática del precepto, también debe puntualizarse que su incidencia en el plano de la ineficacia testamentaria tampoco escapa a su debida ponderación por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido, no sólo como mero canon interpretativo, sino también como principio general del derecho, con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación a la voluntad manifestada por el testador (*favor testamenti*)".

[83] RJ 2016/3659.

[84] En la doctrina, también habla de aplicar por analogía el art. 752 CC, Albácar López, J. L. y De Castro García, J., *op. cit.*, p. 449, como así lo defendía no hace mucho Díaz Alabart: en su monografía, pp. 50 y ss., a fin de aplicar por analogía el art. 753 CC a lo que ya hoy este se refiere en su nuevo segundo párrafo. En contra de tal analogía, se mostraban García Rubio, M.ª P. y Otero Crespo, M., *op. cit.*, p. 248, por entender que, al tratarse de una norma sancionadora y excepcional, que lo es por restringir la capacidad, no puede ser aplicada por analogía, según lo prohíbe el art. 4.2 CC; nada de lo cual podemos compartir, no solo porque, como defendemos, no se trate de una norma excepcional ni sancionadora, sino porque aun siéndolo no habría impedimento para su interpretación extensiva, sino tan solo para su aplicación analógica (que es lo único proscrito en aquel art. 4.2 CC). Admitida, según dije, la distinción entre analogía e interpretación extensiva, ¿qué importa que una norma sea excepcional o singular para ser interpretada extensivamente? Los hay que, aun a veces sin abordar si quiera la categórica distinción entre analogía e interpretación extensiva, consideran que esta no debe operar en las normas excepcionales, al ser estas de necesaria interpretación restrictiva (o, cuando menos, estricta), conforme al viejo brocardo *quod contra rationem iuris receptum est, non est procedendum consequenctias*. Según el propio De Castro y Bravo, F., (p. 470), "las leyes especiales, excepcionales, concesión de privilegios… serán de aplicación preferente, pero de interpretación restrictiva". A nuestro juicio, en cambio, sí parece posible, al modo en que parece preverlo el CC portugués, cuyo artículo 11 dispone: "As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva". No hay, desde luego, norma equivalente en el Derecho español, pero así lo impone la lógica, que matiza aquel viejo adagio pauliano: mientras que las normas excepcionales no son aplicables por analogía, pues esta consiste en la traslación de la *ratio legis* de una institución a otra institución o materia similar, y en aquellas normas no hay principio o razón general que trasladar (por mucho que la excepción a tal regla esté justificada en aquel tipo de normas), en cambio, por principio no debe haber inconveniente en interpretar extensivamente una norma excepcional, pues esta, a diferencia de la analogía, sólo implica una dilatación lógica de la norma *ad intra*, una expansión o traslado de la razón —aunque singular— dentro de su mismo ámbito institucional o material propio, natural, o específico.

[85] RJ 2019/497.

Habiendo sido, así, admitido tal proceder interpretativo tratándose del art. 752 CC, ¿por qué no también admitirlo para el art. 753 CC —eso sí— siempre que ello sea conforme a su espíritu, a su *ratio*, según exige el art. 3.1 CC *in fine*? Habrá de ser, en fin, tal razón de la norma, y no ningún pretendido tópico apriorístico, ni prejuicio parecido, la que determine en cada caso el resultado de su interpretación.

Con todo, no queda así la cuestión interpretativa del todo resuelta, pues siempre cabe, una vez aplicados todos los instrumentos hermenéuticos (el gramatical, el histórico…), que exista una duda razonable acerca de si la *ratio legis* resulta o no aplicable a un caso particular que no esté clara o expresamente comprendido en ella. En tal supuesto, si no fuera posible alcanzar una interpretación segura, en la duda, frente a aquella jurisprudencia proclive siempre a una interpretación restrictiva de la prohibición, también cabría, en teoría al menos, abogar por su interpretación extensiva, tratándose, en particular, de la prohibición legal testamentaria del art. 753 CC, porque tal vez su interpretación extensiva se mostraría como la más conforme con la razón general de todas aquellas prohibiciones legales, y que, según vimos, la propia Convención de la ONU refiere (en su art. 12.4) en favor de las personas con discapacidad: la de evitar el riesgo al fraude o abuso ante posibles conflictos de intereses o casos de influencia indebida. Sin embargo, al estimar la propia Convención cualquier recorte o condición en la capacidad justificada por tal razón como algo excepcional, como una suerte de último recurso, más bien parecería oportuno y prudente, ahora sí, inclinarse por su interpretación restrictiva, es decir, por una interpretación contraria a la prohibición, y favorable, por tanto, a la capacidad, a la libertad —de testar, en nuestro caso— de la persona con discapacidad, conforme a lo que —según advertimos desde un comienzo— es la regla, el principio general inspirador de toda la Convención, y de toda la reforma española que le da cumplimiento, en cuya virtud —de nuevo y una vez más— *in dubio pro capacitate*.

Expuestos, así, cuáles han de ser los criterios de interpretación del art. 753 CC, pasemos, ahora por fin, a aclarar algunas de las numerosas dudas que dicha norma plantea.

IV. RESOLUCIÓN, EN PARTICULAR, DE ALGUNAS DE LAS DUDAS QUE SUSCITA EL ART. 753 CC

Expuestos, hasta aquí, cuáles han de ser los criterios de interpretación del art. 753 CC, y los de cualquier otra prohibición legal, pasamos a aclarar algunas de las dudas que aquella norma plantea, y así saber qué queda incluido y qué excluido de su ámbito de aplicación, no sin antes advertir[86] que no todo aquello que quede fuera del ámbito prohibitivo del art. 753 CC quedará siempre impune, aun habiendo en el caso verdadera captación de la voluntad del testador, acaso como si se tratara de una laguna legal; solo que para tal caso, de haber tal captación fraudulenta, esta, debidamente acreditada —en tal caso sí—, se regirá por las reglas generales de impugnación del testamento —tan difícil de probar en la práctica—, ya sea por la vía del art. 673 CC, o por la de la causa de indignidad sucesoria del art. 756.5º CC, al tratarse de un testamento hecho por dolo o por intimidación, ya lo sea por aplicación del art. 755 CC[87] en caso de que el testamento se haya hecho en favor de un "testaferro", de una persona interpuesta (como pudiera ser un familiar, amigo…).

1. Sobre el ámbito subjetivo de la prohibición legal testamentaria

1.1. Sujetos incluidos y excluidos de la prohibición legal de testar

Frente a la redacción originaria del art. 753 CC, que hablaba de "la disposición testamentaria del pupilo", actualmente, ya desde su reforma en 1996 hecha por obra de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del menor, dicha referencia al "pupilo" ha desaparecido, mas tal supresión no parece que sea un problema, al menos ahora, tras la reforma que la norma ha experimentado con la Ley 8/2021, sobre personas con discapacidad, que venimos tratando.

[86] Y es común así advertirlo en la doctrina, siendo por ello ocioso incluso citarla.

[87] Norma que, como dice Lasarte Álvarez, C., *op. cit.*, p. 70, es la "cláusula de cierre" de las incapacidades relativas para suceder —que él denomina—.

Antes de ella, puesto que la capacidad para testar de las personas con discapacidad, incapacitadas o con su capacidad judicialmente modificada —según se admitía, y decía, por entonces—, no era la regla general, sino algo excepcional (especialmente, tratándose de personas con discapacidad psíquica o sensorial), resultaba debatible a qué "pupilo" se refería rectamente el art. 753 CC: si solo al menor —con capacidad para testar *ex* art. 663.1º CC— o también a la persona incapaz, o incapacitada, a que se le permitiera tal posibilidad de testar; una duda que se mantendría, o incrementaría incluso, cuando en su reforma de 1996 junto a la figura del tutor se añadió la del curador.

Siendo, por entonces, la opinión mayoritaria favorable a la inclusión de las personas incapaces —por razones que ahora ya no tiene sentido traer para su aclaración—[88], hoy dicha inclusión parece incuestionable: como ha quedado advertido (al comienzo de este trabajo), la capacidad para testar de tales personas es la regla, y la referencia que hoy hace el art. 753.I CC prohibiendo el testamento en favor del "tutor o curador representativo", no debe dejar lugar a duda alguna: la referencia al tutor ha de entenderse referida al menor de edad (puesto que la tutela, tras la reforma de 2021 conforme exige la Convención de Naciones Unidas y la Observación que la interpreta, ha quedado vetada para las personas con discapacidad —salvo que sean a su vez menores, claro es—)[89], de modo que, en su lugar, la referencia que se hace al "curador representativo" no permite más que pensar en la persona con discapacidad, eso sí, con una discapacidad de cierta entidad como para que el sistema de apoyo establecido sea la curatela representativa, y no la curatela asistencial (sin representación), ni la guarda de hecho…

[88] Por todos, Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, tomados de vlex, p. 8, y siguiéndola, como es habitual en esta materia, Fernández Hierro, J. M., *op. cit.*, p. 105, diciendo que la palabra "pupilo" no solo incluye a los menores, sino también —por entonces admitido— a cualquiera que tenga un tutor, como un incapacitado mayor de edad, como así lo demuestra, decía Silvia, que en su último párrafo el art. 753 CC hable de "descendiente" y de "cónyuge", lo que, salvo excepciones, no es lo habitual tratándose de un menor de edad —sobre todo— con capacidad para testar (que lo es a partir de los 14 años según el art. 663.1º CC).

[89] Así lo aclaran, García Rubio M.ª P., en *RDC*, p. 179, nota 1; Corvo López, F. M.ª, *op. cit.*, p. 164; y De Salas Murillo, S., *op. cit.*, p. 64.

Aunque pueda extrañar que una discapacidad de tal entidad no afecte a la voluntad para testar (cfr., art. 249 CC), nada impide que no sea así[90], siempre que en el momento de testar tal voluntad se forme y exprese libre y conscientemente (conforme a las garantías, ya mencionadas arriba, que actualmente la ley dispone a tal efecto, entre otros, en sus arts. 663.2º, 665, 695, 706.III CC).

Más genérica y amplia, en cambio, es la referencia que —no obstante ser hecha— de forma expresa hace el art. 753 CC, prohibiéndoles testar en favor de determinados sujetos, a "las personas que se encuentran internadas por razón de salud o asistencia" en determinados establecimientos (sanitarios o asistenciales)[91]. Salvo que admitamos un concepto amplio de discapacidad —lo que, por lo demás, sería acorde con la reforma de 2021, que no la define, aceptando, así, para su integración la idea de discapacidad (mental o física), de la Convención de la ONU (cfr., sus arts. 1.II y 5)[92]—, con aquella expresión el art. 753 CC va más allá de la persona con discapacidad que tenga o no para su asistencia un cargo de apoyo nombrado *ad hoc* para así incluir también a cualquier persona que, ocasional, temporal o indefinidamente[93], se encuentre asistida en aquellos establecimientos por razón de su salud o asistencia, lo que de suyo, en la mente de la norma, hace pensar en su potencial vulnerabilidad a la hora de hacer testamento ante el riesgo de que su voluntad sea sugestionada por sus propios cuidadores adscritos a aquel centro o establecimiento; todo lo cual puede sucederle a cualquier persona en cualquier momento de su vida, aunque, en la estructura más profunda de aquella norma, muchos piensen, especialmente, en las personas de la tercera edad internadas en residencias[94]. Todo lo cual, por cierto, demuestra una vez más que la norma no es discriminatoria para con

[90] En lo dicho y en lo que sigue —solo— en este párrafo, Lora-Tamayo Rodríguez: *op. cit.*, p. 166, y con él Pérez Ramos, C., *op. cit.*, pp. 118 y 119.

[91] Sobre su significado, aunque refiriéndose a su antecedente más inmediato, el art. 412-5.2 CC catalán, por todos, Vaquer Aloy, A., *op. cit.*, pp. 142 y ss., y en la propuesta de reforma del art. 753 CC conforme a tal antecedente, Díaz Alabart, S., en su monografía, pp. y 50 ss., García Rubio, M.ª P. y Otero Crespo, M., *op. cit.*, pp. 242 y ss.

[92] Así mismo, de la Observación n.º 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, véase el punto 9 de su Introducción.

[93] Lora-Tamayo Rodríguez, I., *op. cit.*, p. 167, muestra sus dudas a que la norma se aplique en caso de internamiento puntual.

[94] Como lo revela el título mismo de la monografía de Díaz Alabart, S., *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes… cit.*

las personas con discapacidad por su sola discapacidad, pues con tan amplio ámbito subjetivo de aplicación del nuevo párrafo segundo introducido en el art. 753 CC, de nuevo, se pretende evitar el engaño, el abuso, la captación sugestiva de la voluntad del testador[95].

1.2. Sujetos incluidos y excluidos de la prohibición legal de suceder por testamento

A la vista de que la prohibición de testar establecida en el primer párrafo del art. 753 CC se refiere —solo, según parece— al "curador representativo" —y en el entendido de que hoy su mención al tutor solo lo es del menor de edad no emancipado que por tener más de 14 años pueda testar *ex* art. 663.1º CC[96]—, ¿qué sucede con el curador sin representación?, pues a él no se refiere aquel párrafo, aunque sí lo hacía en su redacción anterior reformada en 1996, así como ahora en su último párrafo, cuando habla de "curador o cuidador" para permitir testar en su favor siempre que sea un pariente heredero *ab intestato* del testador; ¿y qué sucede con los demás posibles cargos de apoyo a las personas con discapacidad, como son el defensor judicial o el guardador de hecho?, y ¿dónde quedaría aquella persona que, sin ostentar ninguno de tales cargos, puede llegar a ayudar a la persona con discapacidad a fin de otorgar su testamento, como así permite el art. 706 CC[97], precisamente ahora reformado a tal efecto en su tercer párrafo?, ¿está, entonces, prohibido que la persona con discapacidad teste en favor de tales personas no expresamente mencionadas en aquel primer párrafo del

[95] Curiosamente, al contrario, cree Lora-Tamayo Rodríguez, I., *op. cit.*, p. 167, que tal inclusión de cualquier persona internada en un centro clínico o residencial es discriminatoria para tal persona, de modo que a ella no debería aplicarse el art. 753 CC (en la misma línea, Pérez Ramos, C., *op. cit.*, p. 119, "aunque [reconociendo] que el precepto no excluye este supuesto y no distingue"); con todo, no se olvide, como vimos, que Lora-Tamayo se muestra en general contrario al art. 753 CC.

[96] Porque, como es sabido, la tutela queda ya hoy excluida para las personas con discapacidad, salvo que sean también menores. Así lo advierten, comentando el art. 753 CC, García Rubio, M.ª P., en *RDC*, p. 179, nota 11; Corvo López, F. M.ª, *op. cit.*, p. 164; o De Salas Murillo, S., *op. cit.*, p. 64.

[97] Un problema que hace ya tiempo planteaba Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, tomados de vlex, pp. 12 y 13, comentando el art. 754 CC y su posible aplicación analógica al caso; así como respecto de un posible testamento ológrafo con apoyos, Pérez Gallardo, L. B., "El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 782, 2020, pp. 3646 y ss.

art. 753 CC que establece, como regla, la prohibición de testar, o tal vez sí podrá hacerlo por entrar aquellas personas en la excepción del párrafo tercero cuando se refiere a "las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga"?

Para la solución de tales dudas, nos parece que el dato histórico puede resultar muy orientativo:

García Goyena, cuando en su Proyecto de CC de 1851 —inspirado en el art. 909 del *Code*[98]— incluía la prohibición de testar en favor del médico, del cirujano o de cuantos otros asistieran al testador durante su última voluntad[99] —que, sin embargo, no pasaría al definitivo Código de 1889, pero que puede estimarse como precedente más remoto del nuevo segundo párrafo del vigente art. 753 CC—, entendía que los términos referidos a "médicos y cirujanos" podían serlo en sentido amplio, para abarcar a quienes lo fueran profesionalmente o no: "bien sean tales de verdad [decía[100]], bien charlatanes ó empíricos, porque en estos hay los mismos recelos de influjo ó ascendente del enfermo"; lo cual, por cierto, sirve para entender incluida en el nuevo párrafo segundo del actual art. 753 a cualquier persona o personal, sea o no profesional sanitario, con o sin titulación, que, cualquiera que sea su relación con el centro sanitario o residencial (estrictamente contractual o no, legalizada o no), presta cualquier tipo de cuidado o atención a las personas en aquel centro ingresadas o trabaje en la propia dirección y gestión del centro. Abunda en tal amplitud, que, por ejemplo, siendo consciente de

[98] Que tras ser reformado en dos ocasiones (muy cercanas entre sí, en 2007 y en 2009), dispone en su primer párrafo: "Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci"; en su versión originaria decía: "Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie".

[99] Era la prohibición contenida en el art. 612 del Proyecto, que, inspirado en el art. 909 del C francés y conservado en el art. 749 del Proyecto de CC de 1882, decía: "Los médicos y cirujanos que hayan asistido al testador en su última voluntad y sus esposas, no podrán percibir cosa alguna á virtud del testamento que haya hecho durante la misma; esceptúanse de esta prohibición los médicos y cirujanos pacientes parientes del testador dentro del cuarto grado", y que García Goyena, F., *op. cit.*, p. 59, justificaba "porque los honorarios de los médicos y cirujanos son hoy día tan exorbitantes, que hacen innecesaria toda otra remuneración", y "porque en estos hay los mismos recelos de influjo ó ascendente sobre el enfermo".

[100] García Goyena, F., *op. cit.*, p. 59.

la crítica hecha a la exigencia de "relación contractual", expresada en el art. 412-5.2 CC Catalán[101], que es la musa más inmediata de aquel nuevo art. 753.II CC, en este se haya suprimido tal exigencia[102], así como que se haya ampliado el abanico de potenciales sujetos afectados por la prohibición de suceder testamentariamente al hablar de "cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento", conforme se fue ampliando también, tras sucesivas y diversas reformas legales obedientes a su previa jurisprudencia casacional, el art. 909 del CC francés[103].

Sin embargo, tras admitir aquella amplitud en la expresión "médicos o cirujanos", García Goyena rechazaba, en cambio, incluir en su Proyecto de CC la prohibición legal de testar en favor del tutor, apartándose aquí del *Code*, entre otras razones[104], por el peligro de que también aquella prohibición se extendiera a maestros, ayos…[105].

El peligro, sin embargo, de tal extensión en el ámbito subjetivo de la prohibición del art. 753 CC no se ha producido, al menos, en su aplicación práctica. Hace ya mucho, la STS de 3 diciembre 1896[106] se negó a aplicar el art. 753 CC a cuidadores que no fuesen legalmente tutores del pupilo, "porque la prestación de tales servicios [de cuidado, según decía] no lleva consigo la autoridad que es inherente y privativa del cargo de tutor". Y en tal

[101] "Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio". Una expresión aquella de la "relación contractual" que tanto ha criticado Vaquer Aloy, A., *op. cit.*, pp. 142 y 144, quien defiende la aplicación extensiva de tal norma a los casos en que no haya estricta relación contractual.

[102] Y así lo proponía *de lege ferenda* Díaz Alabart, S., en su monografía, p. 55.

[103] En una nota anterior reproducido, y cuya progresiva ampliación en su ámbito subjetivo de aplicación, primero por obra de la jurisprudencia francesa y luego, como interpretación ya, por obra del legislador, destacan y explican García Rubio, M.ª P. y Otero Crespo, M., *op. cit.*, pp. 242 y 243.

[104] Recuérdese que, comentando el art. 614 del Proyecto de CC de 1851 (antecedente del actual art. 754 CC), decía García Goyena, F., *op. cit.*, p. 61: "No se ha admitido el artículo 607 Francés, copiado en el 713 Sardo, y otros Códigos, inhabilitando al tutor para percibir nada del testamento de su menor…; los motivos que se dan para esta prohibición no convencen, y se prefirió, por lo tanto, mantener lo vigente… ¿Y por haber merecido mayor confianza para ser nombrados [como tutores], se desconfía luego de ellos hasta el punto de no poder recibir una muestra de gratitud por su celo y oficios semipaternales?". Como se ve, son muy similares a las aducidas hoy contra el nuevo art. 753 CC.

[105] Cuando decía (en p. 61): "Adoptada la prohibicion de los tutores, seria preciso estenderla á los maestros, ayos, etc., con los que vivan los menores en clase de pensionistas", pero, añadía, que "por evitar un mal ó abuso raro, no se ha de prohibir el bien, ó recto uso en la generalidad de los casos".

[106] Roj STS 177/1896.

línea se ha mantenido la doctrina mayoritaria limitando su aplicación al tutor[107], lo que, por supuesto, no ha impedido que alguna voz disonante propusiera la inclusión del curador, tanto por vía interpretativa (extensiva), como *de lege ferenda*, por entender que el riesgo en la captación de la voluntad testamentaria era idéntico tratándose de dicho cargo[108]; una interpretación más amplia que se haría auténtica por obra del legislador (precisamente tras ser reformada aquella norma por la LO 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor); y que, sin embargo, por su falta de precisión acerca de la función asumida por el curador fue pronto objeto de crítica por parte de la doctrina[109], por entender que la prohibición debería estar solo referida a aquellos "curadores que completan la personalidad del incapacitado judicialmente por deficiencias físicas o psíquicas que impiden que se gobiernen por sí mismos", pero no a "aquellos otros curadores que complementan actos jurídicos realizados por personas plenamente capaces… porque en estos últimos no existe el peligro de captación de la voluntad de que son susceptibles los incapaces"; una crítica a la que, según algunos[110], parece haber obedecido, precisamente, la concreción del nuevo art. 753 CC limitando la prohibición de testar —solo— en favor del curador —que lo sea— representativo, no ya, por tanto, si se trata del curador asistencial, según insiste la doctrina mayoritaria a la vista de su nueva redacción por entender que el riesgo de captación y engaño es menor tratándose de dicho curador[111].

De nuevo, pues, una interpretación de la norma, basada en sus palabras en consonancia con sus antecedentes históricos (con la *voluntas legislato-*

[107] Por todos, Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, tomados de vlex, pp. 9 y 10, comentando dicho art. 753 CC; así como Albácar López, J. L. y De Castro García, J., *op. cit.*, p. 452; Martínez de Aguirre, C., *op. cit.*, p. 86.

[108] Por todos, Hualde Sánchez, J. J., en *Comentarios del CC*, del Ministerio de Justicia, Tomo I *(comentario al art. 221 CC*), Madrid, 1991, p. 688, emparentando el 753 con el 221.1º CC —de entonces—, por fundarse igualmente ambos "en el juicio apriorístico de que toda liberalidad que realiza el sujeto a una medida de guarda y protección en favor de su guardador, habría que entenderla originada no en su libre voluntad sino en una voluntad captada por el cargo tutelar; captación de voluntad que se presumiría producida por la relación de sujeción moral en que se encuentra, con respecto a su guardador, todo sujeto a guarda".

[109] Por todos, Díez-Picazo, L., *op. cit.*, p. 314, de quien reproducimos algunos fragmentos de su razonamiento a continuación en texto.

[110] Como Planas Ballvé, M., *op. cit.*, p. 666, refiriéndose a la opinión de Díez-Picazo.

[111] Así, Corvo López, F. M.ª, *op. cit.*, p. 164; o De Salas Murillo, S., *op. cit.*, p. 65, quien entiende aplicable el art. 753.I CC solo al curador representativo por ser el "que actúa en casos de mayores necesidades de apoyos y en los que, por ende, hay mayor posibilidad de influencia".

ris), conduce a tal interpretación —que no es restrictiva, por cierto, sino tan solo estricta—. Sin embargo, creo que concluir así es quedarse a medio camino, pues, aunque tal interpretación sea conforme a la voluntad del legislador, no es del todo acorde con la razón de la norma, ni siquiera con todas las palabras que emplea el art. 753 CC en otros de sus párrafos; a saber:

Admitido —por convicción— que expresamente el art. 753 CC se refiere en su primer párrafo solo al curador con representación y —acríticamente admitido— que el riesgo de captación de la voluntad en caso del curador no representativo es menor que de tener una función representativa, ello no niega que exista tal peligro, aunque sea menor[112], cuando la sospecha de tal peligro es lo que nutre el espíritu de la prohibición de testar a su favor. Por eso mismo, entre entender que en la prohibición ha de ser también incluido el curador asistencial (lo cual chocaría con la letra del art. 753.I CC y con la voluntad del legislador), y permitir sin más que la persona con discapacidad pueda testar a su favor (lo que podría chocar con su *ratio legis*), cabe una solución intermedia, acorde íntegramente con el art. 753 CC (con su letra y con su espíritu): la de entender incluido al curador asistencial, así como a defensores judiciales y guardadores de hecho, entre "las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga [análoga, dice] al causante" a que se refiere el propio art. 753 CC, ahora en su párrafo tercero, para permitir que puedan suceder por vía testamentaria "si es ordenada en testamento notarial abierto"[113]. Del mismo modo cabe incluir a tales sujetos, así como también al propio curador representativo, en la siguiente excepción, a la que se refiere el párrafo cuarto y último del art. 753 CC, cuando permite suceder por testamento al "tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*", donde, como se ve, se habla ya en general de curador (sin mayor precisión, debiéndose, pues, incluir a todo curador), y de "cuidador", sin más, remitiéndose así con tal expresión al concepto amplio establecido en el párrafo anterior referido

[112] Para Lora-Tamayo Rodríguez, I., *op. cit.*, p. 166, y siguiéndole su yerno, Pérez Ramos, C., *op. cit.*, p. 119, ese peligro es incluso "más real", dice, tratándose del curador asistencial.

[113] Curiosamente, esa es la idea pretendida por Lora-Tamayo Rodríguez, I., *op. cit.*, p. 166, y siguiéndole, por Pérez Ramos, C., *op. cit.*, p. 119, acaso como si no fuera la que finalmente acoge el nuevo art. 753 CC, sin caer en la cuenta de que la letra misma de la norma ya lo permite.

a cualesquiera "servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga"[114].

Otro tanto puede decirse de aquella persona que, sin ostentar ninguno de tales cargos de apoyo ni cuidado (ni ser tampoco su confesor, art. 752 CC, ni el notario autorizante del testamento abierto, *ex* art. 754 CC), puede llegar a ayudar a la persona con discapacidad a fin de otorgar su testamento, como así permite el art. 706 CC, precisamente ahora también reformado a tal efecto en su tercer párrafo, porque en el momento de tal ayuda o asistencia tal persona se estaría comportando, en cierto modo, como el "cuidador" a que, tan ampliamente, se refiere el art. 753 CC en sus dos últimos párrafos indicados[115]. También, por tanto, estaría, en principio, prohibido testar a su favor (salvo que se esté en alguna de las dos excepciones que el propio art. 753 CC contiene en sus dos últimos párrafos).

Dicho sea de paso (aunque no por ello sea menos importante), que en tal caso la ayuda deba prestarse en el momento en que se redacta el testamento es coherente con que, en general, la capacidad —y la libertad— para testar deba observarse en el momento de su otorgamiento, conforme exige el art. 666 CC y de acuerdo con que el peligro que trata de evitar el art. 753 CC sea la sugestión de la voluntad en dicho momento en que se otorga testamento. Del mismo modo, la prohibición de testar que impone el art. 753 CC en su primer párrafo, en principio, solo afectará al testamento otorgado una vez que los cargos de apoyo ya estén nombrados y ejerzan su función, así hasta su extinción, al margen de que se hayan o no rendido cuentas (lo que en la nueva redacción del art. 753.I CC ya no se atiende frente a su anterior redacción[116]). Porque ni antes —de la designación del cargo— ni

[114] Sorprende, por ello, que Lora-Tamayo Rodríguez, I., *op. cit.*, p. 168, se plantee si la excepción contenida en el último párrafo del art. 753 CC aplicable a tutores y curadores lo es también a los sujetos de los dos párrafos anteriores, diciendo que aquel párrafo "nos deja la duda", aunque contestando que "parece lógica la contestación afirmativa", que comparto plena y sencillamente porque así lo incluye aquel párrafo ultimo cuando se refiere al "cuidador", en general, sin mayor precisión.

[115] Antes de su nueva redacción, planteaba la posibilidad de aplicar por analogía el art. 754 CC a aquel caso Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, pp. 12, 13 y 20, comentando dicha norma, aunque ella misma terminaba negando tal solución por muy diversas razones que ahora ya no vienen al caso.

[116] Cuando prohibía testar en favor del tutor o del curador "salvo cuando se haga después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no tuviese que rendirse estas, después de

después —tras su extinción— cabe mantener la sospecha de riesgo en la captación de voluntad. Por idéntica razón, la prohibición de testar del art. 753 CC en su nuevo segundo párrafo solo operará mientras que la persona —potencial testadora— se encuentre internada en el centro hospitalario o residencial, pero no —naturalmente— antes, ni —según creo— después. Cualquier posible supuesto de efectiva captación de la voluntad del testador fuera de tales espacios de tiempo (anteriores a la designación del cargo o del internamiento, o posteriores a la extinción del cargo de apoyo o al alta sanitaria o residencial), en principio, quedarían fuera del ámbito prohibitivo del art. 753 CC, pudiendo, en su caso, ser impugnado el testamento, si así se acredita aquella captación, al amparo de las reglas generales (según los ya mencionados arts. 673, 755 y 756.5º CC)[117].

---

la extinción de la tutela o curatela".

[117] Todo lo dicho en este sentido, ha sido siempre la opinión común. En la doctrina, por todos, Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, pp. 7 y 8, aun advirtiendo que nuestro art. 753 CC no sea tan expreso en tal sentido como el art. 596 del *Codice* (cuando este dice: "Sono nulle le disposizioni testamentarie della persona sottoposta a tutela in favore del tutore, se fatte dopo la nomina di questo [dice, claramente] e prima che sia approvato il conto o sia estinta l'azione per il rendimento del conto medesimo"); también García Rubio, M.ª P., en *RDC*, p. 609, y así hoy, acerca del nuevo art. 753 CC, Lora-Tamayo Rodríguez, I., *op. cit.*, p. 166. Así también en nuestra "jurisprudencia menor", como en el caso resuelto por la SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 23 abril 2007 (JUR 2007/211485), que admitió la validez del testamento hecho en favor de quien ya dos años después de otorgado el testamento fue designado como curador del testador; o más interesante la SAP de Córdoba (Sección 1.ª) de 11 marzo 2019 (AC 2019/537), referida a la autotutela (al caso en que una persona designe a su cargo de apoyo y luego teste a su favor), cuyo razonamiento interesa reproducir cuando dice: "en relación con la figura de la autotutela introducida por Ley 41/2003 mediante la modificación del art. 223 del CC y más concretamente con su párrafo segundo («Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor»), la consecuencia, derivada de una interpretación conjunta de ambos preceptos, debe ser la de considerar, tal y como pragmáticamente se propugna en determinados ámbitos notariales, de que el art. 753 debe de interpretarse en el sentido de que solo esté incapacitado para suceder el que en el momento de hacer testamento tenga la condición de tutor efectivo y real, esto es de tutor judicialmente designado *ex* art. 234 del CC. (…) No entenderlo así sería omitir la referida ratio del art. 753 y considerar, en contra de un elemental pragmatismo a la hora de apreciar la propia realidad de las cosas, que el instituido heredero durante la incapacidad del testador (aunque capaz para testar *ex* 665 del CC) debe de quedar sometido al mismo régimen que el heredero instituido cuando el testador era plenamente capaz y cuando, además, en el ejercicio de esa plena capacidad efectúa, a favor de una misma persona de relevante confianza para el disponente, una mera designación (preferente pero, en última instancia sometido a motivada apreciación judicial) de tutor. (…) Téngase presente en favor de dicha interpretación la convergencia que la misma guarda con lo dispuesto en el art. 666 del CC (si para apreciar la capacidad del testador se ha de atender únicamente al estado en que se halla al tiempo de otorgar testamento, para apreciar la incapacidad del tutor como heredero igualmente deberá de atenderse dicho momento) y art. 221.1 del CC (si la prohibición de

También se ha suscitado siempre como duda acerca del art. 753 CC la de si la prohibición de testar en favor de tutores y curadores —solo los representativos, que dice ahora— es solo referible a las personas naturales que desempeñen tales cargos o también si se trata de personas jurídicas. La doctrina ha mantenido al respecto posturas diversas[118]: entre quienes no veían sentido su aplicación a tales personas jurídicas, por entender que lo normal es captar la voluntad del testador para beneficio propio y no para el ajeno (como sería captar aquella voluntad para que la persona jurídica misma herede)[119], y quienes no lo entendían así porque la norma no hacía distingos (pues, como es sabido, *ubi lex non distinguit…*)[120].

Entre ambas, creo que la nueva redacción del art. 753 CC obliga a inclinarse por la segunda, permitiendo que la prohibición sea predicable de cargos tutelares que sean también institucionales, personas jurídicas. Ciertamente, en su primer párrafo sigue aquella norma sin hacer distingos. Pero en su nuevo segundo párrafo extiende expresamente la prohibición a ciertas personas jurídicas —a los "establecimientos" clínicos o residenciales en que se interna la persona por razones de salud o asistencia—, permitiendo luego, en su siguiente párrafo, la validez del testamento notarial abierto para las demás "personas físicas", dice; del mismo modo, también la siguiente excepción a la prohibición de testar, contenida en el párrafo cuarto y último del art. 753 CC, ha de entenderse limitada a las personas físicas, únicas estas en nuestro Derecho que pueden estimarse como parientes herederos *ab intestato*, según exige la norma para tal salvedad.

---

recibir liberalidades del tutelado afecta al tutor que desempeña el cargo, igual estado de desempeño había que exigir al tiempo de la disposición testamentaria en cuestión)". Hoy, suprimida la autotutela para las personas con discapacidad, pero admitida la autocuratela, en la doctrina, De Salas Murillo, S., *op. cit.*, pp. 78 y 79, defiende igual solución, mostrándose proclive, por tanto, a no aplicar sin más la prohibición de testar del art. 753 CC.

[118] Que García Rubio, M.ª P. y Otero Crespo, M., *op. cit.*, p. 250, se limitan a exponer sin tomar partido por ninguna de las posturas.

[119] Era la postura de Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, tomados de vlex, p. 16, quien solo veía sentido aplicar el art. 753 CC al tutor humano, por cuanto la tutela ejercida por una persona jurídica se ejerce en sus órganos por personas físicas variables, revocables, que pueden ser varias, por lo que resulta difícil pensar en una posible captación de la voluntad, pues de haberla lo sería más bien en provecho propio de tal persona física y no para el de la institución tutelar. Menciona tal postura Espejo Lerdo de Tejada, M., *op. cit.*, p. 866, pero advirtiendo que "la cuestión parece dudosa".

[120] Como Albácar López, J. L. y De Castro García, J., *op. cit.*, p. 453, para quienes "la categórica dicción del precepto no consiente excluir el caso".

Entre tales parientes —dicho sea, para resolver otra cuestión—, en nuestro Derecho común —así como en muchos autonómicos— no cabe incluir al conviviente de hecho. En su redacción anterior, en lugar de permitir la sucesión testada cuando el cargo de apoyo fuese "pariente con derecho a suceder *ab intestato*", según dice ahora, hablaba de "ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge", quienes, en efecto, son hoy herederos intestados, tal vez permitiendo que entonces pudiera discutirse, a la vista de la nueva realidad social y jurídica —sobre todo, autonómica—, la inclusión de la pareja conviviente; una posibilidad interpretativa a la que quizá podría llegarse no tanto por una analogía habida entre el cónyuge y el conviviente de hecho —que nuestra jurisprudencia desde hace ya un tiempo niega[121]—, sino acaso mediante una interpretación extensiva fundada en aquella nueva realidad (esto es, con fundamento en una interpretación sociológica y sistemática), adecuada a la razón de tal salvedad (una interpretación lógica, pues)[122]; una razón que desde su origen fue la de permitir testar en favor de aquellas personas por ser todas ellas herederas *ab intestato* y en su mayoría legitimarias o forzosas en caso de sucesión testada, lo que, por eso mismo, alejaba la sospecha de captación de la voluntad del testador (y, de paso, acercaba, o animaba, a tales parientes para ser, precisamente, los guardadores del pupilo, sin rechazar el cargo por temor a no sucederle)[123].

No merece, sin embargo, la pena detenerse hoy en tal posibilidad interpretativa (sea siquiera extensiva), pues vano sería intentarlo ante la nueva redacción dada al último párrafo de aquel art. 753 CC, cuando ahora habla de "pariente con derecho a suceder *ab intestato*" entre los que no parece

[121] Como recopiladora de tal jurisprudencia, resulta de imprescindible lectura la STS, aprobada en Pleno (aun con votos particulares), de 12 septiembre 2005, que asienta la radical diferencia entre el matrimonio y las parejas no casadas y defiende la aplicación del principio del enriquecimiento injusto para los casos de ruptura de tales parejas, a la que seguirán otras, insistiendo en todo ello nuestro Tribunal Supremo (de nuevo en Pleno), en su sentencia de 15 enero 2018.

[122] Aunque para otra cuestión, así al menos lo defendí yo mismo en un trabajo titulado: "¿Puede el conviviente de hecho del heredero ser testigo en un testamento abierto? Entre la analogía y la interpretación ¿extensiva o restrictiva? (Comentario a la Sentencia del TS (en Pleno) de 19 octubre 2016)", en *Revista (Aranzadi) de Derecho Patrimonial*, 2017, n.º 43, pp. 335-372.

[123] Es la razón de tal excepción destacada por la común doctrina desde hace tiempo, como Manresa y Navarro, J. M.ª, *op. cit.*, p. 41; o, más recientemente, Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, tomados de vlex, pp. 14 y 15 —y siguiéndola, Rivas Martínez, J. J., *op. cit.*, p. 987—, añadiendo que lo común es que el tutor sea un pariente y que la tutela no debe ser un obstáculo para heredar.

posible incluir al conviviente de hecho que, para el Derecho común (así como para muchos autonómicos), ni es pariente en sentido estricto, ni es legitimario en la sucesión testada, ni mucho menos con derecho a heredar en caso de sucesión intestada. Sea un lapsus o una decisión consciente por parte de nuestro legislador, no parece, en fin, que las parejas de hecho queden incluidas en aquel párrafo, a pesar de que en la realidad muchas veces sea aquel conviviente quien se encargue de asistir y ayudar a su pareja con discapacidad[124]. Con ello, obsérvese, es la excepción a la regla prohibitiva, y no esta misma, la que es objeto de interpretación estricta, al no ser posible admitir el testamento a favor del conviviente, salvo que no sea curador representativo, y sí asistencial u ostente otro cargo de apoyo, en cuyo caso, conforme a lo visto, sí podría suceder por testamento notarial abierto (según permite el art. 753 CC en su tercer párrafo).

Restan, para terminar, dos dudas que tradicionalmente ha suscitado el art. 753 CC al compararlo con las otras prohibiciones legales de testar que lo rodean:

Una de ellas es si la prohibición de testar que en los arts. 752 y 754 CC se extiende a los parientes del sacerdote confesor o del notario autorizante del testamento, que lo sean dentro del cuarto grado —incluso los afines, según el art. 754.I CC—, es predicable de las personas de apoyo a que el art. 753 CC prohíbe recibir en testamento, o, *mutatis mutandis*, si tal prohibición afecta a posibles sociedades filiales de los establecimientos sanitarios o residenciales que no pueden suceder según el art. 753.II CC *in fine*. Es una cuestión, la planteada, que fue prontamente resuelta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 marzo 1911[125], negando aquella aplicación, aquella extensión de la prohibición legal de testar al caso del art. 753 CC, por considerar "que las disposiciones de carácter restrictivo no pueden extenderse ni ampliarse á otros casos y personas que á los comprendidos en ellas, y por tal razón es forzoso no aplicar el precepto prohibitivo que limita la testamentifacción activa del pupilo en favor de su tutor, á los hijos de este, sobre los cuales nada dispuso el art. 753 del Código civil, aparte de

[124] Lo advierte como crítica De Salas Murillo, S., *op. cit.*, p. 65, con nota 14: "Nótese, sin embargo, que sigue quedando fuera la pareja estable no casada, que en no pocas ocasiones será quien asuma esta función".

[125] Roj STS 610/1911.

que si el legislador hubiera creído que debiera hacerlo, habría hecho la declaración que en los arts. 752 y 754 hizo respecto á los parientes dentro del cuarto grado del confesor y el notario que asistieran al testador en su última enfermedad". Sin excepción, la doctrina secunda tal solución[126], dejando, de nuevo, para el caso en que efectivamente haya captación de la voluntad para que se teste en favor de algún pariente —amigo, compinche…— de quien tiene prohibido suceder directamente, la aplicación del art. 755 CC que permite impugnar un testamento que se haya hecho en favor de un "testaferro", de una persona interpuesta (como pudiera ser, en este caso, un familiar)[127]. Comparto, plenamente, tal sentir, no solo por el resultado, sino por su razonamiento que, como se ve, no lo es por una suerte de necesaria de interpretación restrictiva de la prohibición de testar, sino porque al tratarse de casos prohibitivos legalmente tasados, cerrados, que conforman un sistema de *numerus clausus*, por eso mismo no se presumen, debiendo de ser expresos, lo que impide, en efecto —pues en esto no discrepo del sentir común—, que por interpretación extensiva, mucho menos analógica, ni siquiera mediante pacto, se puedan incluir otros supuestos, otras prohibiciones diversas de las previstas taxativamente en la ley (lo que no impide, en nuestra tesis, como posible una interpretación extensiva de los casos expresa y taxativamente previstos, lo cual no sucede en este caso, aunque, por ejemplo, sí pudiera tal vez hacerse en el caso del art. 752 CC, extendiendo, con fundamento en

[126] Limitándose a secundar aquella STS de 11 marzo 1911 (Roj STS 610/1911), Valverde y Valverde, C., *op. cit.*, p. 441; Royo Martínez, M., *op. cit.*, p. 132; Ossorio Morales, J., *op. cit.*, p. 154; Roca-Sastre Muncunill, L., *op. cit.*, p. 393; Castán Tobeñas, J., *op. cit.*, p. 488; Martínez de Aguirre, C., *op. cit.*, p. 86; Rivas Martínez, J. J., *op. cit.*, p. 987; García Rubio, M.ª P. y Otero Crespo, M., *op. cit.*, p. 250.

[127] Añadido a la doctrina mencionada que hacen Manresa y Navarro, J. M.ª, *op. cit.*, pp. 40 y 41 —siguiéndole, Espejo Lerdo de Tejada, M., *op. cit.*, p. 866—; Sánchez Román, F., *op. cit.*, pp. 267-269; así como Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, tomados de vlex, pp. 8 y 9, comentando el art. 752 CC, y pp. 13 y 14, comentando el art. 753 CC —y siguiéndola, Rivas Martínez, J. J., *op. cit.*, p. 984—, quien añade otras razones que impiden aquella extensión de la prohibición legal: que su carácter prohibitivo exige su interpretación restrictiva (lo que, ya se sabe, no comparto *a priori* como tópico), que, sobre todo, la inclusión del parentesco por afinidad es muy excepcional en nuestras leyes, y que, tratándose en particular del art. 753 CC, la ampliación de la prohibición a parientes carece de sentido, pues en ellos la posible influencia indebida es menos sospechosa (lo que, dicho así como algo evidente y, de nuevo, *a priori*, tampoco comparto, aunque otra cosa es que el legislador haya tomado tal decisión de política legislativa).

una interpretación evolutiva, la prohibición al cónyuge del ministro de culto cuando su religión le permita casarse[128]).

Lo mismo se ha de decir de la otra duda, sobre el ámbito subjetivo, resultante de la confrontación de los arts. 752 a 753 CC: la de si la prohibición de testar en favor de los testigos del testamento abierto (sea o no notarial), a que se refiere el art. 754.II CC es también predicable de los casos en que el art. 753 CC sí permite testar (según admite en sus dos últimos párrafos). Refiriéndose a la posible aplicación de aquella norma al caso del art. 752 CC, la STS de 21 octubre 1915 estimó que "no alcanza la prohibición de ser testigo del testamento al confesor de la última enfermedad, pues para ello se requeriría la existencia de prohibición expresa, que no contiene ese precepto legal ni otro alguno". Idéntica solución debe también ser para el caso del art. 753 CC. Y, como se ve, no por una suerte de necesaria interpretación restrictiva, sino por la misma razón por la que ha quedado resuelta la duda anterior.

A propósito de esta última duda, también podría suscitarse la de si las personas que según los dos primeros párrafos del art. 753 CC no pueden suceder por testamento pueden ser, al menos, testigos de este. Con tal cuestión nos adentramos ya en el ámbito objetivo de aplicación del art. 753 CC.

2. Sobre el alcance objetivo de la prohibición legal testamentaria

2.1. El alcance estrictamente patrimonial de la prohibición legal de testar, y posibles excepciones

Suscitada —al final del epígrafe anterior— la duda sobre si las personas que según los dos primeros párrafos del art. 753 CC no pueden suceder por testamento pueden ser, al menos, testigos de este, en principio (en tanto no haya norma específica que, según la forma testamentara, lo prohíba), no debe haber problema en que tal cosa sea posible, pues mientras no reciba

[128] Según propone, con toda razón, Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, tomado de vlex, pp. 8 y 9, comentando el art. 752 CC.

nada del caudal hereditario no habrá riesgo de captación de la voluntad, quedando, así pues, fuera del ámbito prohibitivo del art. 753 CC.

Condicionada y justificada, así, la razón de ser de tal prohibición legal para suceder testamentariamente (como es evitar la captación de la voluntad del testador para recibir provecho de la herencia, ya sea como heredero o como legatario), lógico parece también que los mismos sujetos, a los que el art. 753 CC prohíbe suceder por testamento, puedan ser en él nombrados albacea, contador-partidor… (según permite expresamente el art. 412-5.3 CC catalán[129], y ya mucho antes nuestra jurisprudencia, en sus SSTS de 18 junio 1864[130], 27 mayo 1876[131] y 24 mayo 1954[132] —aunque— referidas las dos primeras al art. 752 CC[133] y la última al art. 754 CC[134])[135]; y así es, no porque la prohibición legal de testar deba interpretarse siempre restrictivamente —según razona alguno[136]—, sino, sencillamente, porque es lo acorde con su razón de ser (evitar —insisto— la captación de la voluntad del testador para recibir provecho de la herencia, ya sea como heredero o como legatario). En la designación de tales cargos, naturalmente, puede haber prevista una retribución, en tanto bajo ella no se disimule una atribución fraudulenta, en contra de la prohibición legal.

Muy relacionado con ello se plantea otra duda, no de fácil solución, que tradicionalmente también ha suscitado el art. 753 CC, así como también el

[129] Que dice: "La inhabilidad sucesoria no impide ser nombrado árbitro, albacea particular o contador partidor".

[130] Roj STS 1591/1864.

[131] Roj STS 965/1876.

[132] RJ 1954/1325.

[133] En ellas se trataba de un testamento en que el sacerdote había sido nombrado albacea. Rechazará, en cambio, tal designación la STS de 29 abril 1873 (Roj 120/1873), mas porque en el caso el mismo sacerdote fue designado también heredero universal.

[134] En que el propio notario autorizante del testamento había sido designado albacea y contador-partidor.

[135] Es esta también la común opinión en la doctrina, admitiendo, por supuesto, la remuneración de tales cargos, que no son herencia, ni legado, como ya decía Royo Martínez, M., *op. cit.*, p. 134; Rivas Martínez, J. J., *op. cit.*, p. 981; Puig Peña: *op. cit.*, p. 54; Albácar López, J. L. y De Castro García, J., *op. cit.*, p. 449; Martínez de Aguirre, C., *op. cit.*, p. 85; y, naturalmente, Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, tomados de vlex, pp. 5 y 6, al comentar el art. 752 CC, y p. 10, comentando el art. 753 CC, quien, con Albaladejo, puntualiza que el cargo de albacea puede ser gratuito, sin duda, aunque también puede estar remunerado, siempre que la retribución sea acorde, no excesiva que disimule fraudulentamente la prohibición legal de testar.

[136] Como Puig Peña, F., *op. cit.*, p. 54, quien razona tales designaciones como prueba "del carácter restrictivo del precepto".

art. 752 CC, en su relación —ambos— con el 754.I CC *in fine*, que, tras prohibir testar en favor del notario (y de sus parientes dentro del cuarto grado), admite "la excepción [a la regla prohibitiva, obsérvese] establecida en el artículo 682" (sobre legados "módicos", según se dice en tal norma, que lo sean "de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario"). La respuesta, comúnmente, ha sido negar *ex* art. 4.2 CC la aplicación por analogía de tal excepción a aquellos arts. 752 y 753 CC[137], aunque tal vez pudiera predicarse la interpretación extensiva de estos preceptos en sí mismos considerados (no desde la aplicación analógica de aquel art. 754.I CC *in fine*): no se estaría haciendo una interpretación extensiva de la regla prohibitiva (impedida, recuérdese, porque tales prohibiciones no se presumen y deben ser expresas, lo que impide "inventar" nuevas prohibiciones), sino, al contrario, una interpretación amplia de su excepción, y no seré yo, desde luego, quien niegue la posibilidad de interpretar extensivamente una norma excepcional[138].

Con todo, no parece necesario, ni suficiente, centrar la atención en tal hipótesis extensiva, porque en el caso —al menos— del art. 753 CC entra en juego otra norma, que siempre ha dificultado aún más la solución de aquella duda que ahora tratamos: me refiero al antiguo art. 221.1º CC, que ahora ha sido trasladado, para referirse a cualquier cargo de apoyo, al art. 251.1º CC, así como al art. 287.3º CC, referido este al curador representativo, aunque con un importante añadido final, introducido ahora como novedad (que, sin embargo, no se prevé en el nuevo art. 226 CC sobre el tutor[139]):

Dice el primero de los mencionados, el art. 251.1º CC: "Se prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo: (…) 1.º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor"; un inciso este último, referido a rega-

[137] Por todos, Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* a ambos preceptos, en Edersa, tomados de vlex, pp. 6 y 7, comentando el art. 752 CC, p. 11, al comentar el art. 753 CC, añadiendo que, al ser un legado proporcional al caudal hereditario, de ser este objetivamente grande, también podría serlo el legado; por eso mismo, sí admite, en cambio, legados que sean objetivamente módicos.

[138] Según me referí a ello en una amplia nota anterior referida, en general, a la distinción entre analogía e interpretación extensiva.

[139] En cuya discrepancia con los anteriores no corresponde aquí tratar, al estar hoy la tutela excluida de las personas con discapacidad.

los de costumbre y de poco valor, que también excepciona la prohibición de recibir liberalidades, que fue hace tiempo demandado, incluso por vía interpretativa, por cierta doctrina[140], y que hoy expresamente se admite por obra de la Ley 8/2021, sobre personas con discapacidad[141], retornando así a lo que ya hace más de un siglo pretendió García Goyena, pero la Comisión de Codificación le negó[142].

Sobre el curador representativo, en particular, dirá el nuevo art. 287.3º CC: "El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:… Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar"; un inciso final, novedoso e introducido también con la Ley 8/2021, muy similar al del 251.1º CC *in fine*, aunque no idéntico (a pesar de alguna propuesta parlamentaria hecha a tal respecto[143]).

A su vista, se comprenderá perfectamente que la coordinación de tales normas con el art. 753 CC —que siempre fue debatida con el anterior art. 221.1º CC[144]— se hace aún más difícil, al contener aquellas unas salvedades, unas excepciones a la prohibición legal (referidas a los regalos de costumbre o módicos), que, sin embargo, al menos en la letra del art. 753 CC no se contienen. Que aquellos arts. 251.1º y 287.3º CC sean novedosos, sobre todo en la salvedad a la prohibición de liberalidades que reconocen, no resuelve la cuestión por aplicación de la máxima *lex posterior derogat lex*

[140] Como Lete del Río, J. M., en Albaladejo García, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo IV, Madrid, Edersa, 1978, pp. 256 y 257, quien entiende que tales casos "tienen por causa no el *animus donandi*, sino la observancia de un uso… puesto que más bien se trata de gastos obligatorios impuestos en virtud de ineludibles exigencias sociales".

[141] A instancia de las enmiendas n.º 222 de VOX y 371 del PP, frente al Grupo del Pueblo Navarro que en su enmienda n.º 115 ante el Senado proponía no hacer tal añadido.

[142] Esa fue, en efecto, en principio la intención de García Goyena, F., *op. cit.*, p. 243, quien, no obstante, comentando el art. 245 del Proyecto de CC de 1851 (equivalente al actual art. 251.1º CC), reconocerá: "En el artículo 126 de mi borrador se le permite [al tutor] hacer los regalos ó espresiones de costumbre con autorización del consejo: la Sección no lo aprobó".

[143] Por el propio Grupo Navarro, en su enmienda n.º 118 ante el Senado, por razones de coherencia interna de la reforma.

[144] Por todos, y exponiendo todas las posiciones habidas en la doctrina, Díaz Alabart (al comenzar su comentario al art. 753 CC en sus *Comentarios* de Edersa, tomados de vlex, pp. 1 y ss.), al que nos remitimos.

anterior, que obligue a una reinterpretación del art. 753 CC a fin de entender también en él incluida aquella salvedad. Porque también el art. 753 CC es, en parte, novedoso, y ha sido reformado en la misma Ley 8/2021 que ha venido a reformar aquellas otras normas, sin que en materia testamentaria el legislador reformador haya hecho lo propio que con aquellas otras normas, lo que tampoco ayuda a decidir —y zanjar así un debate que siempre se ha movido entre tales opciones— si aquellas normas son normas generales, sobre liberalidades *inter vivos* y *mortis causa*, que absorban, por tanto, al art. 753 CC, integrando así su omisión entendiendo aplicables a su ámbito la salvedad de aquellas otras normas, o si, por el contrario, precisamente por ser normas generales (dada, sobre todo, su ubicación), es menester calificar al art. 753 CC como norma especial (referida exclusivamente al ámbito sucesorio *mortis causa*), aplicable, por tanto, de forma preferente a aquellos arts. 251.1º y 287.3º CC (conforme a la máxima *lex specialis derogat generali*), y excluyendo, así, en su aplicación las salvedades a la prohibición —de testar en nuestro caso— que solo quedarían para las liberalidades hechas *inter vivos*.

Junto a tales argumentos (que son algunos de los usuales para resolver cualquier antinomia), el propio contenido de aquellos arts. 251.1º y 287.3º CC puede por sí mismo dificultar su traslado al art. 753 CC: en cuanto al art. 251.1º CC, bien podría tratarse de permitir la concesión de legados "de bienes de escaso valor", pero ¿acaso hay legados "de costumbre"?, y en cuanto al art. 287.3º CC, el principal obstáculo en su aplicación al art. 753 CC se debe a que aquel está pensado para actos y negocios que el propio curador —representativo, no se olvide— hace, él mismo, sobre los bienes y derechos de la persona con discapacidad, lo que tratándose de un testamento, siempre personalísimo, no parece posible.

Todo lo dicho solo tiene sentido discutirlo de admitirse, antes, que, en efecto, entre los arts. 251.1º y 287.3º CC, por un lado, y el art. 753 CC, por otro, hay antinomia, o, cuando menos, una laguna en este último que integrar de algún modo. Aunque también cabe pensar que, siendo de hace tiempo conocido el debate habido al respecto, el legislador reciente, en su reforma habida con la Ley 8/2021 sobre personas con discapacidad, con su silencio —conscientemente mantenido— en el art. 753 CC no ha querido introducir excepción ninguna en este punto a la prohibición general de

testar. Aunque también cabría pensar en la reiteración del mismo lapsus, del mismo olvido… (en que el legislador se mantiene sin ser consciente de aquel silencio que aún guarda el art. 753 CC).

Siendo, en fin, tantas las posibles hipótesis (o elucubraciones, cabría incluso decir), y tantos los argumentos en pro y en contra que hay dentro de cada hipótesis para admitir o rechazar aquella salvedad a la prohibición de testar legados módicos, antes que restringir la salvedad a las liberalidades *inter vivos*, y excluirla de las *mortis causa*, en este caso —que lo es de auténtica duda interpretativa agotada todas las posibles vías— más apropiado parece reconocer la posibilidad de que el testador otorgue en favor de su cargo de apoyo o cuidado tales legados, siempre que se trate "de bienes de escaso valor" (según dice el art. 251.1º CC), o de "escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar" (según dice el art. 287.3º CC)[145], pues no parece, en tal caso, que haya riesgo o sospecha de captación de la voluntad testamentaria. Tal solución nos vendría dada desde el último criterio interpretativo habido en la materia, desde el principio *in dubio pro capacitate*. Tal vez así, además, quede mitigada en parte la generalizada crítica que hoy se le hace al "nuevo" art. 753 CC, entre otras razones —ya vistas—, por no permitir ninguna muestra de gratitud en el testamento por parte de la persona con discapacidad testadora en favor de su persona de apoyo o cuidado.

Por igual razón, tampoco —en la última de las dudas que aquí se tratarán— veo razonable que en la posibilidad de testar en favor de curadores y cuidadores, a que se refiere, como excepción a la prohibición, el art. 753 CC en sus dos últimos párrafos, no pueda concederse mediante herencia o legado más allá de lo que por legítima o sucesión intestada pudiera corresponderles, siempre que se respete la legítima de los demás herederos concurrentes[146].

[145] Curiosamente, es la tesis de Díaz Alabart, S., *ult. loc. cit.*, quien, aun siendo contraria a aplicar por analogía para los arts. 752 y 753 CC la excepción del art. 682 CC a que se refiere el art. 754.I CC *in fine*, se muestra conforme en permitir, por puro sentido común, los legados —que ella denomina— módicos, al ser inocuos para los herederos legitimarios.

[146] En ello discrepo de la opinión de Lacruz Berdejo, J. L., *op. cit.*, p. 67, nota 3, que secunda Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, tomados de vlex, p. 11, al comentar el art. 752 CC.

2.2. Testamentos a los que afecta la prohibición de testar, y sus excepciones

Una de las muchas y variadas dudas que surge de confrontar los párrafos primero y tercero del art. 753 CC, muy semejante a la duda que la doctrina, con encendida polémica, también refiere cuando compara aquel tercer párrafo con los arts. 752 y 754 CC[147], es si la prohibición de testar establecida en el primer párrafo, y referida literalmente —solo— al "curador representativo", es para toda clase de testamentos o sería, al menos, válido si se tratara de un testamento notarial abierto, como prevé el mismo art. 753 CC en su tercer párrafo para cualesquiera "personas físicas [dice] que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga"; así como si la posibilidad de testar en favor de aquellos si son parientes herederos *ab intestato*, según previene el art. 753 CC en su último párrafo, cabe hacerla mediante cualquier tipo de testamento o, aplicando de nuevo aquel párrafo tercero, solo mediante testamento notarial abierto. Obsérvese que, tras referirse en su tercer párrafo a tal modalidad testamentaria, para admitirla como válida, comienza diciendo en su siguiente párrafo —el cuarto y último— "serán, sin embargo [sin embargo, dice], válidas las disposiciones…" ¿hechas en cualquier tipo de testamento, entonces, o solo en uno notarial abierto?

[147] Un debate, sobre todo, referido al art. 754 CC (que Puig Peña, F., *op. cit.*, p. 55, expone sin tomar partido), sobre el que desde un principio se suscitó tal polémica: en una posición favorable al testamento cerrado, pensaba Ossorio Morales, J., *op. cit.*, p. 155, que la prohibición de testar "solo afecta al testamento abierto, ya que en el cerrado, como el notario no interviene en el otorgamiento, no existe la posibilidad de sugestión en que la prohibición se funda"; así también opinan Vallet de Goytisolo, J. B., *op. cit.*, p. 445; apoyado en Scaevola, Castán Tobeñas, J., *op. cit.*, p. 488; siguiendo a ambos, Roca-Sastre Muncunill, L., *op. cit.*, p. 393; y, últimamente, López y López, Á. M., *op. cit.*, p. 70. En contra, creyendo que la prohibición afecta a cualquier tipo de testamento, ya Sánchez Román (*cit.*), porque tal norma en su primer párrafo no hace distinción alguna frente al segundo en que —ahora sí— se hace tal precisión; en la misma línea, Lacruz Berdejo, J. L., *op. cit.*, p. 68, añadiendo nuevos argumentos: por un lado, la diferencia del art. 754 CC con su precedente, el art. 614 del Proyecto de CC de 1851, que solo refería la prohibición al testamento abierto, y, por otro, porque la expresión "autorizar" que emplea el art. 754 CC es referible a cualquier clase de testamento, incluido el cerrado. Así también, aunando todas esas razones, Díaz Alabart, S., en sus *Comentarios* de Edersa, tomados de vlex, pp. 2 y 3, comentando el art. 754 CC; Díez-Picazo, L., *op. cit.*, p. 314, p. 314; y siguiendo a todos ellos, Rivas Martínez, J. J., *op. cit.*, p. 988; Albácar López, J. L. y De Castro García, J., *op. cit.*, p. 455; García Rubio, M.ª P. y Otero Crespo, M., *op. cit.*, p. 253.

Antes de su actual redacción, la doctrina —escasa[148]— que planteaba tal cuestión sobre el anterior art. 753 CC entendía la prohibición de testar referida a cualquier tipo de testamento, utilizando algunos de los argumentos que la doctrina —mayoritaria— empleaba para negar la posibilidad del testamento notarial abierto como salvedad a la prohibición del art. 754 CC: por un lado, porque la norma no distingue según el tipo de testamento (lo que sería una interpretación gramatical, o, cuando menos, basada en la máxima *ubi lex non distinguit…*), y, por otro, "pues aun tratándose del abierto es posible la coacción moral" (lo que serviría como interpretación lógica del precepto). Con ello, sin embargo, en absoluto se propugnaba una interpretación extensiva del art. 753 CC (lo que, de ser así, contribuiría en favor de mi tesis), sino una interpretación declarativa —y— estricta de la norma, entendida esta en sus justos términos. Un resultado, según creo, que ha de mantenerse con su nueva redacción, aunque debiendo dar también entrada —ahora sí— a la posibilidad del testamento notarial abierto pues así lo ha hecho expresamente tras su reciente reforma; y del siguiente modo:

Ante todo, tanto la letra como el espíritu del "nuevo" art. 753 CC hacen pensar que la prohibición de testar es la regla y que la posibilidad del testamento notarial abierto, recientemente admitida, es la excepción que, como tal, no podría ser aplicada, cuando menos, por analogía (art. 4.2 CC). Tal idea es, además, refrendada por el dato histórico más inmediato a su gestación en su actual redacción, por los comúnmente llamados "materiales prelegislativos" (según permite, como es sabido, el art. 3.1 CC para interpretar las normas, cuando se refiere a "los antecedentes históricos y legislativos")[149]: como quedó explicado al justificar el art. 753 CC, durante su tramitación parlamentaria algunos partidos políticos, en la creencia de que tal norma era contraria a la capacidad de las personas con discapacidad que como regla consagra la Convención de Naciones Unidas, propusieron

[148] Al menos, por lo que concierne al art. 753 CC, solo he visto tratada la cuestión por Puig Peña: *op. cit.*, p. 52, y por Albácar López, J. L. y De Castro García, J., *op. cit.*, p. 452, de quienes tomamos la frase entrecomillada que se transcribe a continuación en texto.

[149] Y que solo pueden dar lugar a un resultado interpretativo declarativo (sea lato o estricto), nunca modificativo (ni extensivo, ni restrictivo), radicando ahí su utilidad, en la de evitar cualquier tergiversación bizarra o convenida tanto de la *voluntas legislatoris* como de la *ratio legis*, y así de la propia norma interpretada (según razoné en un trabajo sobre el tema titulado "El [relativo] valor interpretativo de los materiales prelegislativos", en *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 747-792).

que aquella excepción (consistente en admitir el testamento notarial abierto), fuese la regla, quedando así, en su opinión, eludido el problema de la posible captación de voluntad ante la intervención garantista del notario[150]. El rechazo, sin embargo, de tal propuesta en la redacción final del art. 753 CC ratifica, pues, aquella idea de su excepcionalidad frente a la regla de la prohibición de testar. Por muy lógica, en sentido amplio (conforme al sentido común), que fuese aquella propuesta parlamentaria —y que sin duda lo era—, tal rechazo por la mayoría parlamentaria impide su propuesta hoy por vía interpretativa, pues ello sería contrario, no solo a la letra de la ley, sino, sobre todo, tanto a la *voluntas legislatoris* como a la *ratio* del art. 753 CC: porque si la razón de asegurar la libertad testamentaria con la intervención del notario es la razón de la excepción[151], no lo es de la regla general prohibitiva.

Dicho todo lo cual, queda, entonces, por precisar cuándo opera la regla (prohibitiva) y cuándo su excepción (permisiva del testamento notarial abierto): por su propio orden de redacción, el art. 753 CC comienza estableciendo la regla prohibitiva (sin distinguir tipos de testamento), y que ahora mantiene en su nuevo párrafo segundo (recuérdese, "para las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia…"). Será ya en el nuevo párrafo tercero cuando se dé entrada a la excepción para decir: "Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto". Obsérvese que la norma se refiere a "las demás [dice, las demás] personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga", es decir, a los otros posibles cargos o sistemas de apoyo de la persona con discapacidad (según vimos al tratar su ámbito subjetivo). De modo que los cargos y sistemas de apoyo, ayuda o cuidado mencionados en los anteriores párrafos no

[150] Recuérdese, según explicamos ya arriba, que durante la tramitación parlamentaria de la reciente reforma así lo propusieron en el Senado los Grupos Parlamentarios Mixto y de Ciudadanos (en sus enmiendas n.º 1 y 78, respectivamente), y algo parecido, también en el Senado, el Grupo Vasco (en su enmienda n.º 118).

[151] Según explican, refiriéndose al nuevo art. 753 CC, García Rubio, M.ª P., en *RDC*, p. 179 —y siguiéndole Corvo López, F. M.ª, *op. cit.*, p. 165—: "con el fin de que el notario controle la ausencia de presiones o influencias indebidas en la voluntad del testador", así como su propia capacidad para testar, según añade De Salas Murillo, S., *op. cit.*, pp. 66 y 82.

cabe entenderlos incluidos en esta salvedad, debiéndose, por tanto, entender que la prohibición de testar a su favor abarca cualquier tipo de testamento.

No obstante lo dicho, a continuación y para terminar, el art. 753 CC introduce en su cuarto y último párrafo otra excepción (una contra excepción, en cierto modo), al decir: "Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*", mencionando e incluyendo, así, en la excepción a todos los cargos y sistemas de apoyos posibles mencionados en todos sus anteriores párrafos (según vimos también al tratar su ámbito subjetivo); pero, ¿para poder testar en su favor en cualquier tipo de testamento o solo mediante el notarial abierto a que se refiere el anterior párrafo con su primera excepción? La clave para resolver tal cuestión radica en aquel "sin embargo", que aunque ahora está referido al párrafo tercero anterior (que introduce la excepción), ya existía antes, cuando formaba parte del segundo párrafo de aquella norma, haciéndolo, precisamente, para excepcionar la regla prohibitiva, que si afectaba a todo tipo de testamento, lo propio hacía la excepción, del mismo modo que hace ahora cuando ese "sin embargo" se refiere al párrafo tercero, de tal forma, en fin, que cuando la persona que asiste a la persona con discapacidad, cualquiera que sea su cargo ("tutor, curador o cuidador", dice —insisto— refiriéndose a todos los sujetos antes mencionados), de ser tal persona un pariente heredero *ab intestato* de la persona con discapacidad, esta podrá testar a su favor en cualquier modalidad testamentaria (como excepción frente a los dos primeros párrafos del art. 753 CC), sin necesidad de que lo sea mediante testamento notarial abierto (como contra excepción a la del párrafo anterior que así lo admite —se ha de entender— cuando los cuidadores a que se refiere no sean parientes herederos *ab intestato* de la persona con discapacidad que testa a su favor).

V. BIBLIOGRAFÍA

Albácar López, J. L. y De Castro García, J., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, Tomo III: arts. 609-1087*, Trivium, 1991.

Botello Hermosa, P. I., *Mecanismos "mortis causa" de protección de las personas con discapacidad*, Chile, Olejnik, 2021.

Cabezuelo Arenas, A. L., «El problema de la validez del legado ordenado por la testadora en favor de institución religiosa de la que formaba parte su confesor», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2015, pp. 81-89.

Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral, Tomo VI: Derecho de sucesiones, vol. 1º: la sucesión en general. La sucesión testamentaria*, Madrid, Reus, 2010.

Camy Sánchez-Cañete, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria, Tomo IV*, Barcelona, Bosch, 1971.

Corvo López, F. M.ª, «La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, n.º 4, octubre-diciembre 2019, pp. 135-170.

De Amunátegui Rodríguez, C., «Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente», *Revista de Derecho Privado*, 2018, pp. 3-37.

—, *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de legislación en materia de discapacidad*, Madrid, Reus, 2019.

De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España*, reed., Madrid, Civitas, 1984.

De Salas Murillo, S., «Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 35, 2019, pp. 57-85.

Díaz Alabart, S., *Comentarios al CC y a las Compilaciones Forales: arts. 752 a 755*, en Albaladejo García M. (dir.), Edersa (tomados de vlex).

—, *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes, problemas y posibles soluciones*, Madrid, Reus, 2018.

Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 9.ª ed., Madrid, Técnos, 2005.

Espejo Lerdo de Tejada, M., en Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Madrid, Lex Nova, 2010.

—, «Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar», en Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M. (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Wolters Kluwer-Bosch, 2021, pp. 669 y ss.

Fernández Hierro, J. M., *Los testamentos*, Granada, Comares, 2000.

García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo I, Madrid, 1852.

García Rubio, M.ª P., «Relaciones de cuidado y Derecho sucesorio: algunos apuntes», *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber amicorum, T. F. Torres García*, Madrid, Wolters Kluwer, 2014.

—, «Algunas propuestas de reforma del CC como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, n.º 3, julio-septiembre 2018, pp. 173-197.

García Rubio, M.ª P. y Otero Crespo, M., «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», en Gete-Alonso y Calera, M.ª C. (dir.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo I, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2016.

González y Martínez, J., «Prohibiciones de disponer», *RCDI*, 1925, pp. 659-680.

Hualde Sánchez, J. J., *Comentarios al Código Civil*, del Ministerio de Justicia, Tomo I (*comentario al art. 221 CC*), Madrid, 1991.

Lacruz Berdejo, J. L., y Sancho Rebullida, F., *Elementos de Derecho Civil. V. Derecho de sucesiones*, 5.ª ed., Barcelona, Bosch, 1993.

Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil,* Tomo VII, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.

Lete del Río, J. M., en Albaladejo García, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo IV, Madrid, Edersa, 1978.

López y López, Á. M., *Derecho Civil (V): Derecho de sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Lora-Tamayo Rodríguez, I., *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid, Colex, 2021.

Manresa y Navarro, J. M.ª, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VI, Madrid, 1906.

Martínez de Aguirre, C., *Curso de Derecho Civil, vol. V. Derecho de sucesiones*, Madrid, Edisofer, 2013.

—, «La Observación General Primera del Comité de derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?», Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M. (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Wolters Kluwer-Bosch, 2021, pp. 97-120.

Mena-Bernal Escobar, M.ª J., *La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el Código Civil español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Ossorio Morales, J., *Manual de sucesión testada*, reimp., Granada, Comares, 2001.

Pasquau Liaño, M., «La reforma de la incapacitación: dignidad personal y "derecho a equivocarse"». Disponible en: https://ctxt.es/es/20200701/Politica/32820/incapacitacion—ley—apoyo—estado—civil—regulacion—dignidad—miguel—pasquau.htm

Peña Bernaldo de Quirós, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario. Tomo I: Propiedad. Derechos reales*, 3.ª ed., Madrid, Thomson, 1999.

Pérez Gallardo, L. B., «El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 782, 2020, pp. 3625-3671.

Pérez Ramos, C., *Memento práctico sucesiones*, Madrid, Francis Lefebvre, 2021.

Planas Ballvé, M., «La capacidad para otorgar testamento», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Cerdeira Bravo de Mansilla, G. y García Mayo, M. (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Wolters Kluwer-Bosch, 2021.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, V-1º*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1975.

PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español, Tomo V: Sucesiones, vol. 1º: Teoría general de las sucesiones*, 2.ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1974.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones, común y foral, Tomo I*, 4.ª ed., Madrid, Dykinson, 2009.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de sucesiones, Tomo I*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1995.

ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio "mortis causa"*, Sevilla, Edelce, 1951.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil, Tomo VI, vol. 1.º: Derecho de sucesión ("mortis causa")*, Madrid, 1910.

SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho hipotecario, Tomo II*, Madrid, Reus, 1955.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español, Tomo V: Parte especial. Derecho de sucesión*, Valladolid, 1939.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de sucesiones, Tomo I: Fundamentos*, Madrid, Civitas, 1982.

VAQUER ALOY, A., «La protección del testador vulnerable», en *ADC*, 2015, pp. 328-368.

—, *Libertad de testar y libertad para testar*, Santiago de Chile-Buenos Aires, Olejnik, 2018.

VIVAS TESÓN, I., «La Convención de la ONU de 13 diciembre 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad», *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, n.º 1, 2011.

—, *Más allá de la capacidad de entender y querer…*, Olivenza, FUTUEX (Fundación para la promoción y apoyo a las personas con discapacidad), 2012.

—, «El nuevo marco constitucional de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU de 13 de diciembre de

2006», Villagrasa Armengol y Pérez Gallardo, L. B. (dirs.), *Derecho Civil Constitucional*, Méjico, 2014.

Zurita Martín, I., «La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables», en Vaquer Aloy, A., Sánchez González, M.ª P. y Bosch Capdevila, E. (dirs.), *La libertad de testar y sus límites*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2018.

AUTORREGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA LEY 8/2021 (ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS PERSONALES)

SELF-REGULATION OF DISABILITY IN LAW 8/2021 (STUDY OF PERSONAL ELEMENTS)

Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez
Notario honorario del Colegio Notarial de Madrid

Resumen: Se estudia en este artículo la protección de la persona con discapacidad a través de las medidas que voluntariamente ella haya establecido, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Estas medidas constan en los negocios jurídicos de voluntades anticipadas, en los poderes y mandatos preventivos y en la autocuratela. Los tres negocios han de constar necesariamente en escritura pública, debiendo el Notario realizar en esta materia una actuación de oficio en la protección de la persona discapacitada, al tener las escrituras en que se formalizan carácter constitutivo. Cuando la persona con discapacidad ejercita su capacidad jurídica, con los apoyos judicialmente establecidos, o, los previstos por ella, en las escrituras públicas reguladoras de su propia discapacidad, se encuentra en una situación igual a las demás personas que no tengan discapacidad para su desenvolvimiento jurídico y el desarrollo pleno de su personalidad. Las medidas de apoyo, además de las típicas, pueden ser muy variadas. En este artículo, el autor se centra en el estudio de los elementos personales: quiénes pueden otorgar estos documentos, quiénes pueden ser titulares de las medidas de apoyo, quiénes deben controlar su función.

Palabras clave: discapacidad, Ley 8/2021, autorregulación, previsión discapacidad, voluntades anticipadas, autocuratela, poderes preventivos, control notarial, comunicación, incompatibilidades, medidas de apoyo, controles.

Abstract: I disability, Law 8/2021, self-regulation, disability provision, advance directives, self-healing, preventive powers, notarial control, communication, incompatibilities, support measures, controls. n this article the protection of the person with disability is studied through the measures that she has voluntarily established, in which she designates who should provide support and to what extent. These measures are included in the legal business of advance directives, in the powers and preventive mandates and in the self-healing. The three businesses must necessarily be recorded in a public deed, and the Notary must carry out an ex officio action in this matter in the protection of

the disabled person, by having the deeds in which they are formalized as constitutive. When the person with disabilities exercises their legal capacity, with the judicially established supports, or, those provided for by them, in the public deeds regulating their own disability, they are in an equal situation to other people who do not have disabilities for their development. And the full development of his personality. The support measures, in addition to the typical ones, can be very varied. In this article, the author focuses on the study of personal elements: who can grant these documents, who can be holders of support measures, who should control their function.

Keywords: disability, Law 8/2021, self-regulation, disability provision, advance directives, self-healing, preventive powers, notarial control, communication, incompatibilities, support measures, controls.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. Trascendencia de la autorregulación
2. Ámbito de los documentos de autorregulación

II. ELEMENTOS PERSONALES

1. ¿Quiénes pueden otorgar estos negocios jurídicos?
   1.1. Mayores de edad y emancipados
   1.2. Personas con discapacidad
   1.3. Intervención de terceros en la autorregulación
   1.4. Incompatibilidades notariales
2. ¿Quiénes pueden ser designados titulares de las medidas de apoyo?
   2.1. Aptitud y prohibiciones
   2.2. Inhabilidad para ser titular de medidas de apoyo
3. Designación de los titulares de las medidas de apoyo
   3.1. Se pueden nombrar una o varias personas como titulares de las medidas de apoyo
   3.2. El nombramiento de varias personas puede hacerse para que actúen de forma simultánea o sucesiva
   3.3. Designación por tercero del titular de las medidas de apoyo
   3.4. Comienzo del ejercicio de las medidas de apoyo
   3.5. Medidas de control

III. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El art. 250 del CC, en su actual redacción, comienza con el siguiente párrafo: "Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial". Define a continuación las medidas voluntarias como "las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance".

A estas medidas voluntarias dedica el CC un capítulo con dos secciones, la primera (arts. 254 y 255) lleva la rúbrica de "Disposiciones generales". En esta sección se incluye un artículo de gran trascendencia, que es el 255, relativo al que genéricamente se denomina documento de voluntades anticipadas y que en la interpretación del art. 223 del CC, en su redacción anterior, se hablaba de la previsión global de la propia discapacidad y una segunda sección dedicada a los poderes y mandatos preventivos (arts. 263 a 267). Independiente de este capítulo, en otro aparte, se regula la curatela, dedicando una subsección a la autocuratela. Es decir, que en su redacción actual la autocuratela no es una medida voluntaria propiamente dicha, pero sí debemos incluirla como autorregulación por la persona de su discapacidad, tal y como he titulado este artículo.

1. Trascendencia de la autorregulación

Estas tres figuras jurídicas, de cuño notarial, estaban ya contempladas en el CC, introducidas por la Ley de protección patrimonial a las personas con discapacidad de 18 de noviembre del año 2003: en el art. 223 del CC, como decíamos, el documento de voluntades anticipadas y la autotutela, y en el art. 1732, los poderes preventivos. Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico no se parte de cero en la protección a la persona con discapacidad. De

aquí que, cuando tratemos de estudiar la autorregulación de la discapacidad, tenemos que partir de la experiencia adquirida en la creación, desarrollo y aplicación de estas tres instituciones y, lo que es muy importante, en su interpretación por la jurisprudencia de nuestros tribunales de Justicia.

No digo que no se haya producido cambio alguno por la Ley 8/2021, pero sí que partamos de lo que tenemos, porque estas medidas han funcionado bastante satisfactoriamente y se trata de seguir avanzando en la protección de la persona con discapacidad[1]. Para mí, en lo que se refiere a la autorregulación de la discapacidad, objeto de este artículo, las novedades mayores las sintetizo:

- En haberse regulado extensamente las tres figuras jurídicas.
- En ampliar la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, hasta el punto de que lo fundamental es el respeto a su voluntad, deseos y preferencias, por encima de lo que objetivamente pueda ser mejor para ella.
- Permitir que pueda la persona hacer la autorregulación no solo en previsión de la discapacidad, sino incluso existiendo ya la discapacidad, siempre, como es lógico, que tenga una capacidad natural suficiente.
- Considerar supletoria las medidas judiciales, pues como dispone el art. 255 del CC: "Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias".
- Ser el Notario la autoridad encargada por el ordenamiento jurídico de redactar y elaborar estos documentos, cuando la persona con discapacidad, por sí misma, o con el apoyo pertinente, o con un asesor, no lo haga y siempre, esté o no apoyada, o asesorada, controlar

[1] Al comentar la Convención de Nueva York produce muchas veces la impresión que hasta su aprobación la persona discapacitada estaba totalmente desprotegida en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ello es ignorar la gran labor en su protección por nuestra jurisprudencia, por los notarios y otros profesionales del Derecho, por las asociaciones de personas discapacitadas y no digamos por las familias de estas personas.

> la legalidad del documento y que se respete la voluntad, deseos y preferencias de la persona, que no exista conflicto de intereses, ni influencias indebidas.

Efectivamente, hay profesionales que están preparados y pueden redactar esos documentos de sus clientes, pero, a diferencia de lo que puede ocurrir en otras clases de documentos, las autoridades encargadas de proteger a la persona discapacitada son el Juez, en la adopción de las medidas judiciales y, lógicamente, cuando se presenten situaciones contenciosas, y, en la esfera extrajudicial, el Notario.

El art 12 de la CNY establece que: "Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

El aseguramiento en el ordenamiento jurídico español de estas salvaguardias en las disposiciones sobre la propia discapacidad corresponde al Notario. Los Estados no pueden permitir que el marco jurídico creado para regular la propia discapacidad no esté asegurado por un funcionario de su confianza y este funcionario es el Notario. Por ello, creo que el Notario debe realizar en esta materia una actuación de oficio en la protección de la persona discapacitada. De aquí, que las escrituras en que se formalicen estas medidas tengan un carácter constitutivo de las mismas.

La escritura en la que consta la autorregulación de la discapacidad es título legitimador para dar eficacia a su contenido. Así lo dispone el CC en la esfera judicial, en relación a las medidas voluntarias: la autoridad judicial solo podrá adoptar otras medidas supletorias o complementarias, cuando falten o sean insuficientes las voluntarias o la guarda de hecho (art. 255),

deberá el juez nombrar como curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiere delegado (art. 276) y las disposiciones voluntarias que consten en la escritura de autocuratela o en el documento de voluntades anticipadas vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela (arts. 255 y 272).

Si para la autoridad judicial las autorregulaciones de la discapacidad son vinculantes, con mayor razón lo serán en la esfera extrajudicial, para las Administraciones Pública y para los particulares.

Las únicas autorregulaciones de la discapacidad que producen estos efectos vinculantes son las que constan en escritura pública y ello, por la sencilla razón que el CC atribuye estos efectos solo a las medidas voluntarias reguladas en los artículos que citábamos al principio (arts. 254 a 262 y 271) y, en todas ellas, se exige que consten en escritura pública. Podríamos decir que existe un criterio de *numerus apertus* con relación a la determinación de las medidas de apoyo, pero un criterio cerrado en cuanto a la forma en que estas medidas han de establecerse.

No ignoro que se sostiene por algunos autores que pueden existir apoyos designados por las personas con discapacidad al margen de la escritura pública. Pero creo que se incurre aquí en una confusión. Una cosa es que el Juez deba tener en cuenta lo que en relación a sus medidas de apoyo haya hecho constar la persona con discapacidad al margen de la escritura pública (especialmente si tal escritura no existe), como medio de atender a su voluntad, deseos y preferencias (art. 268 CC) y, otra cosa, es que sin más pueda dar preferencia a estas sobre las que consten en escritura pública. Ello solo podrá hacerlo en los supuestos previstos en el párrafo segundo del art. 272 CC: "No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones". Es decir, las manifestaciones hechas fuera de la escritura pueden ser prueba de estas circunstancias referidas en el art. 272 del CC.

Por lo demás, estas manifestaciones hechas por la persona con discapacidad al margen de la escritura pueden servir de apoyo para que judicialmente se declare extinguida la curatela (art. 291), removido el curador (art. 278), extinguido el poder preventivo (art. 258) y, por analogía, al titular de cualquier otra medida de apoyo.

Por último, no deben confundirse las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, objeto de nuestro estudio, con los apoyos que permitan a la persona con discapacidad comunicarse y relacionarse con terceros en el ejercicio de su capacidad jurídica, al tener limitaciones físicas o sensoriales que se lo impidan o limiten. El art. 25 de la LN es exponente de ello. Naturalmente que una persona con discapacidad intelectual, que además tenga esas limitaciones físicas o sensoriales, podrá de cualquier forma establecer los apoyos, instrumentos y ajustes que estime precisos para lograr esa comunicación necesaria en el ejercicio de su capacidad jurídica, pero estos apoyos no contribuyen a la formación de la voluntad de la persona, sino a la manifestación de la misma y a la recepción de las que reciba.

En síntesis, se puede afirmar, a mi juicio, que cuando la persona con discapacidad (es decir aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica) ejercite su capacidad jurídica, con los apoyos judicialmente establecidos, o, los previstos por ella, en las escrituras públicas reguladoras de su propia discapacidad, se encuentra en una situación igual a las demás personas que no tengan discapacidad para su desenvolvimiento jurídico y el desarrollo pleno de su personalidad (art. 249 CC).

Por el contrario, si prescinde de dichos apoyos, cuando fueren precisas, no se encuentra para el ejercicio de su capacidad jurídica en una situación igual a las demás personas que no tengan discapacidad para su desenvolvimiento jurídico y el desarrollo pleno de su personalidad (art. 249 CC). En principio, el negocio jurídico celebrado por una persona con discapacidad, prescindiendo de las medidas de apoyo previstas, cuando fueren precisas, puede ser anulado (art. 1301.4º CC)[2]. Ello afecta a esta persona y al tercero;

[2] Expuso esta materia con gran claridad Rodrigo Tena Arregui en los seminarios que en el Colegio Notarial de Madrid se hicieron en relación con la Ley 8/2021. Su trabajo está pendiente de publicarse en el número de la *Revista del Notario del Siglo XXI*, de febrero de 2022.

no podemos entrar ahora en ello, pero sí debemos ser conscientes de sus peligros.

Decíamos que entre las novedades más importantes de la ley está la de ampliar la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, considerando supletorias las medidas judiciales. Citábamos artículos del CC que son manifestación de ello, pero la LJV refuerza aún más este principio al regular el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, estableciendo como uno de los requisitos del procedimiento la celebración de una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad y en ella el art. 42 *bis* b) dispone: "3. En la comparecencia se procederá a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria", añadiendo: "4. Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente".

Por tanto, si como consecuencia de esa entrevista el Juez aprecia que, dada la situación de la persona discapacitada, podría prescindir de las medidas judiciales de apoyo y optar por medidas de apoyo de su entorno, seguramente la guarda de hecho o voluntarias, le informará para que, si le conviene, escoja una de ellas. En consecuencia, el Juez, si lo estima procedente, está invitando a la persona con discapacidad a que abandone el procedimiento y acuda a apoyos extrajudiciales.

2. Ámbito de los documentos de autorregulación

Basándonos en el derogado art. 223 del CC, el documento que contenía la regulación global de la propia discapacidad era el adecuado para diseñar el traje a medida aplicable a la situación jurídica de la persona discapacitada, en él se incluían en gran número de ocasiones poderes preventivos y la autocuratela. En el Anteproyecto de la ley al redactar el art. 255, sustituyendo al 223 anterior, se decía expresamente que en el documento en él regula-

do: "Podrá igualmente (la persona en previsión de la discapacidad) otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador"; sin embargo, la referencia a estas dos figuras ha sido suprimida en el texto definitivo, al prosperar una enmienda en el Congreso de los Diputados.

La supresión de esas dos medidas de apoyo hace que la redacción del artículo sea confusa y, en parte, contradictoria, pero creemos que dicha supresión pretende destacar que el supuesto regulado en el art. 255 del CC (voluntades anticipadas o previsión global) es aquel en el que la persona prevé ejercitar ella su capacidad jurídica, con medidas de apoyo, pero no cuando sea sustituida en dicho ejercicio, a través de un poder o de una curatela representativa. Me hace sostener lo anterior no solo por la supresión referida, sino por algunas expresiones del artículo, como la recogida en el primer párrafo al decir que se otorga este documento por la posibilidad de que existirán circunstancias que a la persona puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica; pero es ella la que la ejercita.

Es cierto que en la autocuratela se pueden incluir normas para su ejercicio por el curador, pero tengamos en cuenta que la curatela solo es efectiva cuando el Juez la constituya; mientras tanto, es un mero proyecto, sin ninguna eficacia. Sin embargo, las medidas de apoyo previstas en el art. 255 CC pueden entrar en vigor sin necesidad de resolución judicial.

De otro lado, en los poderes preventivos quien interviene es el apoderado, no la persona con discapacidad y, en la mayoría de las ocasiones se otorga el poder sin más especificaciones, existe una abstracción formal del mismo.

No obstante, esta interpretación responde a una disección del artículo y, quizás, a un planteamiento más dogmático que realista, porque la inclusión en un documento que pretende hacer una regulación global de la discapacidad, tanto de la autocuratela, como de poderes preventivos, es positiva y facilita lograr el traje a medida del que antes hablábamos. Si una persona quiere hacer una regulación global de su discapacidad futura o presente, como se pretende en esta clase de documentos del art. 255 CC, no tiene sentido prescindir de la autocuratela y de los poderes preventivos.

Ahora bien, esta supresión nos hace ver que estamos en presencia de medidas de apoyo voluntarias, a través de tres negocios jurídicos diferentes, y, ello es lo que creemos debe plasmarse en el documento, si pretendemos que sea comprensivo de toda la discapacidad. Dicho de otra forma, una sola escritura pública puede comprender negocios jurídicos distintos, máxime si todos ellos responden a una misma causa jurídica; ello es así, pero los negocios no deben mezclarse y dejarse claro en la escritura que no recoge un único negocio o una única declaración de voluntad y separar debidamente cada uno de ellos. Es lo que creo deberá hacerse en este caso, cuando la persona así lo quiera, recoger las tres declaraciones de voluntad en un solo documento, pero separando debidamente: las medidas del art. 255 del CC, la autocuratela y los poderes preventivos. Incluso la capacidad puede no ser igual para las tres medidas, como veremos más tarde. En la comunicación que se haga al Registro Civil por el Notario debe destacarse la existencia de tres negocios diferentes.

En síntesis, una persona en previsión de una futura discapacidad o de la existencia de una discapacidad establece el marco en que desea que la misma se desarrolle. Ese marco puede ser completo o limitado a algún aspecto concreto y, si fuere completo, en la estructura del documento creemos que deben distinguirse:

- Intervención de la persona otorgante del documento con medidas de apoyo:
    - Personales o
    - Técnicas.
- Organización de su patrimonio.
- Medidas personales.
- Poderes.
- Autocuratela.

II. ELEMENTOS PERSONALES

1. ¿Quiénes pueden otorgar estos negocios jurídicos?

1.1. Mayores de edad y emancipados

El art. 255 del CC, respecto de las voluntades anticipadas y el art. 271 del CC, relativo a la autocuratela, permiten que lo otorguen: "Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada". Respecto a la autocuratela, no nos plantea problema su otorgamiento por un menor emancipado; sí que nos lo plantea en los documentos del art. 255 la inclusión de negocios jurídicos para los que el emancipado necesita el complemento de capacidad del art. 247[3]. Esta posibilidad es bastante teórica, pues si el menor necesita de medidas de apoyo no se comprende bien su emancipación. Será difícil formalizar en estos documentos, otorgados por menores emancipados, algunos de los negocios jurídicos contemplados en el art. 247, pero será más fácil establecer apoyos diferentes de los consentimientos impuestos en dicho artículo. A nuestro juicio, no se pueden excluir los consentimientos de los progenitores o, en su caso, del defensor judicial, mientras el otorgante no alcance la mayoría de edad, pero estos consentimientos son independientes del que presta el emancipado, por lo que este sí podrá prever apoyos diferentes de ellos para formar su consentimiento; sería un plus, no una sustitución.

Caso de regularse en estas voluntades anticipadas algo relativo a los negocios jurídicos contemplados en el art. 247 del CC, prescindiendo de los consentimientos, aplazándolo a que el emancipado alcance la mayoría de edad, no vemos lógico que estas previsiones sean eficaces, especialmente si se trata de obligaciones, ya que las mismas serán exigibles al cumplirse el plazo (art. 1125 CC), por lo que el emancipado ha quedado obligado desde un principio que es lo que el CC pretende evitar. Frente a esta reserva nuestra, el art. 254 del CC al referirse a las previsiones que judicialmente se pueden adoptar cuando el menor de edad, pero mayor de dieciséis años, necesite de medidas de apoyo dice expresamente: "Estas medidas se adop-

[3] Art. 247 CC: "La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial".

tarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad"[4].

El párrafo transcrito del art. 254 del CC induce a confusión porque da a entender que todo lo previsto por el menor emancipado se aplicará cuando alcance la mayoría de edad, olvidando que la regla general es que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor (art. 247), por lo que en todo aquello que excepcionalmente no pueda hacer por sí solo no vemos inconveniente en que las medidas previstas en el documento de voluntades anticipadas se apliquen desde un principio.

En el caso que para los negocios incluidos en el documento se prestase por los progenitores o, en su caso, por el defensor judicial, el consentimiento previsto en el art. 247 no existirá obstáculo para el otorgamiento.

Al regular el CC los poderes preventivos en los artículos 256 y ss. no contiene ninguna norma relativa a la capacidad para su otorgamiento. Pero, al tratarse de una medida voluntaria de apoyo, creemos deberán aplicarse las disposiciones generales que el CC dedica a ellas, entre las que están la del artículo 255 relativo a la capacidad que acabamos de examinar.

1.2. Personas con discapacidad

El primer párrafo del art. 255 CC, como veíamos, dispone: "Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes".

[4] Art. 254. "Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias". Al haberse suprimido, a mi juicio equivocadamente, la patria potestad prorrogada, nos parece interesante lo previsto en este artículo, aunque seguramente al alcanzar la persona discapacitada la mayoría de edad sus padres serán los guardadores de hecho.

En el párrafo transcrito se observa que estos documentos pueden otorgarse en previsión de una futura discapacidad, en cuyo caso en ese momento el otorgante no tiene discapacidad, o, por apreciación de tenerla, en cuyo caso efectivamente tiene ya esa discapacidad. Concretándonos a este segundo supuesto, lógicamente la persona deberá tener capacidad natural para ese otorgamiento y, al tener que hacerlo en escritura pública, el Notario deberá apreciar la capacidad mental del otorgante, es decir, su aptitud para adoptar las previsiones que pretenda[5].

Debemos distinguir, no obstante, que el otorgante con discapacidad tenga medidas de apoyo voluntarias o judiciales, o, que carezca de ellas. A nuestro juicio, si estas medidas son voluntarias no vemos inconveniente en que pueda modificarlas, con el apoyo institucional del Notario y con los apoyos que la persona discapacitada y el Notario estimen precisos. Creemos prudente[6] aplicar los apoyos que el otorgante había establecido en su anterior autorregulación, salvo que lo pretendido ahora sea cambiar los titulares de las medidas de apoyo y estos se opongan o dificulten la modificación, puesto que en este caso, además de existir intereses opuestos, se estaría dificultando el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada; observar que decimos se oponga o dificulte, puesto que si apoya la modificación por estar más adecuado el cambio de titular de la medida de apoyo, la colaboración del anterior titular puede ser importante.

Para facilitar lo anterior es interesante introducir en las medidas de apoyo voluntarias una manifestación del otorgante, semejante a esta: "Que el apoyo que se establece aquí no implica autolimitación de las facultades del

[5] En el informe presentado en diciembre de 2017 a la Asamblea General de Naciones Unidas por la relatora especial Catalina Devandas, además de reconocer al notariado como autoridad en los términos del art. 12 de la CNY, señala expresamente en el punto 77 que: "En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica". Conforme a las observaciones Generales, elaboradas por el comité de seguimiento de la Convención, en relación con la interpretación del artículo 12, esa capacidad se refiere a la capacidad mental, es decir a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. En virtud del artículo 12 de la Convención, "los déficits en la capacidad mental ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica de la que todos gozamos en igualdad de condiciones con los demás".

[6] No decimos esencial.

que las otorga, por lo que no será necesario su aplicación cuando el otorgante, teniendo capacidad natural para ello, así lo considere".

Si las medidas de apoyo son judiciales, en lo que la resolución judicial no haya establecido apoyo o representación por parte del curador, creemos que la solución debe ser la misma que en los casos anteriores[7]. Pero si se trata de hacer una regulación de la discapacidad respecto de actos para las que judicialmente se estableció asistencia o apoyo, a nuestro juicio, no se podrá prescindir de los apoyos previstos judicialmente para otorgar una escritura que establezca respecto de esos actos disposiciones diferentes, y si lo que se estableció judicialmente fue una curatela representativa, ni la persona discapacitada, ni el curador representativo, podrán otorgar una regulación diferente de su discapacidad; habrá que acudir a la modificación judicial de las medidas acordadas (arts. 268, 278 y 283 CC). Incluso, cuando la curatela sea asistencial, podría sostenerse, en contra de lo expresado por nosotros, que los actos concretos para los que en la resolución judicial se exija la asistencia solo puedan modificarse judicialmente.

Caso de que el apoyo de la persona con discapacidad fuese una guarda de hecho nos parece claro que la persona discapacitada, con capacidad natural suficiente, pueda en escritura pública regular su propia discapacidad; el art. 267 del CC nos da base para ello al disponer que la guarda de hecho se extingue, entre otras causas, cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo.

Precisamente, la regulación de la guarda de hecho puede ser un argumento para defender la posibilidad de que la persona con discapacidad con medidas de apoyo judiciales pueda regular su propia discapacidad, si estos fueran asistenciales y no contradicen las judicialmente adoptadas, desde el momento que el art. 263 CC dispone que: "Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que éstas no se estén aplicando

[7] El art. 269 del CC al regular en la curatela el contenido de la resolución judicial dispone que: "Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación. El curador actuará bajo los criterios fijados en el artículo 249".

eficazmente". Es decir, que si se pueden sustituir las medidas judiciales por una guarda de hecho, con mayor razón podrá hacerse en una escritura bajo el control del Notario.

Cuando la persona con discapacidad carezca de medidas de apoyo voluntarias o legales y pretenda hacer una autorregulación de su discapacidad es frecuente leer o escuchar que bastará con el apoyo del Notario y que este es la medida de apoyo institucional a la persona discapacitada. Ello creemos que es así, desde el momento que el legislador permite a la persona con discapacidad que pueda hacerlo y exige que lo haga en escritura pública. Pero la prudencia que integra el proceder del Notario debe ser aún más exigente al estar llamado en la autorregulación de la discapacidad por el ordenamiento jurídico a ser el garante de que se respete la dignidad de la persona discapacitada, sus derechos fundamentales, su voluntad, deseos, preferencias, que se eviten los abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas.

Por ello, creemos que las exigencias, cuando se trata de un acto concreto o del establecimiento de una medida de apoyo puntual, no deben ser las mismas que cuando se haga una autorregulación global de la discapacidad o de un poder general preventivo. No porque aquellos carezcan de trascendencia, sino porque en estos primeros se está examinando la capacidad mental para un acto concreto, en un momento concreto, que producirá generalmente efectos inmediatos; sin embargo, en una autorregulación de la propia discapacidad se está estableciendo un marco jurídico para que en el futuro esa persona con discapacidad ejercite plenamente o ejerciten en su nombre la representación jurídica. Si a la autoridad judicial para el establecimiento de las medidas de apoyo se le exige legalmente en los procedimientos una serie de garantías, creemos que el Notario también tendrá que observar garantías, adecuadas a su función que evidentemente es diferente de la judicial. Por ello, hacemos nuestra, para el caso que estudiamos, la Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, que en lo que aquí incumbe dice así:

"El notario, teniendo en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá solicitar:

a) Información particular sobre sus condiciones de vida, o sobre su entorno familiar o de convivencia, a fin de adecuar su actuación en la medida de lo posible.

b) Pedir la calificación administrativa y con ella su programa de atención individual (PIA).

c) Entrevistarse con su cónyuge o pareja o quienes convivan con ella, familiares cercanos, así como con las entidades del tercer sector con las que guarde relación.

d) Solicitar informes sociales o de aquellos profesionales que puedan aconsejar las medidas de apoyo necesarias en cada caso.

e) Procurar la intervención de un profesional experto a modo de facilitador (artículo 7 *bis* de las leyes de jurisdicción voluntaria y enjuiciamiento civil) que realice las tareas de adaptación y ajustes necesarios para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

f) Y, por supuesto, propondrá aquellas salvaguardias que considere necesarias para asegurar el respeto a su voluntad, deseos y preferencias.

Es conveniente levantar acta, con carácter previo al otorgamiento, en la que se reflejen los posibles informes sociales o documentos complementarios y la ayuda de las personas que presten su apoyo para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. En el caso del intérprete bastará su comparecencia en la escritura pública o instrumento".

En parte, esta Circular está adaptando a la función notarial el procedimiento que el art. 42 *bis* de la LJV establece para el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

Al regular los poderes preventivos y la autocuratela no contempla el CC la situación de discapacidad del otorgante, por lo que surge la duda de si se podrán otorgar estos poderes o designar autocurador una persona con discapacidad. Respecto de los poderes preventivos la contestación afirmativa nos parece clara, como adelantábamos antes, al estar su regulación en el capítulo dedicado a las medidas de apoyo voluntaria y el art. 255 del CC, una de las dos disposiciones generales dedicadas a estas medidas.

Mayores dudas plantea, sin embargo, la autocuratela, pues el CC no contempla que pueda otorgarse "en previsión" de la futura discapacidad. Efectivamente el art. 271 dice así: "cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás". Como dice nuestro compañero Eduardo HIJAS[8], sin embargo, las primeras interpretaciones se están inclinando por admitirlo, debido a que es la exégesis más conforme a la Convención de Nueva York, que inspira la reforma. Además, sería ilógico permitir que la persona con discapacidad pueda establecer todo tipo de medidas de previsión, conforme al 255 CC, menos la trascendental de proponer curador. No nos parece acorde a los principios de la nueva Ley entender que el legislador haya querido ser flexible en este punto con las medidas voluntarias de apoyo y mostrar una notable rigidez para la autocuratela. A mayor abundamiento, si hacemos una interpretación auténtica e histórica del precepto, observamos que en el texto remitido al Congreso se contenía la expresión "en previsión de la concurrencia futura de circunstancias…". El texto definitivo elimina la palabra "futura" y refleja la intención del legislador de equiparar esta norma con la regulación de la propia discapacidad del artículo 255 CC.

1.3. Intervención de terceros en la autorregulación

Al referirnos a terceros no lo hacemos respecto a quienes asistan a la persona discapacitada en el otorgamiento. Contemplamos la previsión del párrafo primero del art. 255 del CC, al disponer que la persona podrá prever o acordar en escritura pública las medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. Es decir, que podrá prever unilateralmente, o podrá acordar, lo que implica que las medidas las puede pactar con un tercero. Pensemos que se formaliza en el documento un mandato, sea o no representativo, en el que al ser un contrato debe comparecer mandante, que será la persona discapacitada y el mandatario; recordemos que el Capítulo Segundo del Título XI lleva por rúbrica de los poderes y mandatos preventivos, incluso el art.

[8] Exposición hecha en una de las sesiones organizadas por el Colegio de Madrid sobre la Ley 8/2021.

262 se refiere al caso de mandato sin poder; por ejemplo, se designa a la **persona** que vaya a realizar los apoyos para ayudar al otorgante en la discapacidad psíquica o sensorial, acordando sus obligaciones, retribución etc.; se acuerda con determinada gestora de fondos la administración de activos financieros del otorgante, etc.

Algunos compañeros se han referido a la conveniencia que en los poderes preventivos comparezcan los apoderados para dar su consentimiento; legislaciones extranjeras, como la francesa, lo exige. Ello parece que se plantearía en el poder preventivo, no en los que tuvieran la cláusula de subsistencia. Se justifica porque los apoderados son, cuando surja la discapacidad, titulares de medidas de apoyo y el desconocimiento por los mismos puede ocasionar que al surgir la discapacidad la persona quede sin apoyos o se acuda a un guardador de hecho, siendo así que la voluntad de la persona era otra; se asemejaría a la exigencia que el curador tome posesión de su cargo ante el Letrado de la Administración de Justicia (art. 282 CC). Quizás, el caso es más teórico que práctico, pues lo lógico es que los apoderados sean personas cercanas al poderdante, que este les comunique la existencia del poder y que el Notario le informe de la conveniencia de ponerlo en su conocimiento. De aceptarse esa posibilidad, parece lógico aplicarla a los demás supuestos en que se nombre titulares de medidas de apoyo, a excepción de la autocuratela que tiene un procedimiento propio.

Veo más inconvenientes que ventajas en la comparecencia de los apoderados en la escritura de poder para aceptar el nombramiento. No procede la analogía con la curatela, pues al nombrarse por el Juez el curador es porque existe ya la necesidad del apoyo, por lo que lógicamente si el nombrado no acepta se produce un vacío inmediato que debe cubrirse; por otra parte, el nombrado, al aceptar, se hace titular de la medida de apoyo. Ello no ocurre cuando lo que se está haciendo es una previsión de la discapacidad (quizás sí, cuando al hacerla ya existe la discapacidad). Se estaría aceptando por el apoderado ser titular de una medida de apoyo para un momento (situación de discapacidad) que se ignora, pero que al llegar ha quedado obligado; estaría asumiendo anticipadamente unas obligaciones cuyo alcance, según la necesidad del apoyo, puede ser muy diferente de las existentes al otorgarse el poder. Estas necesidades dependerán no solo del grado de discapacidad del poderdante, sino también de sus circunstancias personales, familiares

y patrimoniales que en ese momento el poderdante tenga; por ejemplo, el apoderado queda obligado a gestionar el patrimonio del poderdante sin saber cuál va a ser su contenido y su situación jurídica: puede que, al devenir la discapacidad, lo tenga todo embargado o que esté en concurso. Es cierto que el apoderado podrá renunciar, pero podría incurrir en responsabilidad y seguir el procedimiento de la excusa del curador (art. 279) por aplicación analógica de las normas de la curatela.

La comparecencia del apoderado va en contra de la práctica actual. Cuando el poderdante quiere que los apoderados conozcan la existencia de esta clase de poderes se lo comunica y la aceptación del encargo es normalmente tácita por el uso que del mismo hace el apoderado; la comparecencia en la propia escritura del apoderado, como se propone, puede moral, que no jurídicamente, dificultar su revocación.

Por último, podríamos entrar en temas interpretativos innecesarios sobre la situación jurídica creada por la aceptación; se planteará la duda de si de un mero apoderamiento se ha pasado a un mandato. No vale decir que se ha pasado a una medida de apoyo, pues esta no nace hasta que la discapacidad exista; más bien cabría sostener que es un mandato en el que el apoderado se obliga a asumir la medida de apoyo cuando fuere necesaria. Entramos entonces en el campo contractual del mandato, cuando el legislador ha querido regular el poder preventivo en el Libro Primero del Código Civil, dedicado a las Personas y no en el Cuarto, dedicado a las Obligaciones y Contratos, en el que se incluye el mandato.

1.4. Incompatibilidades notariales

La Ley Notarial en el artículo 22 dispone que: "Ningún Notario podrá autorizar contratos que contengan disposición en su favor, o en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil o segundo de afinidad". El art. 27 añade: "Serán nulos los instrumentos públicos: 1.º Que contengan alguna disposición a favor del Notario que los autorice".

Desarrolla lo anterior el Reglamento Notarial en los siguientes términos: Artículo 139. "Los notarios no podrán autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor, pero sí las que en sólo contraigan obliga-

ciones o extingan o pospongan aquellos derechos, con la antefirma «por mí y ante mí».

En tal sentido, los Notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias.

No podrán, en cambio, autorizar actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor o de su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes de los grados mencionados, aun cuando tales parientes o el propio Notario intervengan en el concepto de representantes legales o voluntarios de un tercero.

Exceptúase el caso de autorización de testamentos en que se les nombre albaceas o contadores-partidores y los poderes para pleitos a favor de los mencionados parientes.

El Notario no podrá autorizar o intervenir instrumentos públicos respecto de personas físicas o jurídicas con las que mantenga una relación de servicios profesionales".

Conforme a estos preceptos consideramos:

- Que, como regla general, el Notario podrá, con las expresiones "por mí y ante mí", otorgar escrituras públicas autorreguladoras de su futura discapacidad.
- Que, no obstante, existirá incompatibilidad en los casos en que existan acuerdos con un tercero, conforme prevé el art. 255 CC.
- Que existe incompatibilidad y, en consecuencia, no podrá autorizar las escrituras públicas de autorregulación de la discapacidad de sus empleados, al mantener con ellos una relación profesional.
- Que no tendrá incompatibilidad para autorizar las escrituras públicas en las que su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad regulen su futura o actual discapacidad, con la aclara-

ción que hacemos a continuación y con la excepción de que existan acuerdos con terceros en los términos del artículo 255 del CC.

No creemos que el Notario pueda autorizar poderes preventivos en los que se le designe a él apoderado y sea otorgado por cualquier persona, incluidas, lógicamente, aquellas respecto de las cuales exista incompatibilidad en los términos examinados del art. 139 del RN. La razón, además de las que veremos posteriormente, es que la única excepción en materia de poderes que recoge este artículo 139 es la de los poderes para pleitos. Podría sostenerse, con mayores argumentos, la posibilidad de escrituras relativas a la autocuratela, especialmente por corresponder el nombramiento del curador al Juez que podrá prescindir del nombramiento, conforme al artículo 272 del CC; ocurre que este artículo, que estimamos no puede ser objeto de interpretación extensiva, permite eludir ese nombramiento solo cuando existan circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

En el caso de las escrituras de autocuratela y en la de previsión de la propia discapacidad, otorgadas por terceras personas, en la que se le nombre al Notario autorizante curador o titular de medidas de apoyo de carácter asistencial[9], el argumento a favor de que no existirá incompatibilidad para que el Notario las autorice es que el nombrado, es decir el Notario autorizante, si acepta, asume obligaciones, no derechos, al menos, cuando las funciones no sean remuneradas[10]. Ello podría apoyarse en el párrafo primero del art. 139 del RN, al establecer cómo los notarios no podrán autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor, pero sí aquellas en las que solo contraigan obligaciones...; sin embargo, lo que aquí se está permitiendo es que el Notario autorice "por mí y ante mí" la escritura, no que esté autorizando una escritura en la que un tercero establezca esas obligaciones a favor del Notario autorizante; por ello, cosa distinta es que acepte en la forma y con

[9] Si fueran representativas el tratamiento debe ser el de los poderes.

[10] Es importante el estudio de estas obligaciones en el artículo de María José Segarra Crespo, Fiscal de Sala de la Unidad Coordinadora de Personas con Discapacidad y Mayores de la FGE y Avelina Alía Robles, Fiscal adscrita a la Fiscal de Sala de la Unidad Coordinadora de Personas con Discapacidad y Mayores de la FGE. *Actualidad Civil*, nº 10, Sección Persona y derechos/A fondo, Octubre 2021, Wolters Kluwer-La Ley *10320/2021*.

la fórmula aceptada la titularidad de las medidas de apoyo constituidas en escritura otorgada ante otro Notario.

Para nosotros la incompatibilidad está recogida en los párrafos del artículo 139 del RN cuando dispone: "No podrán (los notarios), en cambio, autorizar actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor o de su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes de los grados mencionados". La designación del titular de una medida de apoyo es una disposición a favor del mismo al estarse concediendo facultades para su ejercicio, así resulta de la definición que de las medidas voluntarias da el art. 250 del CC: "Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance" y de la dicción literal de algunos preceptos, así el art 271 CC: "Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo" y el art. 272 del CC añade: "La propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela".

Al tratar del otorgamiento de estos documentos debemos tener en cuenta que, en ocasiones, el otorgante puede estar afectado por una discapacidad física o sensorial. La Ley 8/2021 ha introducido un párrafo en el art. 25 de la LN, previendo la comparecencia en escritura pública de una persona con esa discapacidad en los términos siguientes: "Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante notario, éstas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dacti-

lológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso". Nosotros hemos sostenido[11], ratificándonos en ello, que es un principio irrenunciable la comunicación entre el Notario y el otorgante, siendo los medios materiales y humanos recursos para lograr esa comunicación; ningún medio humano puede sustituir esta comunicación, es decir, si el Notario logra comunicarse con el intermediario, pero no con el otorgante, no podrá autorizar el documento de que se trate. Lo contrario sería sustituir la voluntad del otorgante por la del intermediario. Recordemos, como antes veíamos, en el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, la entrevista del Juez con estas personas exigida en el art. 42 *bis*.3. de la LJV.

A nuestro juicio, la persona que permita la comunicación entre el otorgante y el Notario no tiene que ser un perito, ni siquiera un profesional; ninguna norma lo exige, incluso en el art. 150 del RN, al regular los documentos otorgados por personas que no entiendan el idioma español, dice que se precisará la intervención de un intérprete y, a diferencia, de la regulación anterior no impone que sea oficial. Sin embargo, no creemos que los familiares del Notario, ni sus empleados, puedan ser las personas que hagan esa comunicación. Es cierto que no existe ninguna norma que lo prohíba. Pero nos lleva a sostener una postura negativa, que al ser necesaria la intervención de un tercero para lograr la comunicación entre el otorgante y el Notario, el tercero facilita la comunicación, pero las posiciones jurídicas del otorgante y el Notario siguen siendo las mismas, solo que la de aquel (el otorgante) queda asistida por el tercero; si este tercero está unido al Notario por una relación de empleo, precisamente en la propia notaría, o, por vínculos familiares, se está, quiérase o no, produciendo una confusión de a quién está asistiendo ese intérprete, tercero o mediador. No olvidemos que la función del Notario es personal y él asume la responsabilidad de lo que atañe a su función, si se sostiene que el empleado o sus familiares están asistiendo en el otorgamiento al Notario el elemento personal y la responsabilidad del Notario (civil, penal, profesional) quedan mezcladas con la de este tercero. Por último, la imparcialidad del Notario, tanto respecto a la persona con discapacidad, como respecto a los que con ella contraten en la

[11] En un artículo, pendiente de su publicación, en el próximo número de *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2002, con el título «La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021».

escritura, queda empañada y comprometida si los empleados del Notario o sus parientes intervienen activamente en el otorgamiento.

Ninguna de estas razones contrarias a la intervención de los familiares y empleados del Notario son extensiva a los parientes de la persona con discapacidad, pues la familia tiene un papel relevante en su protección, de la que es manifestación la guarda de hecho y el reconocimiento que a la misma se hace en el Preámbulo de la Ley: "la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea"[12].

2. ¿Quiénes pueden ser designados titulares de las medidas de apoyo?

2.1. Aptitud y prohibiciones

La contestación parece en principio clara. Pueden ser titulares de las medidas de apoyo, las personas mayores de edad que no las afecte alguna prohibición. El art. 275 del CC, al referirse al nombramiento de curador, dispone, además, que sean aptas para el adecuado desempeño de su función. Esta exigencia vincula a la autoridad judicial; lógicamente el designado en una medida voluntaria debería ser apto para ello, pero quien debe apreciar esa idoneidad al regular su propia discapacidad será el otorgante; el Notario podrá asesorar, pero no puede entrar a calificar esa idoneidad. Recordemos que, si de curatela se trata, la propuesta de nombramiento del curador hecho por la persona con discapacidad vincula a la autoridad judicial (art. 272 I CC) y que solo podrá prescindir de ella, cuando existan circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las circunstancias expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 272, párrafo último). Cosa diferente, como ya vi-

[12] A nuestro juicio, reglamentariamente o mediante alguna resolución de la D.G.S.J y F.P o Circular del Consejo General del Notariado, debería aclararse el tema de las incompatibilidades referidas.

mos, es que la notoria ineptitud para su ejercicio sea causa de remoción de la curatela (art. 278 CC), de los poderes preventivos (art. 258 CC *in fine*) y, a nuestro juicio, de cualquier medida de apoyo.

El citado art. 275 del CC, en su párrafo segundo, establece que: "Asimismo podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad". De ello resulta que no podrán designarse curador a una persona jurídica con ánimo de lucro (p. ej., sociedades mercantiles) o que, careciendo de ánimo de lucro, no tenga por finalidad la indicada en ese precepto. Frente a esta opinión que sostengo, no faltan autores, como M.ª Paz García Rubio, y nuestra compañera Inmaculada Espiñeira Soto[13], que señalan que nada impide que el designado por el autor del negocio preventivo sea una o varias personas jurídicas, y, dentro de estas, que tengan o no ánimo de lucro. Entienden que las limitaciones que, al respecto, se establecen para ser nombrado curador en el mencionado artículo 275 CC no pueden imponerse a la voluntad contraria del interesado[14]. Tiene fuerza ese argumento, que incluso podrá reforzarse considerando que la prohibición vincula al Juez, no a la persona discapacitada; sin embargo, la prohibición está ahí y no olvidemos que es el Juez quien designa al curador propuesto y encontrará dificultades para hacerlo en contra de los términos imperativos de esa norma. Se presentaron al Proyecto de Ley algunas enmiendas, proponiendo la supresión de la prohibición a ser llamados como curadores personas jurídicas con ánimo de lucro, entre ellas una enmienda de la Fundación Aequitas, argumentando que la retribución o profesionalización de la persona jurídica no parece que sea necesariamente incompatible con la dedicación adecuada a dichas funciones de administración. Pero, como señala Sofía de Salas Murillo[15], no parece haber sido esta la opción del legislador, a la vista de la rotundidad del art. 275 CC, que funciona como una prohibición legal, basada en una presunción *iuris et de iure* de conflicto de intereses o de influencia indebida;

[13] Citadas por Eduardo Hijas, en el Seminario al que nos referimos en la siguiente nota.

[14] Cita hecha por Eduardo Hijas, en la cuarta sesión sobre el Seminario organizado en torno a la Ley 8/2021, en el Colegio Notarial de Madrid.

[15] de Salas Murillo, S., «Comentario al 275 del CC», Guilarte, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra,2021, p. 781.

por si cupiera alguna duda, añade esta autora, lo reitera el párr. 1º y el n.º 7º del párr. 2º del art. 276.

Al tratarse esta prohibición, limitadora de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, no creemos que pueda aplicarse a medidas de apoyo diferentes de la curatela. Por tanto, no vemos obstáculo para que una entidad con ánimo de lucro pueda ser designada por la persona con discapacidad, apoderada preventiva o titular de cualquier otra medida de apoyo; sería paradójico, amén de carecer de base legal, que un poder preventivo de subsistencia dado a una sociedad se extinguiera cuando se produjera la discapacidad prevista del poderdante. Citábamos anteriormente cómo la Fundación Aequitas sostenía la conveniencia de sociedades profesionales cuyo fin sea la asistencia a personas en situación de discapacidad. Incluso podría ser interesante la designación de apoderados para casos concretos de sociedades cuyo objeto no fuera directamente esa protección. Pensemos un apoderamiento preventivo con una cláusula de este tenor: "Dispone el otorgante que la gestión de su cartera de valores, en caso de discapacidad, se siga haciendo por la Sociedad X, a menos que antes de llegar a esta situación de discapacidad no le haya revocado el mandato conferido".

Plantea también duda la prohibición del párrafo último del art. 250 CC: "No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo". A diferencia del caso anterior, que está en un artículo regulador del nombramiento del curador, el art. 250 se encuentra en el capítulo de las disposiciones generales, por lo que es de aplicación a los titulares de todas las medidas de apoyo. Es un artículo problemático y, a nuestro juicio, desafortunado y confuso. La confusión fundamental la origina la palabra asistencial, pues gran parte de las medidas de apoyo suponen una asistencia y así lo dice el CC y la CNY. Una interpretación amplia supone que quien realice cualquier asistencia a la persona discapacitada, como consecuencia de un contrato, no podría ser titular de ninguna medida de apoyo. Ello supone una discriminación a la autonomía de la persona, contradice el art. 255 del CC que veíamos habla de acordar las medidas y la figura del mandato preventivo.

Por ello, sin perjuicio de que existen argumentos para sostener que esa prohibición solo afecta a las medidas judiciales y no a las voluntarias, apoyándonos en la Ley 39/2006, a la que se remite la Ley 8/2021, al tratar de conceptuar la discapacidad, las prohibiciones del párrafo último del art. 250 CC creemos que solo pueden aplicarse a quienes en virtud de una relación contractual ayuden a la persona discapacitada para realizar varias actividades básicas de la vida diaria de forma continua o varias veces al día. No comprende, por ejemplo, si la persona en previsión de su discapacidad designa para que le asista en determinados asuntos el abogado del despacho X, con el que tiene contratada una asignación anual. Aquí existe una relación contractual, está disponiendo que le asista en determinados asuntos, pero consideramos que nada tienen que ver con la asistencia.

Sostiene Cristina Guilarte[16] que deberían excluirse del ámbito de la norma los supuestos en los que la relación de cuidado se dispensa en el propio domicilio por una persona de confianza de la persona con discapacidad mediante retribución y "limitarlos a la dispensa de cuidados asistenciales y residenciales canalizados a través de empresas especializadas, a las que se podría añadir, en función de la citada cláusula abierta, los servicios vacacionales y de entretenimiento destinados a estas personas".

No existe limitación legal para que pueda ser titular de una medida de apoyo una persona con discapacidad; sería contrario a los principios de la CNY un requisito semejante al del antiguo artículo 241 del CC que para ser tutor exigía que este se encontrase en pleno ejercicio de los derechos civiles; supondría una prohibición contraria a lo dispuesto en el párrafo último del art. 269: "En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos". Sin embargo, no parece lógico que se designe para ejercer una medida de apoyo a alguien que por su concreta discapacidad necesite de esa medida concreta de apoyo; contradiría la aptitud para su ejercicio. Lo que no vemos inconveniente es la designación para apoyar o asistir en campos para los que la persona discapacitada no necesitase de apoyos; no olvidemos las diferentes formas y causas de discapacidad psíquica que

[16] Guilarte Martín-Calero, C., en obra colectiva *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.* Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, p. 552.

supone la existencia de personas con discapacidad en ciertas materias, pero dotadas de gran habilidad en otras.

2.2. Inhabilidad para ser titular de medidas de apoyo

El art. 275 del CC establece: "2. No podrán ser curadores: 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. 2.º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. 3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.

3. La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. 3º. Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona".

Se recogen las incapacidades en dos grupos:

- las del primer párrafo que, si se dan, impiden en todo caso que puedan ser curadores; y
- las del segundo, en las que el juez excepcionalmente puede nombrar curador, aunque le afectase alguna de estas incapacidades o prohibiciones.

Parece que las incapacidades del párrafo primero son absolutas, aunque nos deja la duda de si podrá salvarlas en la escritura de autocuratela la persona que necesite de las medidas de apoyo en los supuestos 2º y 3º, dado los términos imperativos del párrafo primero del CC art. 276 en relación con el último del CC art. 272, que obligan al Juez a pasar por la designación del curador, a menos que existan circunstancias graves desconocidas por quien le nombró, alteración de las mismas o que presumiblemente no tuvo en

cuenta. De lo anterior, creemos que si las circunstancias de los números 2º y 3º las conocía perfectamente la persona que nombró al curador, el Juez no podrá prescindir del nombramiento.

Si llegamos a la conclusión de la posibilidad que la incapacidad pueda salvarla la persona que necesita de apoyos, en el caso del párrafo primero, con mayor razón lo creemos posible en las del segundo párrafo, en las que puede salvarlas la autoridad judicial por circunstancias excepcionales; estas circunstancias serían el haberlas previsto y tenido en cuenta la persona que les nombro.

En los supuestos anteriores sería importante que en la misma escritura de autocuratela se salvara por el otorgante la incapacidad del nombrado curador.

El art. 275 del CC se refiere a la curatela y no a las otras medidas de apoyo, pero como el art. 258 del CC, en su párrafo último, como hemos ya repetido en otros momentos, legitima a determinadas personas para solicitar la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre algunas de las causas previstas para la remoción del curador, entre las que se encuentra el incurrir en una causa legal de inhabilidad (art. 278 CC), estimamos que sería igualmente importante que el poderdante salvara estas inhabilidades, si se dieran, lo que además encuentra su apoyo en la última frase del artículo 258 CC "que el poderdante hubiese previsto otra cosa" y, en cierto sentido, que este artículo habla de incurrir, es decir del futuro y no de estar incurso que es lo que ocurre si la misma existe al otorgarse el poder.

Por último, tener en cuenta que diferente de las incapacidades son las prohibiciones que para determinados actos establece el CC art. 251 a todas las personas que ejerzan medidas de apoyo.

3. Designación de los titulares de las medidas de apoyo

3.1. Se pueden nombrar una o varias personas como titulares de las medidas de apoyo

Así lo prevé el art. 271 del CC, respecto a la curatela y lo desarrolla el art. 277 CC: "Se puede proponer el nombramiento de más de un curador si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican.

En particular, podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes. Cuando la curatela sea confiada a varias personas, la autoridad judicial establecerá el modo de funcionamiento, respetando la voluntad de la persona que precisa el apoyo".

El art. 255 lo prevé también en el documento de voluntades anticipadas, al referirse en el párrafo segundo que podrá establecerse el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249.

En la regulación de los poderes preventivos, el art. 259 del CC da por supuesto que pueden coexistir poderes generales con especiales.

3.2. El nombramiento de varias personas puede hacerse para que actúen de forma simultánea o sucesiva

Si fuere simultánea, pueden tratarse de apoyos diferentes; el art. 271 del CC dice que en particular pueden separarse como cargos distintos los del curador de la persona y curador de los bienes; es un ejemplo de las posibilidades, como lo prueba la expresión "en particular". La designación de apoyos diferentes es más fácil establecerlos en el documento de voluntades anticipadas. Pongo algunos ejemplos ordenados por el disponente: exigir que para cualquier acto de tipo patrimonial que exceda de una determinada **cuantía** deberá estar asistida por un abogado del despacho X, con independencia de cualquier otro apoyo que tuviere; que cualquier acto de **disposición sobre inmuebles** de su propiedad se formalice necesariamente en escritura pública, autorizada por el notario Sr. X, que le hará de apoyo sin necesidad de ningún otro; que las decisiones que hayan de tomarse en relación a las empresas familiares se adopten por sus tres hijos, por mayoría de votos; que en cualquier **decisión médica lo haga su hija B,** apoyada por el Dr. Z; que en las decisiones relativas al cuidado de su persona el apoyo le sea prestado por su hermana H, etc.

Los ejemplos anteriores nos muestran la conveniencia del documento de voluntades anticipadas, regulado en el art. 255 CC, cuyo contenido es más completo o rico, por así decirlo, que los otros reguladores de la propia

discapacidad. Más aún, para muchas de esas facultades se necesitará que la persona designada tenga poderes, por lo que en el documento las facultades de los apoderados quedan de esta forma causalizadas. El art. 258 del CC, en su párrafo primero, contempla la concurrencia de diversas medidas de apoyo, en los siguientes términos: "Los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado". No obstante, cuando exista un poder general, debe dejarse claro que el mismo no extingue los poderes especiales que puedan existir, ni deja sin efecto otras medidas de apoyo existentes; el Notario deberá informar y asesorar al poderdante, si efectivamente quiere que subsistan esas otras medidas o incluso si es su voluntad que el apoderado general no ejercite las facultades conferidas a otras personas para que lo hagan exclusivamente ellas. En este caso, el poder general no será tan general, más bien será residual; algo parecido a las facultades que el Juez atribuya al curador, respetando las voluntarias (art. 272 CC). Ello nos vuelve a demostrar la conveniencia de resolver estos temas con claridad en el documento del art. 255 del CC.

Cuando el nombramiento de más de un titular lo sea para la misma medida de apoyo, lógicamente, deberá regularse su régimen de actuación: si actuaran de forma colectiva o individual, criterios para resolver las discrepancias, etc. El art. 277 del CC dispone que: "Cuando la curatela sea confiada a varias personas, la autoridad judicial establecerá el modo de funcionamiento, respetando la voluntad de la persona que precisa el apoyo".

El nombramiento de varias personas también puede hacerse para su actuación en forma sucesiva; en estos casos debe establecerse el orden de la sustitución. El art. 273 del CC dispone que: "Si al establecer la autocuratela se propone el nombramiento de sustitutos al curador y no se concreta el orden de la sustitución, será preferido el propuesto en el documento posterior. Si se proponen varios en el mismo documento, será preferido el propuesto en primer lugar". La sustitución puede deberse a causas diversas que conviene prever, por ejemplo, impedimento definitivo o transitorio del nombrado en primer lugar, renuncia o no aceptación, llegada a una cierta edad, conflicto de intereses ocasional o definitivo, remoción etc.; estas causas deben

contemplarse en todos los supuestos, incluso en los poderes preventivos, para evitar que si la persona necesita el apoyo quede sin protección.

3.3. Designación por tercero del titular de las medidas de apoyo

El art. 274 del CC, al regular la autocuratela dispone: "Se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada". No es suficientemente clara esta delegación; interpretado literalmente el artículo parece que el **cónyuge** puede elegir como curador a cualquier persona, pero los demás autorizados para ello solamente podrán hacer la elección entre los designados en la escritura; si el cónyuge solo puede designar a los designados bastaría que el artículo se hubiera referido a cualquier persona, al no hacerlo, es que está atribuyendo más facultades a aquel para la elección. Si ello se permite respecto al nombramiento de curador, lógicamente también podrá hacerse respecto a quien se designe como titular de concretas medidas de apoyo en el documento de voluntades anticipadas.

Nuestro compañero Eduardo Hijas, en el seminario celebrado en el Colegio de Madrid, anteriormente citado, decía que cuando se encomiende la elección del curador al cónyuge, debemos plantearnos si queda sin efecto dicha delegación por la separación posterior. Nada dice el Código Civil, a diferencia de lo que ocurre con los poderes preventivos, donde el párrafo 2º del artículo 258 CC dispone: "Cuando se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este". A su juicio, puede aplicarse el mismo criterio, analógicamente, puesto que la delegación tiene una naturaleza muy similar a la de un poder preventivo especial con la única facultad de designar curador y, además, está basado en la confianza, que decae por la separación de hecho posterior. En el caso de existir demanda de separación judicial, se podría además subsumir en la revocación de consentimientos o poderes entre cónyuges, que establece el artículo 102 CC.

Mayor dificultad puede tener esta delegación, cuando de poderes preventivos se trate. El art. 261 del CC dice así: "El ejercicio de las facultades representativas será personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas. Aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables". Parece que este artículo está prohibiendo la sustitución en los poderes preventivos, con algunas excepciones; por ello, debe tenerse cuidado en la redacción de estos poderes no incluir sin más la facultad de sustitución. A nuestro juicio, lo que prohíbe este artículo es que el cargo de apoderado general, como titular de una medida de apoyo, pueda ser sustituido, pero no prohíbe que se pueda encargar y, por ende, delegar facultades para actos concretos. Es lo que ocurre en las representaciones legales, por ejemplo, el titular de la patria potestad o el tutor de un menor no puede sustituir su cargo en otra persona, pero sí apoderar para determinados supuestos.

Ello es un principio existente en esta materia, por lo que creo que es aplicable igualmente a los titulares de medidas de apoyo asistenciales designadas por las personas con discapacidad en la autorregulación de su discapacidad. Ocurre que en el apoyo asistencial lógicamente la persona discapacitada puede consentir que por el nombrado anteriormente sustituya en otra persona la asistencia, pero en realidad este consentimiento es el que da validez a la sustitución; el nombrado en primer lugar por sí solo no puede hacerlo.

Algunos autores sostienen que debe respetarse siempre la voluntad del poderdante, por lo que este puede autorizar expresamente la sustitución en el poder. Un argumento a favor de ello es que el apoderado puede ser una persona jurídica, que actuará lógicamente a través de personas físicas que cambiarán en muchas ocasiones; ello prueba que no estamos ante un cargo personalísimo.

Podría servirnos de guía lo previsto para la autocuratela en el art. 274 del CC, antes visto. Aplicando lo previsto en este art. 274 a los poderes preventivos y a la autorregulación de la discapacidad en el supuesto del art. 255 podría autorizarse al apoderado la sustitución en personas que el poderdante haya concretado, incluso de manera genérica: p. ej., en cualquiera de mis hijos. Ello además sirve para dar apoyo al ejercicio del poder por personas

físicas que cambian cuando el apoderado es una persona jurídica, en el sentido que no se permite el ejercicio del poder por cualquier persona, solo por las que ocupen los órganos de representación de la jurídica designada.

3.4. Comienzo del ejercicio de las medidas de apoyo

Cuando se trata de la autocuratela estamos ante una propuesta de nombramiento que no se hace efectiva hasta que el Juez designe al curador; por tanto, la eficacia de lo previsto será cuando el Juez lo acuerde. La dificultad es en las voluntades anticipadas y en los poderes preventivos; en estos, además, si son de subsistencia el apoderado seguirá actuando de forma ininterrumpida, por así decirlo, sin perjuicio de que al producirse la discapacidad del poderdante el poder de ordinario haya pasado a ser una medida de apoyo.

En el poder preventivo y en las voluntades anticipadas el titular de la medida de apoyo, sea o no apoderado, podrá y deberá actuar desde que la persona necesite el apoyo o haya dispuesto el poderdante. Cosa diferente será acreditar que existe la discapacidad o la necesidad de apoyos. Para este caso el CC art. 257, en materia de poderes preventivos, dispone: "En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, **acta notarial** que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido". Debe tenerse en cuenta que el acta, aunque pueda proporcionar certidumbre, es meramente **potestativa.**

En todo caso, la determinación de la entrada en vigor de estas medidas de apoyo debe estar marcada por **criterios objetivos**: un certificado médico con una determinada antigüedad, manifestación del médico o persona que le trate, tarjeta de discapacidad o certificación emitida por la Seguridad Social, determinación por persona de confianza del poderdante, un consejo de familia, etc. Nos parece importante que la acreditación de haberse producido la situación de discapacidad se haga de forma general que pueda servir para todos los casos en que los titulares de las medidas de apoyo deban actuar. Por ejemplo, si se trata de la manifestación de un profesional o de de-

terminadas personas, designadas por la persona con discapacidad, podrían hacer estas personas las manifestaciones pertinentes en un acta notarial y la copia autorizada del acta ser definitivamente la prueba de la existencia de la discapacidad.

No obstante, , si el poderdante ha dispuesto en el poder que el apoderado podrá usar de las facultades conferidas cuando por su incapacidad física o psíquica él no pueda hacerlo, lo que se acreditará con un certificado médico, estimamos que el apoderado podrá actuar válidamente desde el momento que el hecho de la discapacidad prevista se produzca, aunque tal certificado no exista; ello, sin perjuicio de la conveniencia de exigir que médicamente se acredite y que notarialmente se exija esa acreditación. Pero si el poderdante dispone que el apoderado solo podrá actuar cuando médicamente se acredite una discapacidad que le impida formar o expresar su voluntad, entonces el apoderado no podrá actuar válidamente hasta que dicha certificación se emita.

En la regulación de las voluntades anticipadas puede tener cabida que, a medida que el deterioro intelectual de la persona con discapacidad vaya en aumento, las medidas de apoyo puedan intensificarse. Ponemos un ejemplo:

"D. A, dispone que si se encontrase en una situación por la que precisase medidas apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica sea asistido por cualquiera de sus tres hijos B, C o D. Esta asistencia se requerirá para las actividades que excedan de las necesidades básicas de la vida ordinaria y para la disposición de cantidades de dinero por cualquier medio que excedan de X cantidad.

Los actos y negocios jurídicos se realizarán por D. A, con la asistencia referida, pero si por un deterioro progresivo de su capacidad intelectual no pudiera formar su consentimiento, pese a la asistencia requerida, el apoyo de sus hijos pasará de la asistencia a la representación, en la forma y con las limitaciones que se dirán".

Transcribimos una Resolución de la DGSJFP, con relación a la acreditación referida (DGSJFP 31-8-20). "Respecto del primero de los defectos expresados en la calificación impugnada, en el presente caso el notario autorizante de la escritura calificada ha reseñado el documento auténtico del

que nacen las facultades representativas. Así, manifiesta que el mismo es una **escritura pública** mediante la cual ha conferido el poder la **donante** en favor del donatario y se especifican los datos de dicha escritura de apoderamiento (Notario autorizante, fecha, número de protocolo). Se trata de una reseña identificativa de la escritura de apoderamiento, que es lo que exige el artículo 98 de la Ley 24/2001.

El registrador considera que, por tratarse de un poder preventivo (conferido en previsión de pérdida sobrevenida del poderdante, conforme al artículo 222-2 del Código Civil de Cataluña), la reseña de la escritura de ese poder debe abarcar también «la indicación de cuáles son las circunstancias que señalan la entrada en vigor del poder y cómo se han acreditado éstas, o bien que dicho poder preventivo produce efectos desde su autorización». Pero esta objeción no puede ser confirmada, ya que la indicación de tales circunstancias, la forma de acreditarlas o el inicio de la eficacia de dicho poder no pueden entenderse incluidas en lo que constituye propiamente una reseña identificativa del documento auténtico aportado para acreditar la representación, sino que afectan a la corrección del juicio de suficiencia emitido por el Notario, cuya valoración excede de las facultades del registrador (en los términos que antes se han expresado) y «queda para su eventual examen en el proceso judicial que pudiera iniciar la parte interesada» (así lo entendió el Tribunal Supremo en la Sentencia 645/2011, de 23 de septiembre de 2011, según la cual el hecho de que el Notario emitiera su juicio de suficiencia de las facultades representativas del apoderado con reseña de una copia parcial y no total de la escritura de poder no autoriza al registrador para afirmar que no se tiene certeza absoluta de las facultades del apoderado).

Por ello, este primer defecto debe ser revocado, pues el Notario autorizante ha insertado correctamente, conforme al artículo 98.1 de la Ley 24/2001, una reseña identificativa del documento auténtico que se le ha aportado para acreditar la representación alegada, que no puede considerarse incompleta por el hecho de que no haya hecho referencia a unas circunstancias, como son las relativas a la vigencia del poder, que son ajenas al contenido propio de la reseña legalmente exigida. Por lo demás, si el notario autorizante de la escritura otorgada por el apoderado hace un juicio expreso de que el poder que se le exhibe es suficiente para el otorgamiento, cabalmente tendrá que haber apreciado su vigencia. De lo contrario no sería suficiente. Y tal consideración

es predicable de toda actuación mediante apoderamiento, pues tanto el poder preventivo a que se refiere el artículo 222.2 del Código Civil de Cataluña como cualquier otro poder puede quedar sujeto a término o a cualquier otra circunstancia que afecte su vigencia, sin que exista norma alguna que exija una declaración expresa y sacramental del notario sobre la vigencia de poder que se alega en la actuación representativa de que se trate".

3.5. Medidas de control

La importancia de estas medidas es grande. El art.270 del CC dispone que: "La autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. También podrá exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquélla. Sin perjuicio de las revisiones periódicas de estas resoluciones, el Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela". Es decir que, en principio, si se constituye una curatela hay un control y vigilancia de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, las medidas judiciales son supletorias de las que haya dispuesto la persona necesitada de las medidas de apoyo y el juez está vinculado por ellas, como hemos visto en varias ocasiones a lo largo de este trabajo (arts. 255 y 272 CC).

De aquí, que los controles establecidos por las personas, en previsión de su discapacidad, serán prioritarios a los que pudiera establecerse judicial o a los previstos legalmente. Por ello, creemos que en las diferentes figuras de autorregulación de la discapacidad podrá dispensarse de la autorización judicial, en los casos que el art. 287 del CC lo exige para el curador representativo, o, exigir la autorización de persona diferente y, también, podrá dispensarse de los controles judiciales y de las informaciones a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal.

Ello no supone un desamparo para la persona discapacitada, pues no creemos que pueda derogarse lo establecido en el art. 278 del CC, en sede de curatela, extensivo por analogía a las otras medidas de apoyo, con la matización que veremos de los poderes preventivos: "Serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo. La autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la curatela, podrá decretar la remoción del curador mediante expediente de jurisdicción voluntaria".

No obstante, en materia de poderes preventivos, el CC va aún más lejos en el CC art. 258 al establecer: "Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa". Es decir, se admite que el poderdante prohíba que, aun existiendo causas que darían lugar a la remoción del apoderado, se pretenda su remoción.

De todas formas, consideramos esencial en esta materia, si se suprimen controles judiciales, establecer controles efectivos extrajudiciales. Sería muy peligroso otorgar a los titulares de las medidas de apoyo facultades omnímodas e incontroladas respecto a una persona con discapacidad; más peligroso, todavía, establecer como cláusula de estilo en los poderes generales, la dispensa de la autorización judicial. Es cierto que el art. 259 del CC suaviza los controles, pues tras establecer que en los poderes generales (no en los especiales) el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, añade: "salvo que el poderdante haya determinado otra cosa". Pero no es menos cierto que al legislador le preocupan los controles como medio de protección a la persona con discapacidad. Lo hemos visto al transcribir el art. 270 CC, pero lo recoge en los arts. 255 y en el 271 del CC. El art. 255 dice que en la previsión de la propia discapacidad el otorgante:

"Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias" y el 271 en la autocuratela: "Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo".

Nuestro compañero Josep María Valls i Xufré[17], propone la figura que él llama del supervisor. Define "la supervisión como la función de control de la actividad del apoderado que el poderdante, al otorgar el poder preventivo, puede encomendar a una persona u órgano con la extensión y facultades que se determinen en cada caso, especialmente en cuanto a la rendición de cuentas del apoderado y la autorización al mismo de determinados actos de administración extraordinaria y de disposición. El supervisor es simplemente un apoderado con unas facultades específicas de complemento y de control del apoderado principal. El supervisor puede ser también el sustituto del apoderado y se debería extender a todos los casos de medidas de apoyo voluntarias".

A nuestro juicio, los controles no deben pecar por exceso, ni por defecto. Como en todo lo que se disponga en previsión de la discapacidad habrán de adaptarse estos controles a la situación personal, familiar y patrimonial de la persona con discapacidad; el Notario tendrá que advertir al otorgante de la importancia de los controles y buscar aquéllos que resulten más eficaces. Podría ser excesivo, a nuestro juicio, que en un poder preventivo otorgado entre cónyuges, sin otros hijos que los comunes, que han actuado durante toda su vida matrimonial en perfecta armonía personal y patrimonial, se establezcan limitaciones, controles o autorizaciones por parte de los hijos o de terceros para los actos a título oneroso; cosa distinta sería respecto a los actos a título gratuito.

[17] Valls i Xufré, J. M.ª, «El Notariado frente al Anteproyecto de Ley en materia de discapacidad», *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero, 2020

Pero se pecaría por defecto, a nuestro juicio, si los apoderados en el caso anterior, fueran hijos o extraños, pudieran disponer a título oneroso o gratuito sin ningún control y sin tener que rendir cuentas de su gestión. Pero si entre los hijos y sus padres existe una armonía perfecta y se nombra apoderado a uno de los hijos, quizás baste que para determinados actos tenga que intervenir el otro o los otros hijos conjuntamente con el primero, sin necesidad de estructuras más complicadas, sobre todo cuando el patrimonio sea relativamente sencillo[18].

III. BIBLIOGRAFÍA

Fernández-Tresguerres, A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario práctico de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra.

Guilarte Martín-Calero, C., en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021.

Hijas Cid, E., Exposición hecha, en una de las sesiones organizadas por el Colegio de Madrid sobre la Ley 8/2021.

Lora-Tamayo Rodríguez, I., *Casos Prácticos. Derecho de familia* (adaptados al programa de Notarías y Registros), Francis Lefebvre, Memento Experto, Madrid, diciembre 2020.

—, *Casos Prácticos. Derecho de Sucesiones* (adaptados al programa de Notarías y Registros), 4.ª ed., Francis Lefebvre, Memento Experto. Madrid, diciembre 2021.

—, *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Guía Rápida, Madrid, 2021.

—, "La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021", *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero, 2022.

[18] Nos parece de gran interés en toda esta materia la obra de Carlos Marín Calero, *El derecho a la propia discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013.

Madridejos Fernández, A. Exposición hecha en una de las sesiones organizadas por el Colegio de Madrid sobre la Ley 8/2021.

Marín Calero, C., *El derecho a la propia discapacidad,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013.

Salas Murillo, S., «Comentario al art. 275 del CC», en Guilarte, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021.

Segarra Crespo, M.ª J. y Alía Robles, A., *Actualidad Civil*, nº 10, Secc. Persona y derechos/A fondo, octubre 2021, Wolters Kluwer-La Ley *10320/2021*.

Tena Arregui, R., Seminarios que en el Colegio Notarial de Madrid se hicieron en relación con la Ley 8/2021. Su tesis está pendiente de publicarse en el número de la Revista del *Notario del Siglo XXI*, de febrero de 2022.

Valls i Xufré, J. M.ª, «El Notariado frente al Anteproyecto de Ley en materia de discapacidad», *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero, 2020.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS PARQUES EÓLICOS

SOME ISSUES ABOUT THE LEGAL TREATMENT OF WIND FARMS

Ana Julia Serrano Santamaría
Profesora de Derecho Civil (acreditada Contratada Doctora)
Universidad de Sevilla

Resumen: El interés de las energías renovables es hoy incuestionable. Entre ellas destaca la eólica. Se trata en este artículo de la configuración jurídica del viento y de su posible utilización de manera especial, lo que supone un aprovechamiento singular. También el concepto de parque eólico y su carácter a la luz del Codigo civil y otras leyes, mayoritariamente tributarias.

Palabras clave: energías renovables, energía eólica, viento, parques eólicos.

Abstract: The interest of renewable energies is unquestionable today. Among them, wind power stands out. This article deals with the legal configuration of the wind and its possible use in a special way that a singular use means. Also the concept of wind farm and its character according to the Civil Code and other laws, mostly tax.

Keywords: renewable energy, wind power, wind, wind farms.

SUMARIO

I. LA ENERGÍA EÓLICA COMO ENERGÍA RENOVABLE

II. ENERGÍA EÓLICA: AIRE Y VIENTO

1. Configuración jurídica del viento
2. Aprovechamiento "singular" del viento
3. Apropiabilidad del viento
4. Conclusiones

III. CONCEPTO DE PARQUE EÓLICO

1. Concepto legal
2. Concepto doctrinal
3. La instalación eólica como bien inmueble
   3.1. Bienes inmuebles en el Código civil
   3.2. Código civil y Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
   3.3. Ley Reguladora de las Haciendas Locales y Ley del Catastro Inmobiliario. Bienes inmuebles rústicos o urbanos
   3.4. Bienes inmuebles de características especiales
4. Conclusiones

IV. INSTALACIÓN DE UN PARQUE EÓLICO: PLANTEAMIENTO DE LOS INTERESES JURÍDICOS EN JUEGO

V. LEGISLACIÓN

1. Ámbito europeo
2. Ámbito estatal
3. Ámbito autonómico

VI. JURISPRUDENCIA

VII. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

I. LA ENERGÍA EÓLICA COMO ENERGÍA RENOVABLE

La transición energética y su posible incidencia en el elevado precio de la electricidad es tema de actualidad desde hace varios meses. La luz alcanza valores jamás vistos que nos hace preguntarnos qué está pasando con las fuentes de energía. Los recursos energéticos de origen fósil, primero el carbón y ahora el gas y el petróleo, son limitados y afectan al medio ambiente. Además, el acceso a los mismos genera grandes desigualdades. El actual modelo energético es vulnerable ante futuros problemas energéticos de los que ya se nos está advirtiendo y se habla del tan temido "gran apagón". Por otra parte, el cambio climático derivado de las emisiones de gases de efecto invernadero incide en las políticas energéticas a nivel mundial, europeo, nacional y autonómico.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 2021[1] (COP26) se está celebrando en Glasgow, Escocia, del 1 al 12 de noviembre, mientras escribo estas líneas. Esta vigésima sexta conferencia se ha calificado como la mayor y más importante conferencia relacionada con el clima del planeta.

La mitigación del cambio climático depende, sobre todo, de un cambio radical en la forma de producir y utilizar la energía. La supervivencia humana y del planeta precisa de un modelo de fuentes energéticas renovables y asequibles para todos. Las energías renovables presentan ciertas características singulares motivadas, principalmente, por la dispersión de esta generación, por la variabilidad de su producción determinada por las

[1] En 1992, la ONU organizó un gran evento en Río de Janeiro, bajo el nombre de la Cumbre de la Tierra, en el que se adoptó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio Climático (CMNUCC). Desde 1994, año en que entró en vigor el tratado, la ONU reúne cada año a casi todos los países del mundo en cumbres mundiales sobre el clima, conocidas como las "COP", "Conferencia de las Partes". Este año se debería haber celebrado la 27ª cumbre anual pero, por la COVID-19, el año pasado no se pudo convocar, por ello ahora se celebra la 26ª conferencia, la COP26.

cambiantes condiciones ambientales, por la incertidumbre en su predicción y por la tecnología utilizada en muchos de los generadores[2].

En el conjunto de las renovables, la producción eólica en 2020 siguió siendo líder con casi el 50 % del total de la energía renovable generada en España, que se mantiene como el segundo país del ranking de mayor capacidad eólica instalada en Europa por detrás de Alemania, seguida en tercer lugar por Francia. En cuanto a la contribución de esta fuente respecto al total de la generación, el líder sigue siendo Dinamarca con cerca del 60 % de su producción procedente del viento, estando España en el séptimo lugar. En cuanto a nuestras Comunidades Autónomas[3], Castilla y León es la región con más potencia eólica instalada. En segunda posición se sitúa Aragón y le siguen Castilla-La Mancha y Galicia. Solo estas cuatro comunidades concentran más del 66 % de la potencia eólica total instalada en nuestro país[4].

Ello justifica que ahora nos centremos en ella. La energía eólica, renovable y alternativa tiene unas incidencias jurídico-privadas que son merecedoras de estudio y profundización[5].

El Diccionario de la Real Academia Española[6] define las energías renovables como aquellas "cuyas fuentes se presentan en la naturaleza de modo continuo y prácticamente inagotable, p. ej., la hidráulica, la solar o la eólica". Si buscamos un concepto preciso legal de la misma ha de acudirse al ordenamiento comunitario. La Directiva 2001/77/CE del Parlamento

[2] Red Eléctrica de España. Disponible en: https://www.ree.es/

[3] Al respecto, en cuanto a las iniciativas propias de la Comunidad Autónoma Andaluza, la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía, LAN 2018\414, aprobada por unanimidad en el Parlamento Andaluz, representó un punto de inflexión. Posteriormente, el Decreto 44/2020, de 2 de marzo, LAN 2020\75, por el que se crea y regula la Comisión Interdepartamental de Cambio Climático y el Decreto 175/2021, de 8 de junio, LAN 2021\921, por el que se regula composición y el funcionamiento del Consejo Andaluz del Clima. Todavía más reciente, el Decreto 234/2021, de 13 de octubre, LAN 2021\1482, por el que se aprueba el Plan Andaluz de Acción por el Clima, con entrada en vigor el 12 de noviembre de 2021, además de la hoja de ruta para la transición energética, incluye un interesante repaso al marco normativo.

[4] Las energías renovables en el sistema eléctrico español 2020. (ree.es) [consultado el 4 de noviembre de 2021].

[5] El Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, puso de nuevo de manifiesto el sostenido interés por esta materia, RCL 2020\1040.

[6] Disponible en: http://dle.rae.es/index.html, RAE (consultado el 4 de noviembre de 2021).

Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001[7], las definió como las "no fósiles" y citaba, entre otras fuentes de energía renovable, la "energía eólica". Esta Directiva fue derogada por la 2009/28, de 23 de abril[8] y esta a su vez por la 2018/2001, de 11 de diciembre[9], aunque manteniendo las definiciones de las anteriores Directivas, entre ellas la del art. 2.1) que dice que se entenderá por "energía procedente de fuentes renovables o energía renovable: la energía procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir, energía eólica, solar, aerotérmica, geotérmica, hidrotérmica y oceánica, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás".

En cuanto a la energía eólica, su definición no la encontramos en el Diccionario de la RAE. Al buscar "eólico" su cuarta acepción es "producido o impulsado por el viento" y aparece el término "aerogenerador" como "molino eólico". Un aerogenerador es un "aparato que transforma la energía eólica en energía eléctrica mediante rotores de palas"[10]. De esta forma encaja la energía que producen los aerogeneradores, al transformar la energía producida por el viento, en una clase de energía renovable que se encuentra entre las recogidas en las definiciones de las Directivas citadas.

II. ENERGÍA EÓLICA: AIRE Y VIENTO

La RAE define "aire" como "gas que constituye la atmósfera terrestre, formado principalmente de oxígeno y nitrógeno, y con otros componentes como el dióxido de carbono y el vapor de agua" y "viento" como "corriente de aire"[11]. Define también este último como "corriente de aire producida en

[7] LCEur 2001\3766. Esta Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, y la Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003, LCEur 2003\1330, relativa al fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte, definieron los diferentes tipos de energía procedentes de fuentes renovables.

[8] LCEur 2009\780.

[9] LCEur 2018\1915. En el art. 37 deroga expresamente la Directiva de 2009 con efecto a 1 de julio de 2021

[10] Disponible en: http://dle.rae.es/index.html

[11] Disponible en: http://dle.rae.es/?id=1L3KU50|1L4xmvc

la atmósfera por causas naturales, como diferencias de presión o temperatura"[12].

La generación de energía eólica supone aprovechar el viento de una forma distinta a como lo hacemos los seres humanos en nuestra vida cotidiana. Se requiere para ello un uso intensivo o una "utilización especial" del recurso eólico que como ya recogía la STS de 28 de marzo de 2006, "no siendo consuntiva, como resulta obvio, sí puede atenuar la disfrutable por otras instalaciones"[13].

Con relación a la energía eólica, no encontrábamos su definición en el Diccionario de la RAE. Al buscar "eólico" su cuarta acepción es "producido o impulsado por el viento" y aparece el término "aerogenerador" como "molino eólico". Un aerogenerador es un "aparato que transforma la energía eólica en energía eléctrica mediante rotores de palas"[14]. De esta forma, la energía que producen los aerogeneradores al transformar la energía producida por el viento es una clase de energía renovable que se encuentra entre las muchas recogidas en el art. 2 a) de la Directiva 2009/28, de 23 de abril, ya citada[15].

1. Configuración jurídica del viento

La no consideración del viento como un bien de dominio público es una afirmación que cuenta con partidarios y detractores, "nadie sostiene… que, hoy en día, el viento, la energía eólica si se prefiere, sean bienes de dominio público en nuestro país[16]".

[12] Disponible en: http://dle.rae.es/?id=bnYP5E0|bnaUoWv

[13] RJ 2006\1115.

[14] Disponible en: http://dle.rae.es/?id=0ttaaJY

[15] LCEur 2009\780, modificada por la 2015/1531/UE, de 9 de septiembre, LCEur 2015\1341.

[16] Delgado Piqueras, F., «La naturaleza jurídica de la energía eólica», en Torres López, M.ª A. y Arana García, E. (dirs.) y López Sako, M. J. (coord.), *Energía e*ólica: Cuestiones *jurídicas, económicas y ambientales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2010, p. 225.

Al respecto, no se trata, desde luego, de un bien destinado a un uso o servicio público según los arts. 132 de la Constitución Española[17] y 338 del Código civil[18].

La STS de 28 marzo 2006[19] tuvo ocasión de manifestarse al respecto. Los actores y recurrentes eran titulares de diversas parcelas. Sus parcelas lindaban en una parte con la línea perimetral de un parque eólico y entendían que la colocación de aerogeneradores próximos a la línea de delimitación afectaba a sus intereses porque modificaba el uso del terreno de los recurrentes y disminuía las perspectivas económicas de sus fincas.

Los recurrentes habían convenido con otra empresa promotora la cesión de sus terrenos para la instalación de otro parque eólico. Por ello solicitaban que los aerogeneradores se desplazaran para no privarles del uso del recurso eólico ya que se estaban vulnerando sus derechos dominicales e intereses legítimos, privándoles del disfrute de su propiedad en los términos que establece el Código Civil y de la posibilidad de obtener en su día la autorización para instalar un parque eólico.

Según el Tribunal Supremo "los actos administrativos impugnados no privan a los recurrentes de sus derechos dominicales en términos que vulneren el artículo 33.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y el artículo 349 del Código Civil (LEG 1889, 27), esto es, que supongan expropiación forzosa por privación singular de bienes o derechos". Además, "los titulares dominicales de los terrenos no tienen, pues, un derecho preexistente e incondicionado a la instalación de aquella modalidad de aerogeneradores para producción de energía eléctrica" (Fundamento de derecho duodécimo). Por otra parte, la Sentencia de 26 junio del mismo año[20], concluía que del artículo 33.3 CE derivan tres garantías de la propiedad privada frente al poder expropiatorio de los poderes públicos: 1) un fin de utilidad pública o interés social, o causa *expropiandi*, 2) el derecho del expropiado a la correspondiente indemnización, y 3) la realización de la expropiación de con-

[17] RCL 1978\2836. Art. 132. 2. "Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental".

[18] LEG 1889\27. Art. 338 "Los bienes son de dominio público o de propiedad privada".

[19] Ya referenciada.

[20] RJ 2006\3974.

formidad con lo dispuesto en las Leyes" (Fundamento de derecho cuarto). Después reproduce las argumentaciones de la Sentencia de marzo. Afirma el Tribunal Supremo en estas Sentencias que el viento pertenece a las *res communis omnium* por tener carácter inapropiable, cuestión que será objeto de reflexión más abajo[21].

Los vientos —si es que pudiera calificárseles de "cosas"— entran entonces dentro de la categoría de las *res communis omnium*, las "cosas" que son comunes a todos los hombres e inapropiables por naturaleza, de modo que, en principio, nadie puede reivindicar para sí su uso exclusivo. Es propio de aquella categoría que las "cosas" que en ella se comprenden tengan, por sus mismas características, la condición simultánea de *res extra commercium*, esto es, sustraídas al tráfico mercantil.

Ocurre, sin embargo, que los avances tecnológicos permiten ahora la posibilidad de una utilización industrial del viento, esto es, de los "recursos eólicos" que bajo esta denominación revelan ya su importancia económica. El viento como recurso natural —o, más propiamente, la energía que en él se contiene— va adquiriendo, en paralelo a su valoración económica, una significación jurídica que requiere la intervención del legislador, tanto más cuanto que las características de los aerogeneradores con los que se trata de aprovechar aquella energía implican una cierta "utilización especial" del recurso eólico que, no siendo consuntiva, como resulta obvio, sí puede atenuar la disfrutable por otras instalaciones cercanas. El hecho de que la corriente de viento tras el paso por las palas del rotor sea menor e incorpore turbulencias, comparada con la corriente que llega a aquellas, supone que los aerogeneradores ralentizan el viento que dejan tras de sí, lo que obliga a que en los parques eólicos integrados por varios se fije una distancia mínima entre aerogeneradores (mayor en la dirección de los vientos dominantes y menor en la perpendicular) para disminuir las pérdidas de energía derivadas del apantallamiento entre unos y otros.

[21] La doctrina es idéntica en ambas sentencias; los recurrentes entendían que la cercanía de sendos parques eólicos cerca de los linderos de las fincas de su propiedad y por la denominada "zona de influencia" de los mismos, les privaba del uso del recurso eólico de sus propias fincas.

Al respecto, Lafuente Benaches[22] afirma que "la industria eólica no aprovecha el viento en la misma medida que los seres vivos utilizan las propiedades del viento para respirar el aire en él contenido o para emplearlo para utilidades naturales que obtienen un beneficio del viento…, sino que conlleva un uso y aprovechamiento más intensivos. Este uso intensivo requiere la ocupación del suelo o terreno sobre el que el viento sopla, lo que determina importantes afecciones sobre las utilidades del mismo y limita la disponibilidad del viento en el terreno en cuestión y en los terrenos colindantes, por lo que no resulta adecuado seguir considerando que estamos en presencia de una modalidad más de aprovechamiento común del viento, sino ante un aprovechamiento singular que incluso puede llegar a ser, según los casos, excluyente"[23]. A esto precisamente se referían las dos Sentencias del Tribunal Supremo del año 2006 antes citadas, ya que los recurrentes defendían que los parques eólicos colindantes con sus fincas les privaban del uso del recurso eólico de las suyas propias.

2. Aprovechamiento "singular" del viento

Los avances tecnológicos permiten ahora la utilización industrial del aire en movimiento, del viento, de los recursos eólicos. La energía que este genera, la que en él se contiene, hace que el viento como recurso natural haya ido adquiriendo una enorme trascendencia económica y que, a la vez, requiera, la intervención del legislador desde la perspectiva de la energía que proporciona. Pero la instalación de aerogeneradores para aprovechar

[22] Lafuente Benaches, M., «La valoración de la aptitud eólica en el justiprecio del suelo», *Revista de Administración Pública*, n.º 190, Madrid, enero-abril 2013, pp. 367-403. Recoge, además, la posición doctrinal minoritaria que considera el aire como bien de dominio público. También las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de octubre de 2008 (JUR 2009\106314) y de 9 de noviembre de 2010 (JUR 2011\51952) que "niegan al viento su consideración como elemento patrimonial privado de cuya coactiva exacción se deba resarcir, mediante el instituto de la expropiación, en atención a su naturaleza demanial". Esta calificación supone y pone en evidencia "el desconocimiento de la categoría de los bienes de dominio público, que exige, entre otros requisitos, el de una norma legal que así los califique, los excluya del tráfico jurídico y les dote de un nivel mayor de protección jurídica, lo que no sucede en nuestro ordenamiento jurídico" (p. 377). Añade esta autora que "ni en nuestro Código Civil, ni en la Constitución española (art. 132), ni en ninguna otra norma de nuestro ordenamiento jurídico se incluyen el aire y el viento como bienes de dominio público" (p. 378).

[23] Lafuente Benaches, M., *op. ult. cit.*, p. 370.

su energía implica una utilización especial del recurso eólico que, aun sin ser consuntiva, obviamente, sí puede atenuar la que puedan disfrutar otras instalaciones cercanas.

El viento es inagotable pero determinados aprovechamientos del mismo pueden impedir el aprovechamiento de otros e incluso agotar su uso industrial. Tampoco lo son, por tanto, los lugares idóneos para la instalación de los aerogeneradores. Se desaconseja su instalación en zonas urbanizadas, "por razones de seguridad y para evitar las molestias acústicas a la población. Igualmente estarán excluidas las áreas naturales protegidas, para no perturbar la fauna natural de por sí amenazada o en peligro de extinción. Aunque se puede admitir que la percepción del impacto paisajístico[24] tiene bastante de subjetiva, parece innegable que la conservación de un lugar reconocido por sus valores paisajísticos no resulta compatible con unas instalaciones artificiales semejantes"[25].

Si, además, se tiene en cuenta el régimen de vientos (cuestiones relativas a su velocidad, a cuál sea el viento dominante, a que no existan obstáculos en esa dirección…) se deduce que los emplazamientos posibles de un parque eólico son limitados.

Andalucía cuenta con un elevado potencial de recurso eólico y en los últimos años ha liderado el crecimiento de potencia instalada en España. La evaluación del recurso eólico es una de las fases más importantes en el desarrollo de un proyecto de energía eólica, ya que los datos obtenidos determinan la viabilidad del mismo. El objetivo de la evaluación será la elección del emplazamiento idóneo del aerogenerador y la estimación de su producción. La forma en que aparece el viento (velocidad, dirección, turbulencia, etc.) es complicada de predecir, ya que depende de distintos factores globales y locales: rotación de la tierra, posición de la luna, diferencia de temperaturas, orografía del terreno, entre otros. Los procesos de evaluación deberán incluir: datos de viento (rosas de los vientos), reconocimiento de la

[24] Se reconocen en general impactos acústicos, paisajísticos, cinegéticos ambientales y, como decía la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de julio de 2011, JUR 2011\275874, "otros que trascienden más allá del lugar donde materialmente se ubican las instalaciones".

[25] Delgado Piqueras, F., *op. ult. cit.*, p. 220.

orografía, obstáculos y rugosidad del terreno, altura del montaje, elección del emplazamiento y dimensionado y estimación de la producción.

Todo ello es premisa para la autorización de instalación de un parque eólico, ya que la Administración, al admitir a trámite la solicitud, comprobará que la petición recae en una zona declarada idónea por el plan eólico de la Comunidad Autónoma correspondiente.

3. Apropiabilidad del viento

Se afirmaba más arriba que el viento, aire en movimiento, era susceptible de aprovechamiento singular. De acuerdo con Lafuente Benaches, una vez descartada su posible consideración como demanial[26], "el aire y el viento no son conceptos idénticos. El aire está constituido por la acumulación de los diferentes gases componentes de la atmósfera, y el viento, en cambio, es el aire en movimiento generado por las diferencias de temperatura y de presiones en la atmósfera. El aire no se puede apropiar, pero sí puede serlo el viento como energía"[27].

Para esta autora la nota de la apropiabilidad propicia discusión en cuanto a su propio significado y extensión[28]. Destaca al respecto que López Ramón[29] "ponía de manifiesto cómo el carácter ilimitado de los avances tecnológicos impide mantener hoy en día que ningún objeto pueda considerarse insusceptible de ser apropiado, por lo que el carácter inapropiable de algunas cosas es más un efecto establecido y buscado a propósito por el Derecho que una propiedad o cualidad inherente a los propios objetos". Además, afirma que "el aire o el viento, como todo, resultan inapropiables íntegramente pues nadie puede convertirse en su dueño, pero nada impide un uso o aprovechamiento singular del mismo. Es el viento, circulando sobre la superficie del terreno, el destinado a ser aprovechado de forma intensiva, por su mismo propietario o por quien lo ocupe con autorización de aquel"[30].

[26] Lafuente Benaches, M., *op. ult. cit.*, p. 377.
[27] Lafuente Benaches, M., *op. ult. cit.*, p. 378.
[28] Lafuente Benaches, M., *op. ult. cit.*, p. 374.
[29] López Ramón, F., «Teoría jurídica de las cosas públicas», *Revista de Administración Pública*, n.º 186, Madrid, septiembre-diciembre 2011, pp. 9-51. Citado por la autora en *op. ult. cit*., p. 375.
[30] Lafuente Benaches, M., *op. ult. cit.*, p. 375.

Al respecto, es interesante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 8 de julio de 2011[31], que a la vez que reiteraba argumentos de otras anteriores, defendía que es razonable y cierto el argumento de que "la atribución del aprovechamiento de la energía eólica a una empresa o persona puede impedir su aprovechamiento a otros, como es el caso, pues la instalación de varios parques eólicos en una misma zona puede llegar a agotar el uso industrial del viento"[32]. Pero a esta afirmación añade los reiterados argumentos de Sentencias anteriores[33], ya citados, en cuanto a la consideración de los vientos como cosas comunes, inapropiables por naturaleza y, por tanto, sustraídas al tráfico mercantil".

Da la sensación de que a la vez que "rompe una lanza" por una novedosa calificación o apreciación de la configuración jurídica del viento después intenta que encaje con la asentada doctrina jurisprudencial.

En definitiva, siguiendo los razonamientos que se recogen, superando las teorías más clásicas al respecto, se puede afirmar la apropiabilidad del viento ya que se permite un aprovechamiento singular del mismo que puede incluso llegar a impedir el aprovechamiento de otros y a agotar, como recoge el TS, el uso industrial del mismo.

4. Conclusiones

Primera. Se puede afirmar que nada impide un "uso o aprovechamiento singular del mismo que implique una apropiación parcial o temporal del mismo"[34]. En esta línea afirma López Ramón que la "creencia contemporánea en el carácter ilimitado de los avances tecnológicos ha determinado que ningún objeto se considere ya como absolutamente insusceptible de ser apropiado, al menos, en el futuro". Y el viento, circulando sobre la superficie del terreno y destinado a ser aprovechado de forma intensiva, por su mismo propietario o por quien lo ocupe con autorización de aquel[35], es en

[31] JUR 2011\275874.

[32] Fundamento de Derecho Quinto.

[33] Cita, por todas, la STS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007\319).

[34] Lafuente Benaches, M., *op. ult. cit.*, p. 375.

[35] López Ramón, F., «Teoría jurídica de las cosas públicas», *Revista de Administración Pública*, n.º 186, Madrid, septiembre-diciembre 2011, pp. 9-51, en esp. p. 11.

cierta manera susceptible de esa apropiación. A esta argumentación se le puede sumar la de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 8 de julio de 2011, ya reseñada, en el sentido de entender cómo la atribución del aprovechamiento de la energía eólica a una empresa o persona puede impedir su aprovechamiento a otros y que la instalación de varios parques eólicos en una misma zona puede llegar a agotar el uso industrial del viento.

Segunda. Así que puede quedar de alguna forma matizada la nota de la apropiabilidad y tal vez hoy en día haya que pensar mejor en la posibilidad de aprovechamiento singular, una clase, tipo o modo de apropiación que, lógicamente, era una cuestión impensable e imposible hace no tantos años.

Tercera. Por otra parte, este aprovechamiento del viento que puede realizar el propietario del terreno o quien tenga su autorización aporta una utilidad añadida a la finca. "Quien sobre su terreno dispone de suficiente recurso eólico cuenta con una utilidad derivada de la energía que le proporciona el viento sobre su terreno a modo de activo o cualidad del mismo que incrementa su valor"[36]. Siguiendo a Lafuente[37] se puede afirmar que los bienes y recursos naturales tienen valor porque se lo otorga la comunidad, porque la comunidad los valora y por tanto habrá de atribuírsele una valoración económica que repercutirá en el terreno apropiado para su aprovechamiento.

Cuarta. La posibilidad de obtener rendimiento del viento, si le interesa al propietario, forma parte de las calidades y cualidades de su finca y, por tanto, de su derecho de propiedad. Distinta cuestión es preguntarse en virtud de qué título jurídico se apropia del mismo. Esto es lo que hace Lafuente para acabar concluyendo que no se trata de una accesión y que, en todo caso, sería una ocupación[38]. Lo importante, y que se comparte con la autora desde estas líneas, es que "el viento se integra en el patrimonio del titular

[36] "No cabe duda de que el viento le reporta una utilidad —otra cosa es que no le interese—, pues de lo contrario nadie hubiera querido instalar en su terreno dicho artilugio, como tampoco puede discutirse la utilidad inmediata que proporciona al promotor eólico porque precisa ese emplazamiento donde el viento circula para aprovecharse de él y transformarlo en electricidad. Quien sobre su terreno dispone de suficiente recurso eólico cuenta con una utilidad derivada de la energía que le proporciona el viento sobre su terreno a modo de activo o cualidad del mismo que incrementa su valor". Lafuente Benaches, M., *op. ult. cit.*, p. 380.

[37] Lafuente Benaches, M., *ibidem*.

[38] Lafuente Benaches, M., *op. ult. cit.*, pp. 381-383.

del terreno como una extensión de su derecho de propiedad que le permite utilizar todas aquellas cosas situadas en su espacio, y entre ellas el viento, como un activo más del mismo que lo cualifica y merece, desde esa consideración, ser valorado económicamente"[39].

III. CONCEPTO DE PARQUE EÓLICO

Las técnicas para la obtención de este tipo de energía son muy variadas, como lo son también los mecanismos necesarios para este aprovechamiento en cada caso. Además hay veces que solo son necesarias pequeñas instalaciones (cuando se pretende hacer un uso doméstico de la misma a través, por ejemplo, de la instalación de placas solares en una vivienda) y otras que se requieren infraestructuras muy complejas, como es el caso de un parque eólico. Vamos a concretar el concepto de parque eólico.

1. Concepto legal

No encontramos una definición en la legislación estatal que hubiera podido ser útil como punto de partida por lo que habrá que acudir a otra fuente. Será de la normativa autonómica que regula los procedimientos de autorización de parques eólicos de donde se pueden deducir algunos elementos definitorios comunes.

Aunque solo sea como muestra y en relación con esta cuestión, el Decreto 302/2001, de 25 de octubre, sobre aprovechamiento de energía eólica en Galicia[40], significó un importante precedente para la definición de parque eólico. En el art. 2 se define como un "establecimiento industrial de producción de energía eléctrica constituido por un conjunto de aerogeneradores interconectados eléctricamente que comparten instalaciones comunes por las que se trasvasa la energía a la red de transporte y distribución". Luego, la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, que regula el aprovechamiento eólico en Galicia y crea el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental,

[39] *Ibidem.*
[40] LG 2001\350.

lo define como una "instalación de producción de electricidad a partir de energía eólica, constituida por uno o varios aerogeneradores interconectados eléctricamente con líneas propias, que comparten una misma estructura de accesos y control, con medición de energía propia, así como con la obra civil necesaria"[41]. Más tarde, la Ley 4/2014, de 8 de mayo[42], modificó tanto el Decreto como la Ley, pero no en lo relativo a estas definiciones. En otras normas autonómicas se encuentran definiciones similares[43].

Por otra parte, a esos aerogeneradores que constituyen el parque eólico se les llama también "molinos", utilizando un lenguaje tal vez menos técnico, pero si más expresivo, plástico y tradicional en España.

2. Concepto doctrinal

Según doctrina especializada[44], se puede afirmar que un parque eólico es una instalación integrada de producción de energía eléctrica que utiliza como energía primaria el viento y que se constituye por uno o varios aerogeneradores con todos los elementos auxiliares de los mismos, interconectados eléctricamente mediante redes propias, compartiendo una misma estructura de acceso y control, con medición de energía propia y con conexión a la red general en un único punto. Esta definición es el resultado

[41] Artículo 2.1, LG 2009\426.

[42] LG 2014\173.

[43] En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, el Decreto 192/2005, de 30 de agosto (DOE 6 de septiembre de 2005), que regulaba el procedimiento para la autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica, a través de parques eólicos, definió en su art. 2 el parque eólico como "los proyectos de inversión que se materialicen en la instalación integrada de un conjunto de aerogeneradores, interconectados eléctricamente mediante redes propias, compartiendo una misma estructura de acceso y control, con medición de energía propia y con conexión a la red general". Fue derogado por el Decreto 169/2010, de 16 de julio (DOE 21 de julio de 2010), aunque se mantuvo esta definición, entre otras.

Por su parte, respecto al Principado de Asturias, fue el Decreto 43/2008, de 15 de mayo, sobre procedimiento para la instalación de parques eólicos en esa Comunidad (BOPA 3 de junio de 2008), el que estableció en su art. 2.2: "A los efectos de lo dispuesto en este decreto, se entiende por parque eólico el conjunto de instalaciones utilizadas para generar energía eléctrica mediante el viento, constituidas por un aerogenerador o una agrupación de éstos, así como la línea eléctrica de evacuación, la subestación y otras instalaciones necesarias para su interconexión a la red de distribución o transporte de energía eléctrica".

[44] López Sako, M. J., *Regulación y autorización de los parques e*ólicos, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2008.

de la suma de las aportaciones al respecto de cada una de las legislaciones autonómicas.

3. La instalación eólica como bien inmueble

Interesa conocer el carácter de mueble o inmueble, inmueble en este caso, de los parques eólicos porque supone profundizar en su definición y, además, podría influir, finalmente, en el régimen jurídico y carácter de los derechos que sobre los mismos se constituyan. El concepto incluyente que nuestro ordenamiento tiene de bien inmueble plantea una interesante problemática con relación a los parques eólicos[45].

La necesidad de determinar su tributación por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), sobre todo, y por el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO), ambos de titularidad municipal, además de las respectivas bases imponibles, han contribuido a su caracterización.

En concreto, el hecho imponible del IBI[46] es la titularidad de determinados derechos sobre bienes inmuebles urbanos, rústicos y de características especiales, que son: a) una concesión administrativa sobre los propios inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos, b) un derecho real de superficie, c) un derecho real de usufructo y d) el derecho de propiedad. Grava el valor de los bienes inmuebles. Se trata de la figura impositiva más importante sobre la riqueza inmobiliaria. La falta de afectación de los elementos accesorios a inmuebles justifica el interés de esta cuestión a efectos fiscales[47].

Por lo que respecta al ICIO[48], su hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, insta-

[45] Bericochea Miranda, B. y Bachiller García, L., «Los bienes inmuebles de características especiales. Revisión de una nueva categoría de inmuebles en el Catastro español», *CT/Catastro*, n.º 71, Abril 2011, pp. 7-17.

[46] Artículos 60 a 77 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), RCL 2004\602, recientemente afectada por el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, RCL 2021\2015, que adapta este texto refundido a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (RTC 2021\182).

[47] Cañal García, F. J., «Las instalaciones de energía renovable en el IBI», en Lucas Durán, M. (coord.) *Fiscalidad y energías renovables*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 669-704.

[48] Regulado en los artículos 100 a 103 de la LRHL, ya reseñada.

lación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, o para la que se exija presentación de declaración responsable o comunicación previa, siempre que la expedición de la licencia o la actividad de control corresponda al ayuntamiento de la imposición.

3.1. Bienes inmuebles en el Cc

A "efectos del IBI", el concepto de bien inmueble no coincide ni con el concepto recogido en el Código Civil ni con el utilizado en la legislación hipotecaria. Los distintos bienes inmuebles a los efectos del IBI se clasifican y definen en el Real Decreto Legislativo 1/2004 del Catastro Inmobiliario que distingue, entre bienes inmuebles urbanos, rústicos y de características especiales.

El art. 334 del Cc enumera los bienes que tienen consideración de inmueble, sin que los parques eólicos aparezcan, lógicamente, recogidos en este listado.

No obstante lo anterior, y atendiendo a la tradicional clasificación de los inmuebles realizada por la doctrina (inmuebles por naturaleza, por incorporación, por destino o por analogía), cabría plantearse si las instalaciones eólicas pueden encontrar acomodo en alguna de dichas categorías, y en concreto en la de inmuebles por incorporación o inmuebles por destino.

Respecto a los inmuebles por incorporación, los criterios de adherencia e incorporación a que hacen referencia los apartados 1 y 3 del art. 334 podrían dar cierto margen para excluir estas instalaciones de energía renovable del concepto de bien inmueble.

En cuanto a los inmuebles por destino, en ellos no existe esa adherencia o inseparabilidad, por lo que, conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del mismo art. y en la medida en que el parque eólico se ubique sobre terrenos que también sean propiedad del dueño de las instalaciones, las mismas tendrían la consideración de inmueble.

¿Cuál sería la respuesta si la instalación eólica no pertenece al propietario de los terrenos?

3.2. Código civil y Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

Tras las distintas definiciones recogidas de parque eólico podemos considerarlo como una instalación de carácter permanente. El art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados[49] (TRLITP-AJD), aun remitiéndose a la calificación jurídica de los bienes que dispone el Cc[50], establece en su párrafo segundo un criterio excepcional, en virtud del cual se consideran bienes inmuebles, únicamente a efectos del ITP-AJD, "las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los mismos".

Aunque esta regla parece guardar cierta similitud con la contenida en el artículo 334.5º del Cc, según el cual, como se ha señalado, determinados bienes muebles se considerarán inmuebles por el destino que han recibido, existen diferencias esenciales entre ambas. En efecto, mientras que en el artículo 334.5º del Código Civil la afectación de los muebles únicamente la puede efectuar el propietario del inmueble, el artículo 3 del TRLITP-AJD prevé expresamente que no es necesaria la concurrencia de dicha titularidad, con lo que amplía de forma sustancial su ámbito de aplicación.

Por tanto, en virtud de lo establecido en este precepto, los parques eólicos tienen la consideración de bien inmueble a efectos del ITP-AJD, incluso en aquellos supuestos en que la condición de titular de los mismos y del terreno sobre el que se asientan no recaiga sobre una misma persona.

Precisamente esta es la situación más frecuente en los parques eólicos: la titularidad del parque y la del terreno no coinciden.

[49] RCL 1993\2849. Última modificación por Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, RCL 2018\1497.

[50] Art. 3 TRLITP-AJD: "Para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino uso o aplicación, se estará a lo que respecto al particular dispone el Código Civil o, en su defecto, el Derecho Administrativo. Se considerarán bienes inmuebles, a efectos del impuesto, las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los mismos".

3.3. Ley Reguladora de las Haciendas Locales y Ley del Catastro Inmobiliario. Bienes inmuebles rústicos o urbanos

Según Bericochea y Bachiller[51] la derogada Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 1988, Ley 39/1988, de 28 de diciembre[52], siguiendo el Texto Refundido de la Contribución Territorial Urbana de 1966, aprobado por Decreto 1251/1966, de 12 de mayo[53], daba una definición muy amplia e incluyente del concepto de construcción urbana[54]. Esta definición tan amplia y comprensiva "que incluía como tal desde un edificio de oficinas a una subestación eléctrica, pasando por un tanque o una autopista, tuvo como primera consecuencia la incorporación al Catastro urbano de una larga serie de construcciones «atípicas» que planteaban problemas tanto de orden valorativo como tributario y de gestión". Desde el punto de vista tributario la tradicional clasificación de inmuebles urbanos y rústicos "no daba respuesta a alguna de las necesidades de eficacia y equidad a las que debe satisfacer la tributación inmobiliaria"[55]

Siguiendo estos autores[56] se puede afirmar que: 1. Son bienes complejos integrados por elementos de diversa índole necesarios todos ellos para su funcionamiento. 2. Pueden abarcar porciones de suelo de diferente naturaleza. 3. Suelen ser bienes de gran tamaño destinados generalmente a infraestructuras o centros de producción. 4. Pueden abarcar diferentes municipios, provincias o comunidades autónomas y parcelas de terreno discontinuas. 5. Generalmente son de titularidad de una persona jurídica o una corporación de derecho público. Estas serían, entre otras, las razones por las que no en-

[51] *Op. ult. cit.*, p. 8.

[52] RCL 1988\2607.

[53] BOE 30 de mayo de 1966.

[54] Art. 5 del derogado Texto Refundido de la Contribución Territorial Urbana: se considerarán construcciones: a) Los edificios, en el sentido más amplio de esta palabra, sean cualesquiera los elementos de que estén construidos, los lugares en que se hallen emplazados y el uso a que se destinen, aun cuando por la forma de su construcción sean perfectamente transportables y aun cuando el terreno sobre el que hallen situados no pertenezca al dueño de la construcción, y las instalaciones comerciales e industriales asimilables a los mismos como diques, tanques y cargaderos. b) Las obras de urbanización y de mejora, como las explanaciones y las que se realicen para el uso de los espacios descubiertos, considerándose como tales los recintos destinados a mercados, los depósitos al aire libre, los muelles, los estacionamientos y los espacios anejos a las construcciones.

[55] *Ibidem.*

[56] *Op. ult. cit.*, p. 11.

cajan los parques eólicos en dicha norma y se necesitaba una modificación que solucionara este inconveniente.

La solución vino con el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo[57], por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo[58], por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Hasta su entrada en vigor, la naturaleza del bien se determinaba por la del elemento principal, suelo o construcción, por lo que los parques eólicos se calificaban como urbanos porque su elemento principal era la construcción. A partir de este momento su calificación depende de la naturaleza del suelo, según el art. 7.1 de la Ley del Catastro Inmobiliario[59], por lo que al instalarse sobre suelos rústicos los parques eólicos se consideran bienes rústicos.

La Ley Reguladora de las Haciendas Locales se remite a la Ley del Catastro Inmobiliario para la definición y caracterización de los bienes inmuebles[60]. Esta última, en el art. 6 señala que los bienes inmuebles son las parcelas de terrenos y las construcciones emplazadas en ellas[61]. Sorprende la simplicidad de la definición.

La primera cuestión que se ha de conocer será entonces si se pueden considerar los parques eólicos como "construcciones". La Ley del Catastro Inmobiliario considera como tales, en el art. 7.4, los edificios y las instala-

[57] RCL 2004\599. La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, RCL 2006\2130, operó una serie de modificaciones en la normativa catastral contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2004 del Catastro Inmobiliario, introduciendo una nueva definición de lo que es suelo de naturaleza urbana.

[58] RCL 2004\602.

[59] Art. 7.1: "El carácter urbano o rústico del inmueble dependerá de la naturaleza de su suelo".

[60] Art. 61.3: "A los efectos de este impuesto, tendrán la consideración de bienes inmuebles rústicos, de bienes inmuebles urbanos y de bienes inmuebles de características especiales los definidos como tales en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario".

[61] Art. 6: Concepto y clases de bienes inmuebles. "1. A los exclusivos efectos catastrales, tienen la consideración de bien inmueble la parcela o porción de suelo de una misma naturaleza, enclavada en un término municipal y cerrada por una línea poligonal que delimita, a tales efectos, el ámbito espacial del derecho de propiedad de un propietario o de varios proindiviso y, en su caso, las construcciones emplazadas en dicho ámbito, cualquiera que sea su dueño, y con independencia de otros derechos que recaigan sobre el inmueble. 2…".

ciones industriales (no la maquinaria y el utillaje)[62]. En cuanto a la posibilidad de considerarlos edificios, la doctrina y la jurisprudencia, según Cañal García[63], consideran que en todo caso han de ser obras capaces de albergar personas o cosas por lo que puede "descartarse totalmente la consideración de los elementos de energía renovable (parques eólicos o fotovoltaicos) como edificios".

Si no se consideran edificios, ha de plantearse entonces si se trata de instalaciones, que es la segunda posibilidad para poder considerar un parque eólico como construcción y por tanto como bien inmueble a estos efectos. Y lo que es más importante a efectos tributarios, que no se trate de maquinaria, ya que en este último caso no estaría gravada según el art. 7.4 citado, en su apartado b). Al respecto hay que diferenciar dos posibilidades: que la instalación esté incorporada a un edificio, en cuyo caso puede estar o no al servicio del mismo o que no esté incorporada a edificio alguno.

Los parques eólicos, tal y como se han definido, son instalaciones autónomas, esto es, no forman parte de otra construcción, que es la segunda de las posibilidades citadas arriba. Además, no podrán ser consideradas como accesorias de un edificio, sino que habrá de ser tenidas en cuenta con carácter independiente.

Pero pudiera ser que estén unidas o incorporadas a un edificio, esto es, la primera posibilidad. En el caso de que la instalación esté al servicio del

[62] Art. 7.4: "A efectos catastrales, tendrán la consideración de construcciones:

a) Los edificios, sean cualesquiera los materiales de que estén construidos y el uso a que se destinen, siempre que se encuentren unidos permanentemente al suelo y con independencia de que se alcen sobre su superficie o se hallen enclavados en el subsuelo y de que puedan ser transportados o desmontados.

b) Las instalaciones industriales, comerciales, deportivas, de recreo, agrícolas, ganaderas, forestales y piscícolas de agua dulce, considerándose como tales, entre otras, los diques, tanques, cargaderos, muelles, pantalanes e invernaderos, y excluyéndose en todo caso la maquinaria y el utillaje.

c) Las obras de urbanización y de mejora, tales como las explanaciones, y las que se realicen para el uso de los espacios descubiertos, como son los recintos destinados a mercados, los depósitos al aire libre, los campos para la práctica del deporte, los estacionamientos y los espacios anejos o accesorios a los edificios e instalaciones.

No tendrán la consideración de construcciones aquellas obras de urbanización o mejora que reglamentariamente se determinen, sin perjuicio de que su valor deba incorporarse al del bien inmueble como parte inherente al valor del suelo, ni los tinglados o cobertizos de pequeña entidad".

[63] *Op. ult. cit.*, p. 4.

mismo la posición de los Tribunales ha sido la de considerar "que forman parte inseparable del edifico en el que se sitúan y al que sirven y se han pronunciado por la inclusión del valor de dichos elementos en la valoración de los edificios y, por tanto, por el gravamen mediante su integración en la base imponible del IBI"[64]. En todo caso, se trataría, por tanto, de bienes inmuebles por incorporación, al formar "parte inseparable del edificio". Este caso es infrecuente en instalaciones eólicas (¿uno o dos molinos que formen parte inseparable de un edificio?) pero sí lo es para otros tipos de renovables como la fotovoltaica (placas solares).

Por último, de una pequeña instalación de energía renovable situada en un edificio pero que no sirva al mismo porque la energía que obtenga se venda a empresas de distribución de energía eléctrica. Ni pueden ser consideradas instalaciones autónomas ni como instalaciones que formen parte del edificio, ya que no sirven al mismo y se explotan de manera independiente. Se considerarían maquinaria albergada en el edificio, pero con una finalidad independiente del mismo, quedando fuera del gravamen del IBI.

En el caso, más frecuente, de que se haya realizado esta instalación para el autoconsumo, entonces sí podría considerarse propia del edificio, surgiendo el problema, destacado por Cañal García[65], del distinto tratamiento fiscal entre unas y otras.

3.4. Bienes inmuebles de características especiales

La categoría de bienes inmuebles de categorías especiales (BICES) fue introducida por la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, y se mantiene en el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la vigente Ley del Catastro Inmobiliario[66]. Hasta su entrada en vigor las instalaciones eólicas independientes solo podían ser consideradas bienes inmuebles.

[64] *Op. ult. cit.*, p. 6.

[65] *Ibidem.* En su opinión "el distinto tratamiento fiscal entre unas y otras constituye una situación de agravio que puede considerarse discriminatoria".

[66] RCL 2004\599.

El art. 8.1 de Ley del Catastro Inmobiliario defines los BICES como conjuntos complejos de uso especializado integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora[67]. La solución adoptada por la ley de crear una nueva clase de bienes es calificada por Bericochea y Bachiller de acertada[68]. Se podría cuestionar la necesidad de la introducción de esta nueva categoría desde el punto de vista estrictamente civil.

El legislador, consciente de la disparidad de bienes incluidos en la definición, contempla cuatro clases de bienes que se consideran BICES y en el art. 8.2 considera BICES los bienes destinados a la producción de energía eléctrica[69]. Introduce así esta ley una clasificación tripartita de los bienes desconocida para el Cc, aunque solo sea a efectos catastrales. Según recoge Cañal García la razón predominante para justificar la creación de esta nueva categoría además de "la dificultad para subsumir ciertos bienes en las categorías clásicas (urbanos y rústicos) y los subsiguientes problemas de valoración a los efectos de cuantificar las cuotas; el reparto de estas entre los distintos Ayuntamientos en que con frecuencia se localiza un bien, etc."[70], es de carácter recaudatorio.

En el concepto de parque eólico del que se parte se reconocen todas las características de la Ley del Catastro Inmobiliario para considerarlo un BICE. Su descripción encaja con la del art. 8.1 LCI, esto es, se trata de un complejo de suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora con una finalidad especializada. Además, y por si quedaba alguna duda, aparece recogido en la lista del art. 8.2 de la Ley del Catastro Inmobiliario.

[67] Art. 8.1: "Los bienes inmuebles de características especiales constituyen un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora, que por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble".

[68] *Op. ult. cit*., p. 12 "… y probablemente la única capaz de dar solución completa al conjunto de problemas planteados, ya que permitía tanto la definición de los conceptos necesarios para la inclusión de estos bienes en el ámbito catastral como el diseño de un régimen valorativo y tributario propio".

[69] Art. 8.2: "Se consideran bienes inmuebles de característica especiales los comprendidos, conforme al apartado anterior, en los siguientes grupos: a) Los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo, y las centrales nucleares. b) Las presas, saltos de agua y embalses, incluido su lecho o vaso, excepto las destinadas exclusivamente al riego. c) Las autopistas, carreteras y túneles de peaje. d) Los aeropuertos y puertos comerciales".

[70] *Op. ult. cit*., p. 7.

3.5. Conclusiones

Primera. Según el apartado 5º del artículo 334 del Código Civil solo si las instalaciones eólicas se ubican sobre terrenos que también son propiedad del dueño de las mismas, tendrían la consideración de bienes inmuebles.

Segunda. La necesidad de conocer si las instalaciones de energía renovable forman parte del hecho imponible de determinados impuestos ha contribuido, por tanto, a la clarificación de su condición de bien inmueble.

Tercera. Como no siempre se da esta coincidencia entre titular de la instalación eólica y del terreno donde se ubica, sino que es precisamente la menos frecuente, y dada la trascendencia de la cuestión a efectos tributarios, el art. 3 del TRLITP-AJD establece un criterio excepcional. Según este artículo se consideran bienes inmuebles, únicamente a efectos del ITP-AJD, "las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los mismos". Por tanto, en virtud de lo establecido en este precepto, un parque eólico tendrá la consideración de bien inmueble a efectos del ITP-AJD incluso en aquellos supuestos en que la condición de titular de la instalación y del terreno sobre el que se asientan no recaiga sobre una misma persona.

Cuarta. Respecto a su condición de inmueble urbano o rústico, hasta la entrada en vigor de la vigente LRHL, la naturaleza del bien se determinaba por la del elemento principal, suelo o construcción, por lo que los parques eólicos se calificaban como urbanos porque su elemento principal era la construcción (art. 62 de la derogada LRHL al que antes se hacía referencia).

Quinta. Hoy, su calificación como rústico o urbanos, depende de la naturaleza del suelo (art. 7.1 LCI), por lo que al instalarse sobre suelos rústicos los parques eólicos se consideran bienes rústicos.

Sexta. Por último, se trata de bienes inmuebles de características especiales (BICES), esto es, conjuntos complejos de uso especializado integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora.

IV. INSTALACIÓN DE UN PARQUE EÓLICO: PLANTEAMIENTO DE LOS INTERESES JURÍDICOS EN JUEGO

Las técnicas para la obtención de energía eólica son muy variadas. Hay veces que solo son necesarias pequeñas instalaciones, cuando se pretende hacer un uso doméstico de la misma, y otras que requieren infraestructuras muy complejas, como es el caso de un parque eólico.

Los terrenos sobre los que se instalan los parques eólicos pueden ser de naturaleza pública o privada. En el primer caso se seguirán los correspondientes trámites administrativos para la contratación de su uso y posterior instalación de los molinos y en el segundo se contratará con los particulares propietarios de los terrenos de naturaleza privada. Así que, por un lado, normalmente, se encuentran importantes empresas eléctricas que contratan con la Administración, generalmente la municipal, dependiendo de la calificación de los terrenos en los que quieren instalar el campo eólico. Pero otras veces, la contratación se lleva a cabo con particulares, a los que se les viene a "vender" unas nuevas posibilidades para sus tierras, hasta el momento dedicadas a la agricultura y ganadería.

No hay fuentes documentales que permitan estudiar la forma en que se ocupan los espacios en los que se sitúan los parques eólicos y hay que recurrir a la investigación de la práctica en esta materia.

La empresa eléctrica se dispone a instalar y explotar el parque eólico. Su interés es contratar el viento que pasa por las tierras donde va a instalarlo. Siendo ese su objetivo, tendrá que poner los medios técnicos necesarios y buscar la forma jurídica más oportuna y conveniente. Para ello, iniciará las conversaciones y los tratos con la propiedad de esos terrenos y también la tramitación administrativa y la solicitud de las correspondientes licencias, sin la seguridad de que finalmente le concedan la instalación y explotación del mismo. Para la elaboración de los necesarios informes, mediciones, proyectos y solicitud de licencias las empresas necesitan poder tener acceso a esos terrenos. La evaluación económica de la futura instalación es decisiva para el proyecto y solo lo emprenderá si comprueba que es viable, lo que depende, antes que nada, de los vientos que soplen en el lugar seleccionado. También

necesitan encontrar la forma de comprometer a la propiedad ya que, si efectivamente obtiene el permiso para la instalación y explotación del parque, supondría un tropiezo importante el que no alcanzaran un acuerdo y tendría que solicitar, si ello fuera posible, la declaración de utilidad pública y la consiguiente expropiación, lo que ralentizaría el procedimiento de instalación.

Finalmente, realizará instalaciones en superficie y subterráneas para terminar colocando, en la forma y número que más le convenga y que haya sido aprobada en su proyecto (cuestión de enorme trascendencia a efectos registrales), los gigantescos molinos. Estos quedarán como propiedad de la empresa promotora durante el tiempo necesario y suficiente para justificar y optimizar económicamente la inversión.

Todo esto va dando pistas del tipo contractual al que tienden estas relaciones jurídicas y, especialmente, de los derechos que pretenden crear y de la necesidad de publicidad y eficacia frente a terceros de los mismos. La empresa quiere que se conozca que en esas tierras va a instalar su campo eólico y que este, además, será de su propiedad durante el tiempo que se acuerde, con lo que ello supone en relación con los usos, accesos etc. de los terrenos. Por otra parte, el propietario quiere asegurarse de que mantiene su poder de disposición y de que este dato sea conocido y oponible *erga omnes*. Además, la duración del contrato, necesariamente extensa en el tiempo, es un factor de preocupación en este sentido.

El propietario suele estar interesado en seguir dando el uso habitual a sus tierras, por lo que tendrá que ser posible compatibilizar actividades tan diversas. ¿Cuál será, entonces, el objeto de este contrato? ¿Qué derechos y obligaciones surgen del mismo para las partes? ¿Tendrá acceso al Registro de la Propiedad? Estas cuestiones y otras de ellas derivadas son las que se abordarán en un futuro artículo.

V. LEGISLACIÓN

1. Ámbito europeo

Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo**,** de 27 de septiembre de 2001, relativa a la **promoción de la electricidad generada**

a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, LCEur 2001\3766 (**derogada**).

Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003, relativa al **fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte**, LCEur 2003\1330 (**derogada**).

Directiva 2009/28, de 23 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, de fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, LCEur 2009\780 (**derogada**).

Directiva 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al **fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables**, LCEur 2018\1915.

2. Ámbito estatal

Constitución Española de 1978, RCL 1978\2836.

Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, LEG 1889\27.

Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 1988, Ley 39/1988, de 28 de diciembre RCL 1988\2607 (**derogada**).

Decreto 1251/1966, de 12 de mayo, por el que se aprueba el **Texto Refundido de la Contribución Territorial Urbana** de 1966, BOE 30 de mayo de 1966 (**derogada**).

Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por la que se aprueba el **Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados,** RCL 1993\2849.

Ley 48/2002, de 23 de diciembre, **del Catastro Inmobiliario**, RCL 2002\3013 (**derogada**).

Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la vigente **Ley del Catastro Inmobiliario,** RCL 2004\599.

Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la **Ley Reguladora de las Haciendas Locales, (TRLRHL),** RCL 2004\602.

Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de **Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal**, RCL 2006\2130.

Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el **Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados**, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, RCL 2018\1497.

Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban **medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica**, RCL 2020\1040.

Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el **Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales**, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, RCL 2021\2015**.**

3. Ámbito autonómico

Decreto 302/2001, de 25 de octubre, sobre **aprovechamiento de energía eólica en Galicia,** LG 2001\350.

Ley 8/2009, de 22 de diciembre, que regula el **aprovechamiento eólico en Galicia y crea el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental** LG 2009\426.

Ley 4/2014, de 8 de mayo, por la que se modifica la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el **aprovechamiento eólico en Galicia y se crean el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental**. LG 2014\173.

Decreto 192/2005, de 30 de agosto, que regulaba el **procedimiento para la autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica, a través de parques eólicos en Extremadura**, DOE 6 de septiembre de 2005 (**derogada**).

Decreto 169/2010, de 16 de julio, DOE 21 de julio de 2010.

Decreto 43/2008, de 15 de mayo, sobre **procedimiento para la instalación de parques eólicos en el Principado de Asturias**, BOPA 3 de junio de 2008.

Ley 8/2018, de 8 de octubre, de **medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía**, LAN 2018\414.

Decreto 44/2020, de 2 de marzo, por el que **se crea y regula la Comisión Interdepartamental de Cambio Climático**, LAN 2020\75.

Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que **se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica**, RCL 2020\1040.

Decreto 175/2021, de 8 de junio, por el que **se regula la composición y el funcionamiento del Consejo Andaluz del Clima**, LAN 2021\921.

Decreto 234/2021, de 13 de octubre, por el que **se aprueba el Plan Andaluz de Acción por el Clima**, LAN 2021\1482.

VI. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional 26 de octubre de 2021, RTC 2021\182.

Sentencia del TS de 28 de marzo de 2006, RJ 2006\1115.

Sentencia del TS de 26 junio de 2006, RJ 2006\3974.

Sentencia del TS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007\319).

Sentencia del TSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2005, JUR 2007\13503.

Sentencia del TSJ de Andalucía de 20 de diciembre de 2005, JUR 2007\4867.

Sentencias del TSJ de Andalucía de 16 de enero, 19 de septiembre y 11 de octubre de 2006, JUR 2007\298654, JUR 2007\305891 y JUR 2007\305829, respectivamente.

Sentencia del TSJ de Andalucía de 8 de abril de 2008, JUR 2009\84324.

Sentencia del TSJ de Galicia de 22 de octubre de 2008, JUR 2009\106314.

Sentencia del TSJ de Galicia de 9 de noviembre de 2010, JUR 2011\51952.

Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de julio de 2011, JUR 2011\275874.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

Bericochea Miranda, B. y Bachiller García, L., «Los bienes inmuebles de características especiales. Revisión de una nueva categoría de inmuebles en el Catastro español», *CT/Catastro*, n.º 71, Abril 2011.

Cañal García, F. J., «Las instalaciones de energía renovable en el IBI», Lucas Durán, M. (coord.), *Fiscalidad y energías renovables*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013.

Delgado Piqueras, F., «La naturaleza jurídica de la energía eólica», Torres López, M.ª A. y Arana García, E. (dirs.), López Sako, M. J. (coord.), *Energía eólica: Cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2010.

Lafuente Benaches, M., «La valoración de la aptitud eólica en el justiprecio del suelo», *Revista de Administración Pública*, n.º 190, Madrid, enero-abril 2013.

López Sako, M. J., *Regulación y autorización de los parques eólicos,* Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2008.

López Ramón, F., «Teoría jurídica de las cosas públicas», *Revista de Administración Pública*, n.º 186, Madrid, septiembre-diciembre 2011.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Disponible en: http://dle.rae.es/index.html

Red Eléctrica de España. Disponible en: https://www.ree.es/ y Las energías renovables en el sistema eléctrico español 2020. (ree.es),

LA CLÁUSULA PROHIBITORIA DE INTERVENCIÓN JUDICIAL COMO *CAUTELA SOCINI* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DESDE 2014 HASTA LA ACTUALIDAD

THE PROHIBITORY JUDICIAL INTERVENTION AS *CAUTELA SOCINI IN* THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT FROM 2014 TO TODAY

Lorena González Losantos
Jurista

Resumen: Este trabajo analiza los aspectos más controvertidos de la cláusula testamentaria que prohíbe la intervención judicial en contiendas surgidas del testamento o de la partición hereditaria, cuando el recurso a la misma conlleva la atribución de la legítima estricta en detrimento del resto de la herencia en la que había sido instituido el legitimario, o la pérdida de la institución testamentaria del heredero voluntario. En concreto, el alcance de la libertad de testar para imponer este tipo de cláusulas, su disputa con la intangibilidad de la legítima, su configuración como Cautela Socini, su verdadera naturaleza jurídica, los criterios que determinan su aplicación o su inoperatividad, su confrontación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y su carácter de sanción.

Palabras clave: legítima, libertad, testar, intangibilidad, quale, quantum, Cautela Socini, cláusula prohibitoria, legitimario, heredero, fundamento, contenido impugnatorio, ámbito dispositivo y distributivo, testador, intervención, judicial.

Abstract: This work analyzes the most controversial aspects of the clause that prohibits judicial intervention derived from disputes arising with the will or hereditary partition, when the recourse to it entails the attribution of the strict legitimate to the detriment of the rest of the inheritance in which the heir had been instituted, or the loss of the testamentary institution of the voluntary heir. Specifically, the scope of the freedom to testify to impose this type of clause, its confrontation with the intangibility of the legitimate, its configuration as «cautela socini», its true legal nature, the criteria that determine its application or its

inoperability, its conflict with the fundamental right to effective judicial protection and its character as a sanction.

Keywords: legitimate, freedom, make a will, intangibility, quale, quantum, Cautela Socini, prohibitory clause, legitimary, voluntary heir, basis, challenging content, device and distributive scope, testator, intervention, judicial.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. CONTEXTO JURÍDICO-SUCESORIO ACTUAL

1. Libertad de testar y derechos legitimarios
2. La protección de la legítima

III. LA *CAUTELA SOCINI*

1. Concepto y origen
2. Requisitos

IV. LA CLÁUSULA TESTAMENTARIA QUE PROHÍBE LA IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO O DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA: PROHIBICIÓN DE ACUDIR A LOS TRIBUNALES.

1. Cumplimiento de los requisitos generales de validez de la *Cautela Socini*
2. Naturaleza jurídica: ¿Se trata de una cláusula prohibitoria como subtipo de *Cautela Socini*?
3. Posibilidad de acudir a los tribunales en contiendas derivadas del testamento o de la partición hereditaria
   3.1. Impugnaciones en defensa de la legítima
   3.2. Impugnaciones no destinadas a la defensa de la legítima
4. Principios *favor partitionis* y f*avor testamenti*
5. Averiguación de la intención del impugnante: el fundamento impugnatorio
6. Ámbito dispositivo y distributivo del testador
7. Supuestos de impugnación que hacen la cláusula inoperante
8. La libertad de testar vs la tutela judicial efectiva
9. El carácter de sanción

V. CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS

Art = artículo.

CC = Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

CCCat = Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

CDCB = Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares.

CDFUE = Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02).

CE = Constitución Española de 1978.

CFA= Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de Código de Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Cit. = Citado anteriormente.

Ed. = edición.

Et al. = y otros.

FN = Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

Ibidem. = citado inmediatamente antes.

LDCV = Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

LH= Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

N º = número.

Op. cit. = citado anteriormente.

P. = página/ pp.=páginas.

SAP = Sentencia Audiencia Provincial.

Ss. = siguientes.

SSTC = Sentencias del Tribunal Constitucional/ TC= Tribunal Constitucional.

SSTS = Sentencia/s del Tribunal Supremo/ TS= Tribunal Supremo.

vol. = volumen.

Vid. = ver.

Vs = frente.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro Ordenamiento Jurídico sucesorio está impregnado por el principio de libertad de testar, pero dicha libertad no es absoluta, sino que cuenta con limitaciones, una de las principales la constituyen las legítimas. La legítima es intangible tanto cuantitativa como cualitativamente, pues el heredero forzoso tiene derecho a recibir la legítima en el importe y en la forma previstos legalmente.

Sin embargo, los legitimarios pueden verse afectados por una de las manifestaciones de esa libertad de testar, la imposición por el testador de cláusulas testamentarias que condicionen las atribuciones o instituciones hereditarias.

En este sentido se parte de una descripción del contexto jurídico-sucesorio, incluida la regulación prevista en el CC para la protección de la legítima, siguiendo con la explicación de la figura jurídica de la *Cautela Socini,* para adentrarnos finalmente en la cláusula testamentaria que prohíbe la intervención judicial en controversias dimanadas del testamento y/o de la partición hereditaria, analizando así los aspectos más controvertidos de la doctrina fijada por el TS en 2014 y las semejanzas de esta cláusula con *la Cautela Socini.*

Nos introducimos, en una materia carente de regulación y conformada por conceptos jurídicos indeterminados, que requiere todavía de un gran desarrollo jurisprudencial y doctrinal para comprender los aspectos claves del régimen jurídico y la aplicación de este tipo de cláusulas.

II. CONTEXTO JURÍDICO-SUCESORIO ACTUAL

Para comprender el análisis jurídico de la cláusula prohibitoria de intervención judicial y su similitud o configuración como *Cautela Socini* con-

viene mencionar el contexto jurídico-sucesorio en el que nos encontramos en lo referente a la libertad de testar frente a los derechos legitimarios y el régimen protector de estos últimos, contenido en el CC.

1. Libertad de testar y derechos legitimarios

El art. 33 de la CE[1] reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, que goza de una función social. Además, el art. 17 de la CDFUE recoge el derecho de toda persona a disfrutar, usar, disponer y legar los bienes adquiridos conforme a la ley. Nuestro CC no contiene un precepto específico en el que se mencione la libertad de testar, sin embargo, su existencia puede deducirse de una lectura sistemática[2]. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el principio de libertad de testar como uno de los fundamentales del derecho sucesorio[3] y los derechos forales también lo mencionan[4].

El testador puede disponer libremente de sus bienes, pero esta libertad no es absoluta, pues jurídicamente se han establecido una serie de límites con el fin de plasmar un equilibrio entre la voluntad del testador y los derechos

[1] Siguiendo a Vaquer Aloy, A. («Libertad de testar y condiciones testamentarias», *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2015, pp. 1-5). En igual sentido Herrán Ortiz, A. I. («La protección de la legítima y su repercusión en el heredero y discapaz», en Monje Balsameda, O. [coord.], *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 810-811).

[2] Entre otros: art. 658 CC: da primacía a la voluntad del causante plasmada en el testamento sobre la ley a la hora de regir la sucesión, art. 763 CC: a falta de herederos forzosos puede disponerse de los bienes libremente por testamento a favor de cualquier persona con capacidad para adquirirlos y art. 912 CC: la sucesión legítima o intestada solo tiene lugar en una serie de supuestos tasados, prevalece la voluntad del testador establecida en el testamento.

[3] Entre otras: *vid.* SSTS 6 abril 1954, 7 noviembre 1979, 13 marzo 2008, 3 septiembre 2014, 8 de abril 2016, 5 diciembre 2018 y 19 febrero 2019.

[4] En Cataluña: el art. 421.1 CCCat lleva por rúbrica «libertad de testar». En Navarra: en el Preámbulo del FN ya se hace referencia a la libertad de testar, además, en la Ley 148 se recoge expresamente la libertad de disposición de los navarros respecto a sus bienes (con las restricciones relativas a las legítimas). En Aragón: el art. 318 CFA reconoce la amplia libertad del causante para ordenar la sucesión. En las Islas Balares: la doctrina considera que la libertad de testar es un principio fundamental del derecho de sucesiones, pero no se recoge expresamente (Vaquer Aloy [«Libertad de testar…» *op. cit.*, p. 6.]). En Galicia: no existe mejora, hay dos porciones hereditarias: legitima y libre disposición, el testador tiene mayor libertad de testar que en derecho común (LDCG arts. 181-257). En el País Vasco: el Preámbulo de LDCV hace referencia a una redacción única, manteniéndose reglas especiales (mayor libertad de testar) en Vizcaya y Ayala, en concreto, en el Fuero de Ayala se mantendrá la libertad total de testar (art. 89).

sucesorios. Estos límites son: las legítimas (arts. 806- 822 CC)[5], las reservas (arts. 968-980 CC), el derecho de habitación (art. 822 CC), el derecho de reversión (art. 812 CC), las vinculaciones perpetuas (arts. 781, 785 y 786), las condiciones inmorales, prohibidas o imposibles (arts. 792-794 CC), las prohibiciones testamentarias de disponer (arts. 785.2 y arts. 26 y 27 LH)[6], las disposiciones de última voluntad a favor de sacerdote que le haya confesado (art. 752 CC)[7] y además, se debe disponer por testamento y no vía donación[8].

Nos centramos en la legítima por su relación con la *Cautela Socini*. La legítima es definida por el CC (*art. 806*) como *«la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos»*. Tras numerosos años de debate sobre la naturaleza jurídica de la legitima[9], parece estar asentada su calificación como *pars bonorum*: la legítima debe recibirse en bienes de la herencia a salvo de las excepciones previstas en el CC[10]: conservación de empresa o sociedad en interés de la familia (art. 1056 CC), legado de finca que no admite cómoda división (art. 821 CC), mejora en cosa determinada (art. 829 CC), facultad de pago en metálico (arts. 841-647 CC reformados por la Ley 11/1081 de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio),

[5] *Vid.*: SSTS 21 octubre 1991, 27 septiembre 2000, 26 mayo 2017 y 17 septiembre 2019. Como afirma Cañizares Laso (*op. cit.,* p. 249) la legítima constituye una limitación tanto *inter vivos* como *mortis causa.*

[6] Siguiendo a Cámara Lapuente, S. («El sistema legitimario del Código Civil Español 130 años después», en Pérez Gallardo, L. B. [coord.], *Hacia un nuevo Derecho de Sucesiones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, 402-403).

[7] *Vid.:* STS 19 de mayo de 2015.

[8] Cañizares Laso, A. («Legítimas y libertad de testar», en Herrero Oviedo, M. [coord.] *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, p. 266).

[9] *Pars hereditatis* (legitimario como heredero) *pars bonorum* (legitimario recibe bienes por cualquier título) *pars valoris* (legitimario tiene derecho de crédito frente a la herencia para percibir su cuota) y *pars valoris bonorum* (legitimario tiene un derecho real de realización de valor).

[10] Cámara Lapuente (*op. cit.,* pp. 418-419). Sobre la legítima como *pars valoris vid.*: Peña Bernaldo de Quirós, M. («La naturaleza de la legítima», *Revista Anuario de Derecho Civil*, vol. 38, n.º 4, pp. 849-908). Sobre la legítima como *pars valoris bonorum, vid.*: Roca Sastre Muncunill, L. M. («Naturaleza jurídica de la legítima», *Revista de Derecho Privado*, vol. 26, 1944, pp. 184-209). Sobre legítima como *pars hereditatis, vid.:* Puig Brutau, J. (*Compendio de Derecho Civil. Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, vol. IV, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 465 y ss.).

fiducia sucesoria a favor del cónyuge viudo (arts. 670, 830 y ss. CC) y la posibilidad de pagar la legítima del viudo en metálico (arts. 830 y 840 CC) [11].

Como se ha expuesto, el art. 33 CE garantiza el derecho a la herencia. ¿Forma parte, entonces, la legítima del núcleo institucional del derecho de sucesiones? ¿Las legítimas se incluyen en el núcleo fundamental del derecho de sucesión? Lo evidente es que la legítima no goza de la condición de derecho fundamental, pues aun estando comprendida, implícitamente, en el tenor del art. 33 CE, dicho precepto no está catalogado de tal[12].

La mayoría de la doctrina respalda el carácter no constitucional de las legítimas pues el «mínimo constitucional inderogable» es la protección de la familia, objetivo que puede cumplirse por otros sistemas alternativos al legitimario[13]. Además, el TC no se ha pronunciado expresamente sobre la relación de las legítimas con el art. 33 de la CE ni sobre la conexión entre la función social de la propiedad y la disposición *mortis causa*[14].

[11] Un estudio profundo de esto último lo realiza: Díez Soto, C. M. («El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar», *Revista de Empresa Familiar*, vol. I, n.º 1, 2011, pp. 23-33).

[12] Recordemos que son derechos fundamentales los contenidos en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I (arts. 14 a 29) y la objeción de conciencia del art. 30.2. CE.

[13] Entre otros: Roca Trías, E. («Una reflexión sobre la libertad de testar», en Herrero Oviedo, M. [coord.], *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 1254-1256), Castán Vázquez, J. M. («El derecho de sucesiones y las normas constitucionales», en Lacruz Berdejo, J. L., *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo,* vol. II, Bosch, Zaragoza, 1992, pp. 1141-1160), Parra Lucán, M.ª A. («Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *Anuario de Facultad de Dereito de Universidad de Coruña*, n.º 13, 2009, A Coruña, p. 500), Lledó Yaguë, F. («Reforma del sistema legitimario y principio de libertad de testar en Monje Balsameda, O. [coord.], *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2014, p. 684), Cañizares Laso (*op. cit.,* p. 263), Vaquer Aloy, A. («Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2007, p. 14), Barrio Gallardo, A. («Hacia una mayor libertad de testar en el Código Civil: el derecho sucesorio de alimentos», en *El largo camino hacia la libertad de testar*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 542-544) y Cámara Lapuente (*op. cit.,* pp. 424-425), que añade que en España se defiende siempre la legítima formal mediante la preterición lo que nos lleva a pensar que sea cual sea el sistema de protección de la familia establecido, debiera tener ese mecanismo de protección. Barrio Gallardo, A. («Hacia una mayor libertad de testar en el Código Civil: el derecho sucesorio de alimentos», en *El largo camino hacia la libertad de testar*, Madrid, Dykinson, 2021, p. 525) describe que Castán Vázquez y Lacruz Berdejo se posicionan a favor del reconocimiento constitucional de la herencia, siendo el legislador ordinario el encargado de desarrollar y establecer: peculiaridades, características y disciplina jurídica.

[14] Barrio Gallardo, A. (Hacia una mayor libertad de testar en el Código Civil: el derecho sucesorio de alimentos», en *El largo camino hacia la libertad de testar*, Madrid, Dykinson, 2021, p. 521).

No obstante, un sector doctrinal reducido sigue defendiendo el carácter constitucional de la legítima afirmando que la familia y la herencia están dotadas de una garantía institucional que determinaría la inconstitucionalidad de la reducción o supresión del régimen legitimario[15]. Existe un mandato constitucional de protección familiar, pero no hay ninguna mención expresa en la CE a la libertad de testar[16].

Desde hace unos años atrás, leyendo cualquier artículo doctrinal se puede apreciar la latente tendencia a defender la necesidad de reformar el sistema sucesorio, en especial el modelo de legítimas previsto desde 1889 con la promulgación del CC[17].

Podemos distinguir tres corrientes doctrinales[18]: los que abogan por el mantenimiento del sistema legitimario sin modificaciones[19], los que pretenden la supresión del mismo sustituyéndolo por un derecho de alimentos vía sucesoria[20], y la parte de la doctrina que se encuentra en un vaivén entre am-

[15] Busto Lago, J. M. («Comentarios al Código Civil», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. [coord.], *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, p. 952) y López y López, A. M. («La garantía institucional de la herencia», *Revista de Derecho Privado y Constitución*, n.º 3, 1994, pp. 29-62).

[16] Siguiendo a Cámara Lapuente (*op. cit.*, pp. 424-425) que afirma que la doctrina que defiende el carácter constitucional de la legítima tiende a posicionarse a favor de ese argumento.

[17] Son claros ejemplos: Delgado Echeverría, J. («Una propuesta política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte. Resultados y Análisis de la encuesta Final», en *Derecho sucesiones: presente y futuro: XI [i.e. XII] Jornadas de Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006, Universidad de Murcia, Servicio Publicaciones, Murcia, 2006, pp. 145 y 146) que relata que, a raíz de una encuesta realizada entre los miembros de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, se plasmó que la mayoría no estaban satisfechos con el sistema legitimario siendo proclives a una reforma del mismo. Barrio Gallardo (*op. cit.*, p. 486) que afirma que la Asociación de Notarios Joaquín Costa desde el 25 de mayo de 2005 tiene en su página web una encuesta donde la mayoría defienden suprimir la legítima de los descendientes. Más actual, y en el mismo sentido la Asociación de Profesores de Derecho Civil ([APDC], *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018), también lo plasma desde 2018.

[18] Roca Trías (*op. cit.*, p. 1264) afirma que la doctrina no tiene en cuenta, para posicionarse a favor o en contra, que la herencia no deriva de un principio moral previo, que la legítima puede ser considerada un derecho legal, pero no moral, y que la legítima puede ser una obligación, pero no un derecho de otro.

[19] Vallet de Goytisolo, J. B. («Significado Jurídico-Social de las Legítimas y de la Libertad de Testar», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, vol. 19, 1966, pp. 14-16) destaca a Alonso Martínez. En igual sentido: Espejo Lerdo de Tejada, M. (*Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Bosch, Madrid, 2020, p. 13 y ss.).

[20] Barrio Gallardo (*op. cit.*, pp. 442-583) defiende prorrogar la obligación legal de alimentos hasta después de la muerte, siendo posible reclamar frente al administrador o la comunidad hereditaria

bos extremos y se muestran partidarios de modificar las cuotas legitimarias aumentando la libertad de testar (la mayoría)[21].

Cámara Lapuente realiza una completa descripción sobre los argumentos utilizados por cada vertiente doctrinal, divididos en dos grupos, defensores de las legítimas y precursores de la libertad de testar (incluyendo en esto último tanto a los que persiguen un derecho de alimentos vía sucesoria como a los que quieren modificar las cuotas de legítima)[22]:

- Los que abogan por el mantenimiento de las legítimas se centran en argumentos jurídicos (copropiedad familiar, la mejora da flexibilidad suficiente, la legítima es una materia de orden público que no admite supresión, es el equivalente al derecho de alimentos entre parientes *inter vivos,* otorga protección ante presiones o amenazas de desheredación, en otros sistemas de libertad de testar se reclaman parámetros moderadores como las legítimas), ético-familiares (igualdad de los hijos ante la ley, continuidad del espíritu y personalidad patrimonial, la supresión de las legítimas rompe con la unidad familiar e incrementa los litigios), económicos (favorecen el movimiento de la propiedad, plasman el apoyo recíproco de la familia en la obtención de bienes) e históricos (la tradición).
- Los partidarios de la libertad de testar se apoyan en argumentos jurídicos (la familia no es titular del patrimonio y hay que distinguir bienes gratuitos y derivados del esfuerzo, incoherencia de la libertad de transmisiones *inter vivos* y restricción en las *mortis causa*, la obligación de alimentos deriva de una necesidad y la legítima es un símbolo, los derechos autonómicos y comparados tienden hacia

cuando la atribución testamentaria hecha a favor del hijo no sea suficiente para su subsistencia o se halle en situación de necesidad por causas sobrevenidas no imputables a él.

[21] Entre otros: Zubero Quintanilla, S. («Ponderación de las limitaciones a la libertad de testar del causante. El sistema de legítimas en Aragón y en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV. n.º 2, 2017, pp. 55-81) y Cañizares Laso (*op. cit.*, pp. 267-269). Pérez Ramos, C. («La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar», en Aguilar Ruiz, L., Argona Guajardo-Fajardo, J. L., Cerdeira Bravo de Mansilla, G. [coords.], *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI: cuestiones actuales y soluciones de futuro*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 107 y ss.) y Cámara Lapuente (*op. cit.*, pp. 429 y ss.) describen minuciosamente el conflicto entre la libertad de testar y el contexto social y jurídico.

[22] *Ibidem,* (pp. 429 y ss.).

la libertad de testar, se ajusta más a los deseos del testador, se han producido cambios legislativos que dejan entrever la necesidad de una mayor libertad de testar, la supresión de la legítima no vulnera la CE, el régimen de legítimas es demasiado complejo), técnico-jurídicos (la libertad de testar da justicia, da prestigio a la voluntad del padre, impide atender a intereses como los del cónyuge), económicos (la legítima empeora la conservación del patrimonio familiar y la productividad e impide elegir al sucesor idóneo) y sociológicos (mayor esperanzad de vida, cambios en la configuración de la familia).

Frente a la posición dominante sustentada por la doctrina moderna partidaria de reformar el sistema de legítimas, muy recientemente Espejo Lerdo de Tejada muestra una postura en pro del mantenimiento del sistema legitimario, y los argumentos en que se basa no están nada lejos de la realidad, pues analiza el verdadero fundamento del derecho: apaciguar los conflictos. Merece la exposición, destacar dos premisas[23]:

- No hay evidencia acerca de que la legítima provoque más conflictos que su ausencia o reducción. Precisamente en los negocios jurídicos *inter vivos* a título gratuito, los vicios más comunes que los impregnan son la presión y el engaño, la libertad de testar aumentaría el riesgo. El testador se verá más presionado y amenazado, incluso obligado a actuar de forma contraria a su voluntad.
- Se ha debilitado el sistema familiar (hijos no matrimoniales, hijos de distintos matrimonios, parejas de hecho, varias nupcias…), la supresión de las legítimas implicaría trasladar esa debilitación también al sistema sucesorio. Además, es latente socialmente el impago de las pensiones de alimentos por desestructuración familiar, con la supresión de la legítima, reforzaríamos esas ideas en la población.

[23] También menciona otros tales como: la función social que promulga la CE quedaría vacía de contenido si suprimimos el sistema legitimario y el impuesto de sucesiones, la legítima tiene su origen en una sociedad más parecida a la que estamos viviendo que a la decimonónica, no puede negarse la relación entre la familia y el derecho sucesorio, pero, lo primero precede, cronológicamente a lo segundo, y si, desde el punto de vista económico y social, la concepción familiar y la solidaridad interregional han cambiado y necesitamos una modificación de las legítimas, debieran producirse cambios jurídicos correlativos en el derecho de familia y en el derecho sucesorio. *Vid.* Espejo Lerdo de Tejada (*Tendencias… op. cit.*, pp. 13-54).

Nos posicionamos así, entendiendo que los defensores de la absoluta libertad de testar, solo tiene en cuenta un extremo de la relación jurídico-sucesoria, el testador y su poder de decisión sobre su propio patrimonio, pero olvidan que unas pautas legales imperativas orientan su libertad, no la restringen y que esta podía verse más mermada por presiones, engaños y amenazas externas. Por ello, entendemos que, si bien no sería disparatado recudir las cuotas legitimarias y equiparar en algunos aspectos al heredero forzoso con el voluntario, sin dotarle de tantos privilegios, adaptándonos así a los cambios familiares, no podemos prescindir absolutamente de la institución de la legítima si no queremos incrementar la desvinculación familiar[24].

Como veremos, este contexto tiene relevancia en el análisis efectuado sobre la cláusula que prohíbe la intervención judicial a herederos o legitimarios, pues el TS introduce parámetros interpretativos y una nueva doctrina en la que aplica los mismos criterios a la impugnación del legitimario que a la efectuada por un heredero voluntario[25], equiparando a ambos sujetos en una minoración de los privilegios de los herederos forzosos (si bien siempre respetando el mantenimiento de la legítima como imposición legal).

2. La protección de la legítima

La legítima goza de una protección especial en nuestro derecho[26], las disposiciones que la protegen son normas de derecho imperativo o de *ius cogens*[27], por ello, prevalecen sobre el principio de que la voluntad del causante es la ley de la sucesión.

[24] *Ibidem,* pp. 13-54. En el mismo sentido: Zubero Quintanilla (*op. cit.*, p. 59) y Cañizares Laso (*op. cit.*, pp. 267-269).

[25] Como afirma Sánchez Socías, L. («La constitucionalidad de la cautela socini y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima», *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 59, Madrid, 2015, p. 157) se da prioridad a la libertad de testar frente a la intangibilidad de la legítima.

[26] Rodríguez-Rosado, B. («El legitimario ante las contravenciones de la legítima», en *Heredero y Legatario*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 174 y ss.) determina que ha habido muchas discrepancias sobre la naturaleza real o personal y los plazos para el ejercicio de las acciones que protegen la legítima salvo en lo referente a la rescisoria (plazo de 4 años establecido por el art. 1078 CC). La APDC (*op. cit.*, pp. 600 y ss.) propone plazos breves de prescripción y caducidad.

[27] Busto Lago, J. M. («Limitaciones del causante: legítimas y reservas», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.) *Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 420), Martínez Espín, P. («Las legítimas y las reservas», en Carrasco Perera, A. [dir.], *Derecho de Sucesiones. Lecciones*

Siguiendo a la mayoría de la doctrina, podemos hablar de una **protección formal** y de otra **material** de la legítima[28]. Dentro de la primera se encuadra la preterición, el testador no menciona a un heredero en el testamento (art. 814 CC) o en la partición (art. 1080 CC), se distingue entre preterición intencional, o con mala fe y errónea, sin mala fe o no intencional y cada una tiene consecuencias diferentes.

Desde el punto de vista material, la legítima es intangible cuantitativa y cualitativamente, el legitimario tiene derecho a recibir lo que por ley le corresponde y de la forma en la que le corresponde, se habla así de un *quantum* y un *quale* de la legítima.

---

de Derecho Civil, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2014, p. 181) y Torres García, T. F., Domínguez Luelmo, A. («La legítima en el Código Civil», en Torres García, T. F. [coord.], *Tratado de legítimas,* Atelier, Barcelona, 2012, p. 46 y ss.). En igual sentido: SSTS 19 abril 1963 y 31 mayo 1980. Rivas Martínez J. J. (*Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial,* Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 1361) considera que las normas protectoras de la legítima y su intangibilidad actúan como normas imperativas asimétricas, es decir, *«impiden al causante su vulneración efectiva»*. Cámara Lapuente (*op. cit.,* pp. 423-424) matiza que son normas de derecho imperativo, pero no de orden público.

[28] Cámara Lapuente (*op. cit.,* pp. 421 y ss.). Algunos autores, adoptan una visión diferente: Rivas Martínez (*op. cit.,* p. 1358) considera que hay tres grupos de disposiciones protectoras de la legítima: actos radicalmente prohibidos (renuncia anticipada y gravamen), actos inoficiosos o simulados y disposiciones que autorizan la rectificación de disposiciones efectuadas por el testador que pretenden dejar sin efecto o perjudicar a los legitimarios en sus derechos (acción de suplemento, supuestos de preterición y supuestos de desheredación). Martínez Espín (*op. cit.,* pp. 182-183) adopta una clasificación atendiendo a la privación total o parcial de la legítima: incluyendo a la preterición y a la desheredación dentro de los supuestos de privación total. Miquel González de Audicana, J. M. («Reflexiones sobre la legítima», en Herrero Oviedo, M. [coord.], *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 987-988), está en contra, siguiendo a Peña, de la posición dominante de la doctrina que tiende a hablar de la posición del legitimario asumiendo una clasificación de las acciones que puede ejercitar en función del grado de perjuicio causado a su legítima. Critica esa visión, y considera que no se corresponde con lo que quiere representar el CC, porque ser heredero forzoso no implica, solo, tener derecho a una porción de bienes, sino a disponer de un estatuto jurídico diferente, una protección mayor que el resto de herederos que no gozan de esa cualidad, y esto puede apreciarse a través de las normas reguladoras de la desheredación, preterición y colación. No estamos conformes con dicha opinión, pues la posición jurídica del legitimario puede estudiarse desde diferentes perspectivas, clasificando las acciones que tiene a su alcance para proteger su legítima o clasificando las diferencias del legitimario con el resto de herederos (que es la que propone el autor); una clasificación atendiendo a las acciones y al alcance de la privación del derecho del legitimario, implica hacer referencia a un estatus jurídico distinto, se estudian las diferentes instituciones que lo protegen desde un punto de vista accionarial. Más aun cuando, precisamente, esa posición jurídica diferenciada del resto de herederos se sustancia en que el legitimario tiene derecho, por ley, a una cuota fija en la herencia y de ahí deriva su estatus singular. Por su parte, Busto Lago («Limitaciones…», *op. cit.*, p. 420), duda de que se puede distinguir entre protección formal y material de la legítima.

El ***quantum*** se lesiona si el legitimario recibe menos legítima de la que le corresponde y tiene varios mecanismos para defender su *quantum*, acción de suplemento o complemento de la legítima (art. 815 CC): el legitimario puede ejercitarla cuando recibe del testador, por cualquier título, menos de lo que le corresponde por legítima, acción de reducción de legados (art. 817 CC); para complementar la legítima y acción de reducción de donaciones (arts. 654-656 CC): una donación es inoficiosa cuando se dispone de más bienes de los que se puede por vía testamentaria.

No debemos olvidar que la desheredación solo cabe en los supuestos previstos legalmente, no se puede privar a los herederos de su legítima salvo en determinados supuestos que están expresamente determinados por la ley (art. 813 CC en relación, arts. 848 y ss. CC). Por tanto, también actúa como un mecanismo protector de la legítima[29].

Además de los remedios previstos expresamente por el CC, hay otras acciones que también contribuyen a la integridad del *quantum*. En sede de partición hereditaria, acción de rescisión por lesión (arts. 1074-1078 CC y 820-821 CC)[30] y omisión de bienes (art. 1079 CC)[31].Y las acciones que actúan protegiendo la legítima ante negocios ineficaces que la lesionan: acción de nulidad o anulabilidad por simulación absoluta o relativa de actos realizados *inter vivos* y acción de nulidad por ilicitud de causa del contrato[32].

El ***quale*** se vulnera cuando el testador atribuye la cuantía de legítima exacta, pero no de la forma legalmente establecida. Esta vertiente de la le-

[29] El recurso de la indignidad, también permite sancionar al heredero o legatario que incurra en las situaciones contenidas en los arts. 756-768 y 760-762 CC.

[30] El art. 1074 CC exige perjuicio económico en más de un cuarto para ejercitar la acción rescisoria. En la partición convencional se mantiene dicha exigencia, pero en las particiones hereditarias efectuadas por testador o por contador-partidor se permite ejercitar la acción rescisoria sin un límite cuantitativo en el perjuicio sufrido. *Vid.* Espejo Lerdo de Tejada, M., «La rescisión de la partición», en *La partición convencional*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, pp. 282-283.

[31] Si se omiten bienes en la herencia, el legitimario puede pedir el complemento de la partición o si la omisión es cuantiosa y el legitimario se ve afectado, puede caber el ejercicio de la acción de anulabilidad. *Vid.* SSTS 31 mayo 1980, 11 diciembre 2002 y 13 marzo 2012.

[32] Ragel Sánchez, L. F. (*La cautela gualdense o Socini y el artículo 820.3º, del Código Civil, Colecciones Monográficas de Derecho Civil. V. Derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 41-74). Martínez Espín (*op. cit.,* p. 182) considera que si se trata de negocios simulados de carácter relativo los herederos forzosos gozan de legitimación para impugnarlos, pero no podrán obtener una ventaja patrimonial de la declaración de simulación que sea superior al importe necesario para lo que les corresponde en función de su cuota legitimaria.

gítima es la que se ve afectada por la cláusula que prohíbe la intervención judicial a herederos y/o legitimarios.

El legitimario tiene derecho a recibir la legítima en bienes que constituyan el haber hereditario (a salvo de las posibilidades de pagar en metálico) y libre de cargas y gravámenes (art. 813 CC). La intangibilidad cualitativa de la legítima se infringe tanto atribuyendo bienes ajenos a la herencia como imponiendo un gravamen sobre ella. Los gravámenes con efectos *inter vivos* se permiten, y solo disminuyen el valor del bien a efectos de calcular el importe de la cuota legitimaria[33]. El termino gravamen incluye: condiciones (suspensiva o resolutoria), modo, término (inicial o final), sustitución fideicomisaria[34] y cualquier derecho real (usufructo, uso, habitación…).

Hay discrepancias sobre la consecuencia de imponer un gravamen sobre la legítima. Para un sector doctrinal el gravamen se tiene por no puesto, para otro sería nulo[35]. En realidad, los efectos son los mismos, la nulidad despliega su eficacia *ex tunc*, y la consecuencia es que el gravamen se tendría por no puesto, como si no hubiese existido[36]. La diferencia entre una y otra alternativa puede apreciarse en torno a la necesidad de intervención judicial en el caso de la nulidad y su ausencia si se entiende el gravamen como no puesto[37]. No obstante, no puede defenderse una nulidad radical y absoluta del gravamen, pues actuaría como un impedimento para el legitimario que, libremente consintiera gravar su legítima y se mostrará partidario de con-

[33] Martínez Espín (*op. cit.,* p. 186), Busto Lago, («Limitaciones…», *op. cit.,* p. 461), Ferrer Pons («La intangibilidad de la legítima. Aspectos prácticos de aplicación de la «Cautela Socini»; la renuncia, la transacción o pactos sobre la legítima futura», en Monje Balmaseda, O. [coord.] *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2014, p. 882) y Rodríguez-Rosado (*op. cit.,* p. 160).

[34] A salvo lo previsto art. 813 CC, párrafo 2º en relación arts. 782 y 808 CC.

[35] Torres García y Domínguez Luelmo (*op. cit.,* p. 50), describe las dos posturas, pero no se decanta por ninguna, solo afirma que la opción de considerar el gravamen como no puesto parte de la admisión de las cautelas de opción compensatoria. Entre otros, para observar minuciosamente las diferentes tesis: defienden que el gravamen se tenga por no puesto: P. Contreras (*op. cit.,* pp. 280-28) y Ferrer Pons (*op. cit.,* p. 885), igualmente, SSTS 18 noviembre 1930 y 18 de julio 2012. Partidario de la nulidad: Busto Lago («Limitaciones…», *op. cit.*, p. 461).

[36] Martínez Espín (*op. cit.,* p.186).

[37] Pero no en que tener el gravamen por no puesto no requiera del ejercicio de ninguna pretensión y la acción de nulidad sí, porque la nulidad también puede apreciarse de oficio. Un análisis completo sobre las categorías de ineficacia previstas en el CC y su régimen lo realiza: Ramón Fernández, F. («Conceptualización, invalidez e inexistencia en el derecho, *Revista de Derecho Privado*, n.º 19, 2012, pp. 63-114).

servar la carga sobre la misma. Por ello, defendemos que es más correcto considerar que el gravamen se tenga por no puesto, salvo que el heredero forzoso manifieste lo contrario[38].

Conviene precisar que hablamos de la legítima corta. La legítima larga incluye la mejora, tampoco caben gravámenes sobre esta, salvo los expresamente permitidos: gravamen del usufructo al que tiene derecho el cónyuge viudo por su condición de heredero forzoso (art. 834 CC) y posibilidad de establecer gravámenes a favor de legitimarios o sus descendientes (art. 824 CC).

La prohibición de gravar la legítima cuenta con algunas excepciones previstas por el CC: la sustitución fideicomisaria de residuo a favor de legitimario con discapacidad (art. 813. párrafo 2º en relación arts. 782 y 808 CC[39]) y la opción que el art. 820.3 CC concede al legitimario en el supuesto de reducción de legados o donaciones por lesión en la legítima. También contamos con otras dos excepciones, desarrolladas por doctrina y jurisprudencia: la renuncia del legitimario a reclamar (aceptación libre del gravamen sobre la legítima)[40] y la *Cautela Socini*[41].

[38] Estamos conformes con Ragel Sánchez (*op. cit.,* pp. 106-111), de quien tomamos en consideración la aportación inicial, no obstante, defiende una ineficacia relativa (similar, aunque diferente, a la acción rescisoria) entendiendo la cláusula que incluye el gravamen como válida salvo que el legitimario manifieste lo contrario, y discrepamos de esta conclusión, pues el propio tenor del art. 813 CC excluye la posibilidad de defender dicha argumentación al sostener que inicialmente «el gravamen se tiene por no puesto».

[39] Modificación introducida por la Ley 41/2003, de 18 noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y a su vez reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

[40] La admisibilidad de la aceptación del gravamen sobre la legítima por parte del heredero forzoso tiene su fundamento intrínseco en el art. 1271 CC que prohíbe la renuncia o transacción sobre la legítima futura. Si se permite al legitimario renunciar a la legítima (una vez haya fallecido el causante), con más razón se le permitirá aceptarla con un gravamen impuesto. Ya lo afirmaba, Vallet de Goytisolo, J. B. («Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 16. n.º 2, 1963. pp. 343-344). Pudiera aducirse en contra de esta pretensión que los herederos forzosos del legitimario (terceros) podrían verse perjudicados por su renuncia a la legítima libre de cargas y aceptación de gravamen, pero en la práctica, dicha pretensión carece de fundamento, pues entonces el art. 1271 CC no tendría que hacer distinción entre renuncia a la futura legítima o renuncia a la presente legítima, bastaría con prohibir expresamente la renuncia a la legítima, lo que llevaría implícito la prohibición de admisión de un gravamen, pues ello llevaría a no recibir la legítima íntegra.

[41] Echeverría de Rada, M.ª T. («La cautela socini: Revisión de su concepción actual», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 781, 2020, p. 2585) afirma que la ausencia de regulación de

III. LA *CAUTELA SOCINI*

1. Concepto y origen

La *Cautela Socini* se puede definir como aquella cláusula testamentaria de opción compensatoria de la legítima[42], en virtud de la cual el testador concede un derecho de opción al legitimario entre recibir la legítima (el *quantum* y el *quale* al que tiene derecho por ley) o soportar un gravamen sobre la misma, pero recibiendo una mayor cantidad de herencia (menor *quale* pero mayor *quantum*).

Anteriormente, había doctrina que se posicionaba en contra de la admisibilidad de la *Cautela Socini* en base a los siguientes argumentos: constituye un fraude de ley porque trata de conseguir de forma indirecta lo que no se permite directamente, es una desheredación indirecta, sobre la mejora constituye una desviación de poder, se coarta la libertad del legitimario, es una condición contraria a la ley (art. 892 CC), puede perjudicar a los descendientes o ascendientes de los legitimarios, se redacta como una sanción…[43].

---

la *Cautela Socini* en ocasiones se ha justificado en la complejidad legislativa que implica fijar un sistema de legítimas dotado de fortaleza.

Las SSTS 30 enero 1995, 3 diciembre 2001 y 10 julio 2003, mencionan a la STS 12 diciembre 1958 como pionera en admitir la *Cautela Socini*. Cabezuelo Arenas, A. L. («Reflexiones sobre la cautela socini», en Cabanillas Sánchez, A. [coord.] *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, p. 5146) afirma que el TS ya admitió la *Cautela Socini* en la STS 29 diciembre 1939. Incluso los derechos forales se pronuncian sobre la *Cauela Socini*: Parra Lucán, M.ª. A. Barrio Gallardo, A. («La legítima en derecho aragonés», en «La legítima en el Código Civil», en Torres García, T.F. [coord.] *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 388-390), afirma que el art. 500 del CDFA habilita las cautelas de opción compensatoria, Galicia Aizpurua, G. («Legítimas y libertad de testar en el País Vasco», en «La legítima en el Código Civil», en Torres García, T. F. [coord.] *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 43), defiende que las cautelas de opción compensatoria solo son válidas de acuerdo a la LDCF si entra en juego la porción de libre disposición y Vaquer Aloy A. («La legítima en el Derecho Civil de Cataluña», en «La legítima en el Código Civil», en Torres García, T. F. [coord.], *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 506-508), precisa que el art. 451-9.1 del CCCat. admite la *Cautela Socini* tácita.

[42] Siguiendo a Vallet de Goytisolo («Perspectiva…», *op. cit.*, p. 283) en su reflexión sobre las cautelas de opción compensatoria.

[43] Una reflexión sobre estos argumentos en: Cabezuelo Arenas, A. L. (*Diversas formas de canalización de la cautela socini*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 pp. 196-200), De la Cámara Álvarez, M. («La legítima», en *Compendio de derecho sucesorio*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 271-272), Cabezuelo Arenas («Reflexiones…», *op. cit.*, pp. 5141-5157), Ferrer Pons (*op. cit.*, pp. 889, 890) y Rivas Martínez (*op. cit.*, pp. 1365-1366).

Estas precisiones han sido abandonadas porque no se trata de una imposición, sino de un derecho de opción, una alternativa, el testador no puede imponer un gravamen sobre la legítima, pero, el heredero forzoso puede libremente aceptarlo, además, siempre tendrá opción de quedarse con la legítima libre de cargas (que es la cuota hereditaria a la que tiene derecho por imperativo legal); si el causante puede instituir solo en la legítima de forma directa, podrá hacerlo también de forma indirecta, y si es libre de no adjudicar la parte disponible directamente, también lo será de hacerlo indirectamente[44].

Podemos hablar de los siguientes hitos hasta el nacimiento de la *Cautela Socini*[45]:

- ***Cautela Angeli o Angélica**:* en el siglo XIV Angelo Degli Ubaldi consideró valida una cláusula testamentaria en la que se imponía un usufructo sobre la totalidad de la herencia (incluida la legítima), atribuyendo la nuda propiedad al legitimario de la parte de libre disposición cuando el valor de la nuda propiedad sobre el exceso sea igual o superior al usufructo sobre la legítima.
- ***Cautela Cumani:*** en el siglo XV Raphael Raymundis creó una cláusula testamentaria por la que el testador instituía heredero universal a su hijo gravando la totalidad de la herencia con una sustitución fideicomisaria y prohibía al heredero detraer la legítima y la trebeliánica si el hijo o sus herederos reclamaban la percepción de la legítima libre de cargas, el testador ordenaba restituir al sustituto fideicomisario la libre disposición y los frutos. El objetivo era impedir que el heredero forzoso se quedarse con el beneficio de las dos alternativas.
- ***Cautela Gualdense:*** en 1540 Jo Guillelmus Durantes (el gualdense) formuló una cautela en la que el testador concedía de forma expresa un derecho de opción al heredero forzoso entre aceptar la herencia gravada con un fideicomiso universal o aceptar la legítima libre de cargas y gravámenes.

[44] *Vid*. Rivas Martínez (*op. cit.*, pp. 1365-1366) y Cabezuelo Arenas (*Diversas..., op. cit.,* pp. 196-200), para un análisis más minucioso.

[45] Siguiendo a Ragel Sánchez (*op. cit.,* pp. 123-130).

– ***Cautela Socini:*** en 1550 Mario Socini (el joven o el junior) emitió un dictamen en el caso *Consilium sive mails responsorum*, testamento de Nicolas Antonorei que instituyó a sus dos hijos como herederos y ordenó a favor de un tercero un legado gravado con una sustitución fideicomisaria (a favor de sus hermanos), si no hubiera conformidad sobre el gravamen o se rechazara el legado, solo se tendría derecho a la legítima estricta. Cuando fallece el testador, los hijos aceptan la herencia y el tercero el legado con fideicomiso, este falleció sin hijos e instituyó heredero a un tercero extraño. Los fideicomisarios (hermanos del tercero fallecido), reclamaron el legado y el tercero extraño se negó considerando que la restitución fideicomisaria se debía retraer de la legítima. Mario Socino en su dictamen afirmó que el testador podía libremente establecer en su testamento dos disposiciones y dejar elegir al legitimario la más acorde con sus intereses.

El origen histórico de la *Cautela Socini* se atribuye, generalmente, al dictamen de Mario Socino, aunque ello no ha estado exento de críticas doctrinales[46].

2. Requisitos

Toda *Cautela Socini* tiene que cumplir una serie de requisitos para ser válida[47].

[46] Ragel Sánchez (*op. cit.*, p. 130) afirma que en realidad a Mario Socino se le atribuye erróneamente el origen de la *Cautela Socini,* pues aplicó la *Cautela Gualdense.* Rivas Martínez (*op. cit.,* p. 1364) considera que, aunque se dice que Mario Socino no fue el primero en hablar de este tipo de cautela, pues otros juristas como Angelo o Ubaldi ya habían tratado la cuestión, fue el «*más brillante y el que mayor publicidad hizo*». De forma más tajante Vázquez Lemos, A. («La cautela socini: una duda existencial», en Fuenteseca, M., Noriega Rodríguez, L., *Derecho de sucesiones antiguas y nuevas controversias*, Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp. 462-467) es partidario de negar el fundamento histórico de la *Cautela Socini,* pues en la *Cautela Gualdense* no se prevé un derecho de opción y el caso sometido al dictamen de Mario Socino nada tiene que ver con el gravamen sobre la legítima. La *Cautela Socini,* como hoy la conocemos, tiene su origen a partir de la creación de la figura del heredero forzoso y la distinción entre legítima larga y corta o estricta en el CC. La jurisprudencia se refiere de manera indiferente a las cautelas: la STS 27 mayo 2010, se refiere indistintamente a *Cautela Socini* o *Cautela Gualdense y* la STS 21 noviembre 2011 a *Cautela Socini, Gualdense* o *cláusula Angélica.*

[47] Vallet de Goytisolo («Perspectiva…», *op. cit.*, 235-335), Ferrer Pons (*op. cit.,* p. 890) y Cabezuelo Arenas (*Diversas…, op. cit.*, pp. 171-19), hablan de la necesidad de imposición expresa de dichos requisitos.

- Atribución por el testador en concepto de legítima[48].
- Oferta por el testador de un mayor *quantum*[49] (superior al que está obligado legalmente a atribuir) en compensación con un menor *quale* (establecimiento de carga sobre la legítima). *Cautela Socini* configurada como alternatividad[50].
- Imposición por el testador de un gravamen sobre la porción legitimaria o sobre la legítima y un mayor *quantum* de la herencia[51].
- Imposición por el testador, de la imposibilidad de exigir por parte del legitimario la legítima libre de gravamen y el mayor *quantum*[52].
- Aceptación por el legitimario del sacrificio en el *quale* por obtener un mayor *quantum*, es decir, el heredero forzoso admite el gravamen sobre la legítima (este último requisito, en realidad no opera para la validez de la cautela, sino que influye en la eficacia del gravamen[53]). Podemos diferenciar dos situaciones:

[48] Real Pérez, A. (*Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Montecorvo, Madrid, 1988), considera que no es un verdadero requisito porque el art. 815 CC permite ejercitar la acción de complemento de la legítima al heredero forzoso que reciba menos de lo que le corresponde. Sin embargo, entendemos que en la visión clásica de la *Cautela Socini* debe haber una atribución en concepto de legítima, aunque sea incompleta, pues el testador ha tenido que mencionar el gravamen sobre la misma, diferente es que el concepto de *Cautela Socini* haya evolucionado y ahora incluya cautelas aplicables a herederos voluntarios: *vid.* IV.2. Naturaleza jurídica: ¿Se trata de una cláusula prohibitoria como subtipo de *Cautela Socini*?

[49] Lacruz Berdejo, J. L. (*Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Dykinson, Barcelona, 1993, pp. 418 y 419) considera que, aunque el mayor *quantum* es lo que suele darse en la práctica, no es un requisito de la *Cautela Socini* porque el testador puede atribuir menos de la legítima al configurar la otra alternativa. Igualmente, Echeverría de Rada (*op. cit.*, pp. 2588-2589), pero afirma que, si en la otra alternativa a la legítima se ofrece menos porción que esta, dejaría de ser atractivo para el legitimario.

[50] Como afirma, Cabezuelo Arenas (*Diversas…, op. cit.*, p. 177), *«la cautela socini no resulta válida porque se formule como un ruego y no como un mandato sino porque se respeta la alternatividad que ha de estar presente en la que reputamos verdadera Cautela Socini, con independencia de si se formula con un ruego o un mandato o mayor o menor amabilidad»*.

[51] Echeverría de Rada (*op. cit.*, pp. 2588-2589) expone que no es necesario en todos los casos, en el usufructo universal la legítima queda gravada necesariamente.

[52] Sin ser objeto de estudio de este trabajo conviene precisar que la doctrina partidaria de la admisibilidad de la *Cautela Socini* tácita cuestiona que este requisito sea imprescindible para la validez de la cautela.

[53] Ferrer Pons (*op. cit.*, p. 890).

- Aceptación expresa (literal) o tácita (derivada de demostraciones claras o indubitadas) del gravamen[54].
- El mismo efecto que la aceptación tácita tiene la no manifestación del heredero sobre su derecho de opción: aunque no se prevé un plazo de prescripción o caducidad para que el legitimario ejercite su derecho, si cualquier interesado acude al notario, este puede dar un plazo de 30 días naturales para que se pronuncie, y la pasividad del heredero forzoso podría desembocar en la obligación de asumir las cargas (arts. 1003 y 1005 CC)[55].

La *Cautela Socini* puede englobar innumerables supuestos, nos centraremos en la cláusula testamentaria de prohibición de intervención judicial para reclamar cuestiones testamentarias o particionales[56] y en sus semejanzas y configuración como *Cautela Socini*.

IV. LA CLÁUSULA TESTAMENTARIA QUE PROHÍBE LA IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO O DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA: PROHIBICIÓN DE ACUDIR A LOS TRIBUNALES

El testador puede imponer una cláusula en el testamento instituyendo a los herederos forzosos (y a cualquier heredero como se verá más adelante[57]), además de en la legítima, en un mayor importe sobre la herencia (parte disponible o mejora) siempre y cuando no recurran a la autoridad judicial

[54] *Ibidem,* pp. 890-901. Cabezuelo Arenas (*Diversas…, op. cit.*, pp. 181 y 191) afirma que no debe presumirse, tácitamente, que el legitimario acepta el gravamen.

[55] Rivas Martínez (*op. cit.,* p. 1368) afirma que se trata del procedimiento de la *interrogatio in iure.* Por su parte, Ferrer Pons (*op. cit.,* pp. 890-901) considera que, si el legitimario no acepta el gravamen, no puede imponerse por imperativo del art. 813 CC. Entendemos que, si bien es cierto que este artículo puede chocar con la propia naturaleza de la *Cautela Socini* porque debe ofrecer un derecho de opción, también debe imponerse un remedio ante la pasividad electiva del legitimario para que esta no se prolongue indefinidamente.

[56] En la práctica, el otro supuesto pionero es el derecho de opción del heredero forzoso entre respetar el usufructo universal del cónyuge viudo y recibir un mayor *quantum* en la herencia, o conformarse con la legítima estricta.

[57] *Vid.* IV.3.2. Impugnaciones no destinadas a la defensa de la legítima.

para las contiendas derivadas del testamento y/o de la partición hereditaria, recibiendo solo la legítima estricta en caso de incumplir dicha cláusula (o quedando privado de toda atribución testamentaria el heredero voluntario).

Sin embargo, esta cláusula, goza de muchas peculiaridades, que requieren de un minucioso análisis para determinar si se trata de una verdadera *Cautela Socini.*

1. Cumplimiento de los requisitos generales de validez de la *Cautela Socini*

Procedemos a realizar un análisis pormenorizado de los requisitos mencionados anteriormente con los que debe contar una *Cautela Socini* para ser válida, con objeto de determinar si la cláusula objeto de estudio goza, o no, de cada uno de ellos:

- **Atribución por el testador en concepto de legítima:** esta cláusula puede operar tanto respecto a herederos forzosos como voluntarios, en el primer caso, habría una atribución en concepto de legítima, en el segundo, no[58].
- **Oferta por el testador de un mayor *quantum* en compensación de un menor *quale*:** así como en otras cláusulas, como la que establece la posibilidad de optar entre recibir la legítima estricta o la legítima más la parte disponible, pero soportando el gravamen de un usufructo universal del cónyuge viudo, puede ser más sencillo apreciar la presencia de este requisito, pues se recibe más porción hereditaria, pero de menor calidad, en la cláusula que prohíbe la intervención judicial, es más complejo.

  Pensemos en el supuesto de que al legitimario se le haya atribuido menos de lo que le corresponde por legítima por error. ¿Podría ejercitar la acción de complemento de la legítima? ¿Y la de reducción de legados y donaciones? ¿Y la de rescisión por lesión si el error tiene

[58] Rodríguez-Rosado (*op. cit.*, pp. 180-182) afirma que la *Cautela Socini* se impone sobre la legítima y la cláusula que prohíbe la intervención judicial cabe sobre otras partes de la herencia. Igualmente, Vallet de Goytisolo («Perspectiva…», *op. cit.*, p. 284).

lugar en la partición? ¿Y la de anulabilidad si se descubre finalmente que se ha actuado dolosamente? Y ejercitando esas acciones, ¿podría obtener el mayor *quantum*? El legitimario está acudiendo a la potestad jurisdiccional para defender el *quantum* que le corresponde *ipso iure*, pero, está utilizando el recurso jurisdiccional, y, por tanto, incumpliendo la cláusula. ¿Se le atribuirá entonces solo la legítima estricta? ¿Debería conformarse con menor porción legitimaria pero una mayor intervención en la herencia? El recurso a los tribunales podría traducirse en un menor *quantum* recibido por el legitimario al que en términos «justos» le correspondía, pues por recurrir a la intervención judicial en defensa de su porción hereditaria a la que *ex lege* tiene derecho, cuota que se ha visto mermada por motivos no imputables a este, recibiría solo la legítima estricta, pero si no recurre a la intervención judicial, recibirá más cuota hereditaria, pero menos porción legitimaria, pues esta última estaría minorada por el error[59]. Y sin hablar en términos de legítima, pensando que la porción legitimaria que ha recibido el heredero forzoso es la correcta legalmente, puede ocurrir que en la partición haya habido un error, y el legitimario reciba muchísimo menos de las tres cuartas partes de lo que le correspondía por la porción disponible. ¿Deberá aceptar como mayor *quantum* en sacrificio del menor *quale* una porción hereditaria ínfimamente menor a la que en un primer momento era acorde con sus expectativas? ¿Recibirá el heredero forzoso exclusivamente la legítima estricta si ejercita la acción rescisoria en defensa del mayor *quantum* hereditario que por vía testamentaria le correspondía recibir?

Esto último también sería aplicable al heredero voluntario afectado por una cláusula de este tenor que podría quedarse sin atribución hereditaria por recurrir a la autoridad judicial. Por tanto, en esta cautela el mayor *quantum* en sacrificio del menor *quale* (entendiendo

[59] Como afirma Vallet de Goytisolo («Perspectiva…», *op. cit.*, p. 284) en la cautela en que se prohíbe la intervención judicial no puede hablarse de compensación legitimaria porque se exige la aceptación de una *«incertidumbre cuantitativa a cambio de no perder el posible exceso relicto por encima de la legítima»*, y en la cautela que prohíbe la impugnación de la partición se pretende la aceptación de *«un acto patrimonial bajo pena de perder la liberalidad atribuía»*, sin producirse una compensación de mayor *quantum* por menor *quale*.

como mayor *quantum* la mayor porción hereditaria que se recibe si no se recurre a la autoridad judicial y la prohibición de acudir a los tribunales como la carga que merma el *quale*), puede convertirse en un menor *quantum* al que en un primer momento se debiera obtener si no se quiere poner en riesgo recibir solo la legítima estricta (heredero forzoso) o quedarse sin atribución (heredero voluntario).

Respecto al menor *quale*, tampoco se aprecia claramente pues, como veremos, en determinados supuestos se permite el recurso a la autoridad judicial sin considerar que se está incumpliendo dicha cláusula y la misma queda inoperante[60]. Además, el menor *quale* podría equipararse y tomar el mismo sentido que un menor *quantum*, pues en el ejemplo puesto anteriormente, si el legitimario, para percibir la parte disponible, debe renunciar a ejercitar la acción de complemento de la legítima, cuando dicha acción va encaminada a completar la cuota porque ha recibido menor porción de la que le corresponde, en realidad, estará recibiendo un menor *quantum* de legítima en compensación con un mayor *quantum* de libre disposición.

En lo referente a la alternatividad o al derecho de opción, no está clara su presencia, pues podría plantearse que el testador pretende conceder una atribución condicionada marcada por la renuncia a un derecho (acudir a la intervención judicial[61]). Si bien es cierto, el heredero puede elegir acudir o no a los tribunales al margen de lo moralmente justas que sean las consecuencias a las que deba enfrentarse.

– **Imposición por el testador de un gravamen:** no hay un gravamen en sentido estricto, pero sí en sentido amplio, pues la *Cautela Socini* puede redactarse imponiendo una condición o un modo[62].

[60] *Vid*. IV.8. Supuestos de impugnación que hacen la cláusula inoperante.

[61] Rodríguez-Rosado (*op. cit.*, pp. 180-182).

[62] En contra, Vallet de Goytisolo, J. B. (Panorama de Derecho de sucesiones, Civitas, Madrid, 1984, p. 643) niega que la cláusula prohibitoria se englobe dentro de la *Cautela Socini* porque la prohibición no tiene naturaleza de gravamen. Por su parte, Fernández de Bilbao y Paz, J. («De la prohibición de intervención judicial en herencias», *Revista Jado. Boletín de la academia vasca de derecho*, n.º25, 2013, pp. 462. y ss.) afirma que, aunque se defienda que *la Cautela Socini* se configura como un derecho de opción del sucesor, en realidad, es una institución del causante, sujeta a condición potestativa o mixta.

– **Imposición por el testador de la imposibilidad de decidir el mayor *quantum* sin gravamen:** este requisito está presente, pues el testador con esta cláusula establece dos consecuencias: acudir a la intervención judicial y recibir la legitima estricta (en caso de ser legitimario) o nada (si se es heredero voluntario), o no recurrir a los tribunales y recibir la mayor porción hereditaria (heredero forzoso) o recibir aquello en lo que se había sido instituido (heredero común). Distinto es que en ciertos supuestos, la cláusula no opere, pero el testador la configura como una doble vía de acción tasada en función del recurso, o no, a la autoridad judicial.

La inobservancia de algunos requisitos de la *Cautela Socini*, y la observancia parcial de otros, nos lleva a preguntarnos cuál es la verdadera naturaleza de esta cláusula.

2. Naturaleza jurídica: ¿Se trata de una cláusula prohibitoria como subtipo de *Cautela Socini*?

Las peculiaridades propias de este tipo de cláusulas nos adentran en un análisis sobre su naturaleza jurídica: ¿Se trata de una *Cautela Socini?* ¿De una cláusula prohibitoria en sentido estricto? ¿O se cataloga como una figura jurídica independiente?

Antes de 2014 el TS trataba a este tipo de cláusulas como prohibitorias y les aplicaba el mismo régimen. Así puede apreciarse en la STS 15 febrero 1911, donde la testadora prohíbe la intervención judicial en el testamento, y establece que quien acuda a los tribunales, será desheredado. El TS determina que el recurrente pide la nulidad del testamento, y el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos de nulidad declarada por la ley (art. 675.2). Lo mismo ocurre en la STS 8 junio 1999, el testador impone una cláusula prohibiendo la intervención judicial en su testamentaria, en caso de que algún heredero la promoviera quedaría reducida su participación en la herencia a la legítima. El TS determina que «*la prohibición de la intervención judicial en los espacios de la partición y distribución de bienes hereditarios, cuando dichos actos son efectuados por el testador o se atribuyen al contador-partidor, se admite, en general, como*

válida en la doctrina científica, pero si la partición adoleciera de algún vicio o lesionase derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio». Igualmente, en la STS 2 noviembre 2010 donde *«prohíbe el testador expresamente a los favorecidos en este testamento todo tipo de intervención judicial, debiendo efectuarse el reparto del caudal, las adjudicaciones pertinentes y la entrega de los legados caso de tener efectividad, de común acuerdo por todos ellos, quedando sancionado el contraventor de esta prohibición con la pérdida de todos los beneficios que a su favor pudieran resultar del presente testamento*[63]*»*.

Se admitían este tipo de cláusulas, salvo que el testamento o la partición adolecieran de vicios que determinaran la nulidad de los mismos declarada por la ley: si los sujetos destinados por el testador (albacea, contador-partidor) no cumplen con el contenido del testamento o la voluntad del testador incurriendo en dolo o culpa, si la cláusula lesiona los derechos legitimarios, si se vulneran normas imperativas…

Aunque ya pueden verse resquicios de aplicación del régimen de la *Cautela Socini* a las cláusulas que prohibían la intervención judicial, analizando si el ejercicio de una acción en protección de la legítima implicaría la activación de la cláusula en la STS 21 noviembre 2011, es en 2014[64] cuando el TS fija las directrices claves de la doctrina aplicable a estas cláusulas (claves insuficientes como explicaremos posteriormente).

La cláusula objeto de estudio no puede calificarse en sentido estricto como *Cautela Socini* tal y como la conocemos desde el punto de vista de la

[63] Fernández de Bilbao y Paz (*op. cit.*, pp. 438-440).

[64] Negando incluso los argumentos del recurrente que se basa en las SSTS 8 de junio 1999 y 15 febrero 1911 en relación con las de 1 junio 1946 , 29 enero 1955 y 25 abril 1963 que establecen que *«como la voluntad del causante constituye la regla principal en la sucesión testamentaria, la cuestión relativa a la prohibición de la intervención judicial en los ámbitos de la partición y distribución de bienes hereditarios, cuando dichos actos son efectuados por el testador o se atribuyen al contador partidor, se admite en general, pero si la partición adoleciera de algún vicio de nulidad o anulabilidad o afectase a derechos reconocidos en una norma imperativa puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio. De esta forma se pretende que se declare que la aplicación de la cláusula testamentaria de prohibición de intervención judicial de la herencia, so pena de pérdida de lo legado en el testamento no es una cláusula que de por sí sea contraria al principio constitucional de tutela judicial efectiva, sino que es plenamente válida y eficaz salvo que se oponga a alguna norma de carácter imperativo o impida la acción de nulidad o anulabilidad del testamento»*.

tradición jurídica y la visión clásica porque no atiende estrictamente a todos y cada uno de sus requisitos[65]. Sin embargo, tampoco la podemos tildar de cláusula prohibitoria, pues esta será válida siempre que la impugnación no tenga lugar por una nulidad declarada por la ley, (art. 792 CC en relación con art. 675 CC)[66], y este parámetro no siempre se cumple en este tipo de cláusula testamentaria, pues, como veremos, no siempre que el legitimario impugna en defensa de su legítima la cláusula queda inoperante, y la legítima es un derecho que al heredero forzoso le corresponde *ex lege*[67] y la protección de la misma se sustentan en normas imperativas.

Fajardo Fernández califica a este tipo de cláusula como prohibitoria, pero defiende que ambas categorías, cláusula prohibitoria y *Cautela Socini* no tienen por qué ser excluyentes, e incluir a la primera dentro de la *Cautela Socini*, dependerá de la amplitud con la que definamos a esta última. En sentido estricto, sería una categoría independiente y en sentido amplio una subcategoría de la misma. Afirma que no ve inconveniente en defender la segunda concepción, pero no deja claro su posicionamiento, aunque matiza que la calificación no va a ser la solución a los problemas que surjan[68].

Siguiendo esta última argumentación, entendemos que se trata de una cláusula que establece una prohibición, prohibición cuyo incumplimiento tiene consecuencias, pero una cláusula que presenta similitudes con la *Cautela Socini*, sin embargo, dista de la visión clásica de esta.

La posición adoptada por el TS no ha estado exenta de críticas doctrinales.

Sánchez Socias, defiende que *«la cautela socini pasa a ser la forma de denominar a todo tipo de sanciones testamentarias ligadas al ejercicio de*

[65] *Vid.* IV.1. Cumplimiento de los requisitos generales de validez de la *Cautela Socini*. Ya afirmaba Vallet de Goytisolo («Perspectiva…», *op. cit.*, p. 284) afirma que quedan fuera de las cautelas de opción compensatoria de la legítima las aquellas dirigidas a impedir toda impugnación del testamento o de la partición.

[66] Fajardo Fernández, J. («Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014 [5816/2014] en Yzquierdo Toslada, M. [coord.] *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil. 2013-2014*, vol. VI, 2016, pp. 732-733), Rodríguez-Rosado (*op. cit.*, pp. 180-182) considera que para determinar la validez de este tipo de cláusulas hay que acudir a los arts. del CC dedicados a los negocios jurídicos *mortis* causa condicionales y a algunas normas particulares como el art. 675.2. CC.

[67] *Vid.* IV. 8. Supuestos de impugnación que hacen la cláusula inoperante

[68] Fajardo Fernández (*op. cit.*, pp. 732-734).

cualquier acción dirigida a combatir el ámbito dispositivo ordenado por el causante haya o no herederos forzosos[69]*»*. No estamos conformes con esta precisión, pues que el TS se aparte de la visión clásica de la *Cautela Socini* para integrar en la misma otros supuestos o que matice la posibilidad de configurar la cláusula prohibitoria como *Cautela Socini*, no equivale a realizar una equiparación entre *Cautela Socini* y cualquier cláusula testamentaria impuesta en el testamento como manifestación de la libertad de testar, basta con recorrer la jurisprudencia desde 2014 hasta la actualidad para apreciar que por el momento no se ha extendido la calificación de *Cautela Socini* a otros supuestos semejantes ni se le ha dotado de esa generalidad que pretende el autor.

Por su parte Fajardo Fernández postula que el TS no desarrolla una doctrina correcta porque califica una cláusula prohibitoria como *Cautela Socini*, y no para *«entender mejor la primera aplicando las reglas de la segunda, sino para* atribuir *a la segunda reglas específicas de la primera»*, entendemos que no se muestra conforme con la argumentación jurídica y la forma de fijar doctrina por el TS, pues como se ha expuesto unas líneas más arriba no se muestra contrario a la posibilidad de incluir a la cláusula prohibitoria de la intervención judicial, conceptualmente, dentro de la *Cautela Socini*. Como expondremos, este autor no plasma más que una realidad existente y es que la doctrina fijada por el TS es cuanto menos incompleta[70].

No puede afirmarse que toda cláusula prohibitoria de intervención judicial sea *Cautela Socini*, pues esta última, deja abierta la posibilidad de optar, mientras que la prohibición de intervención judicial directamente impuesta, sería una cláusula prohibitoria *stricto* indubitativamente[71].

Podría defenderse que la cláusula objeto de estudio solo tiene naturaleza de *Cautela Socini* cuando afecta a un legitimario, y que, cuando afecta a un heredero voluntario, se trate de una cláusula propia, de atribución condicionada, no englobada dentro de la *Cautela Socini*. No obstante, independientemente del carácter o de cómo se catalogue a la misma, por el momento el TS ha establecido los mismos parámetros interpretativos para ambos supuestos.

[69] Sánchez Socías (*op. cit.*, p. 154) basándose en la STS septiembre 2014.

[70] Fajardo Fernández (*op. cit.*, p. 736), haciendo referencia a la STS 10 junio 2014.

[71] Siguiendo a Mondragón Martín, H. (*La legítima en el derecho español*, Tesis doctoral, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2019, pp. 229-230), no obstante, otra cuestión es la referente a la validez de una cláusula prohibitoria de estas características.

En definitiva, el TS podría estar ampliando los supuestos contenidos bajo dicha cautela, y abarcando una definición más amplia de la misma[72], o también la diferencia podría estribar en considerar como cláusula prohibitoria aquella bajo un tenor afín al siguiente «se prohíbe la intervención judicial en contiendas derivadas de esta herencia o testamento», sin establecer consecuencias, y considerar que se configura como *Cautela Socini* cuando se dispone una consecuencia, «se prohíbe la intervención judicial y quien acuda a ella recibirá solo la legítima estricta o perderá la parte hereditaria en la que había sido instituido» (según se trate de un legitimario o un heredero voluntario, a institución de heredero o legatario); pues esto último estaría dando pie a que el heredero tuviera una doble vía de acción. Tendremos que esperar a próximas resoluciones del TS en la materia para ver qué posición adopta, pero, por las premisas marcadas entendemos que solo caben dos opciones, o que la cláusula prohibitoria de intervención judicial se adentra conceptualmente como un subtipo o categoría de la *Cautela Socini* o que la misma puede configurarse como tal.

3. Posibilidad de acudir a los tribunales en contiendas derivadas del testamento o de la partición hereditaria

Podemos distinguir dos supuestos: el recurso a la intervención judicial en defensa de la legítima y el recurso a la intervención judicial en defensa del resto de atribuciones testamentarias (impulsado por un heredero forzoso o por un heredero voluntario).

[72] Sánchez Socías (*op. cit.*, pp. 154-157). Fernández de Bilbao y Paz (*op. cit.*, p. 440) afirma que se admite la *Cautela Socini* para introducir prohibiciones de intervención judicial en la partición de la herencia o en contiendas surgidas del testamento y considera (pp. 462 y ss.) que la prohibición de intervención judicial bajo la forma de *Cautela Socini* es válida, aunque se puede discutir su eficacia. Esta definición más amplia de *Cautela Socini* puede apreciarse en las resoluciones del TS: en la STS 2 noviembre 2010, el TS no trata como *Cautela Socini* a una cláusula con el siguiente tenor: "*Prohíbe el testador expresamente a los favorecidos en este testamento todo tipo de intervención judicial, debiendo efectuarse el reparto del caudal, las adjudicaciones pertinentes y la entrega de los legados caso de tener efectividad, de común acuerdo por todos ellos, quedando sancionado el contraventor de esta prohibición con la pérdida de todos los beneficios que a su favor pudieran resultar del presente testamento*", y en la posterior STS 3 septiembre 2014 ante una cláusula redactada del siguiente modo *«Prohíbe la intervención judicial en su herencia y si alguno la reclamara, quedara, privado de cualquier derecho que el testador le haya legado, acrecentando su parte el caudal hereditario citado como remanente»*, la configura dentro de la figura de la *Cautela Socini.*

3.1. Impugnaciones en defensa de la legítima

Con objeto de diferenciar la posición jurídica del legitimario respecto a la del heredero voluntario y destacar su estatus jurídico diferenciado, el TS fijó en SSTS 15 junio 2007 y 21 noviembre 2011[73] dos premisas fundamentales:

De un lado: *«la legítima es intangible y el testador no puede limitar el contenido de la misma a través de la Cautela Socini»*. Y de otro: *«en todo caso, el testador no puede evitar ni sancionar el que acuda a la vía judicial el legitimario que se ve perjudicado en su legítima estricta»*.

Respecto a lo primero, dado el régimen protector y el carácter imperativo de las normas reguladoras de la legítima previstas por el CC, como hemos expuesto, no cabe gravamen directo sobre la legítima (a excepción de los casos permitidos), y uno de los requisitos que debe contener la *Cautela Socini* para ser válida es precisamente estar configurada como una alternativa para el legitimario, por tanto, este último siempre podrá optar por recibir el importe correspondiente a su cuota legitimaria libre de cargas. El TS, así, está recordando la especial protección que merece la legítima en nuestro derecho.

Sobre la segunda, determina que siempre y cuando el legitimario requiriese de la intervención judicial para proteger su legítima, tendría derecho a percibir tanto esta como el resto de *quantum* de la herencia en el que había sido instituido, sin aplicarse la opción restrictiva de la cautela.

[73] Declara que no puede considerarse infringida la prohibición de acudir a la intervención judicial, y, por consiguiente, atribuirse solo la legítima estricta en caso de que los herederos forzosos ejerciten la acción de reducción de donaciones inoficiosas y rescisoria de la partición con objeto de defender su legítima. Toma como referencia la STS 19 de noviembre de 1901 que expone: "*la cláusula testamentaria prohibitiva de la intervención judicial bajo la pérdida de los derechos hereditarios adquiridos en virtud del testamento por el heredero... que promoviere juicio de testamentaría o suscite reclamación judicial de cualquier clase no es aplicable al caso de que, terminadas las operaciones testamentarias, uno de aquellos demandase un derecho no procedente de la voluntad del testador sino de la ley...*". Por su parte, Fernández de Bilbao y Paz (*op. cit.*, p. 56) indica que *«como toda disposición sucesoria encuentra sus límites en la legítima, y no puede impedirse la reclamación judicial frente a una posible lesión en los derechos legitimarios»*, pero añade que «*el causante siempre puede recurrir a hacer efectiva su prohibición de modo que el sucesor que la contradiga reduzca su derecho al estrictamente legitimario*». Por tanto, defiende una posible aplicación de la cautela cuando el legitimario reclame su legítima. Por su parte, Echeverría de Rada (*op. cit.*, pp. 2593-2619) considera que el testador no puede eludir a través de la *Cautela Socini* el cumplimiento de las normas imperativas y califica de limitaciones ilícitas a *«las prohibiciones de litigar cuando los legitimarios impugnen actos en perjuicio de sus legítimas»*.

En las SSTS 17 enero 2014 o 10 de junio 2014, se analizan las dos perspectivas de la legítima: como límite a la libertad dispositiva y distributiva del testador y como derecho subjetivo del legitimario, respecto a la primera se entiende que la *Cautela Socini* es válida y admisible, en lo que versa a la segunda se introduce el parámetro para determinar cuándo opera la cláusula de prohibición de intervención judicial. *«Hay que tener en cuenta que el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la Cautela Socini»*. El TS consagra así el siguiente parámetro interpretativo: **aquellos contenidos impugnatorios que se dirijan a combatir el ámbito dispositivo y distributivo del testador incurren en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta.**

Tomando en consideración la exposición previa, en 2014, el TS introduce un cambio doctrinal fundamental, y es que determina la posibilidad de que la cláusula opere y se aplique la opción restrictiva de la cautela, recibiendo el heredero forzoso exclusivamente la legítima estricta cuando se ejercita una acción en defensa de la misma. No obstante, no hay razonamiento jurídico previo para esa determinación y es que simplemente se concluye que la impugnación efectuada por el heredero forzoso (una acción de complemento de la legítima) contraría el ámbito dispositivo y distributivo del testador[74].

[74] Como afirma Sánchez Socías (*op. cit.,* pp. 154-157) el cambio de doctrina carece de razonamiento y explicación y provoca *«el desconcierto del justificable y de la comunidad jurídica».* Fajardo Fernández (*op. cit.*, p. 736), critica la resolución y la tacha de contradictoria y paradójica: *«no se ve por qué se les debe sancionar por pedir el mínimo legal; pero tampoco se ve cómo se les puede aplicar una sanción que consiste en darles precisamente aquello que pedían»*. En el mismo sentido, Echeverría de Rada (*op. cit.,* p. 2602-2605), llega más allá, afirmando que el TS no respeta en su resolución las normas imperativas que protegen las legítimas. La SAP Bilbao marzo 2018 hace alusión a la polémica doctrinal (todavía sin resolver) que ha creado la STS 10 de junio 2014. La STS 21 abril 2015 reproduce la misma solución en un supuesto en el que se ejercita (por la sobrina adoptada de la causante) la acción de complemento de la legítima alegando que testó bajo la vecindad civil común y le corresponden 2/3 de la herencia. El TS determina que sea calificada la acción ejercitada como acción de suplemento o como acción de rescisión de la partición, se dirige a combatir el ámbito dispositivo y distributivo del testador y comporta la atribución de la legítima estricta a la demandante (recurrente).

3.2. Impugnaciones no destinadas a la defensa de la legítima

Podemos englobar como un mismo supuesto de análisis la reclamación que efectúa un legitimario sobre contiendas surgidas en la partición o en el testamento planteando cuestiones que no tengan que ver con la legítima, y las reclamaciones que realiza un heredero no forzoso sobre aspectos relacionados con la parte de la herencia en la que ha sido instituido. Cronológicamente, podemos encontrar los siguientes pronunciamientos:

En la STS 3 septiembre 2014, es la primera ocasión en la que se disocia el concepto de *Cautela Socini* del de legitimario y se amplía su ámbito de aplicación. El testador, sin herederos forzosos, instituye herederos universales por mitad a dos sujetos, y ordena varios legados. La solicitud de intervención judicial viene iniciada por el padre de una de las legatarias reclamando la entrega de un legado y afirmando que el albacea ha declarado ineficaz su legado por iniciar un proceso de destitución del mismo al considerar que obstaculizaba dichos legados. El TS circunscribe el análisis jurídico a determinar, si surte efecto, o no, la cláusula prohibitoria de intervención judicial ante la reclamación del heredero voluntario y este queda privado de la institución testamentaria, Analizando, según los parámetros que utilizó en la STS 10 junio 2014, si el fundamento del contenido impugnatorio se dirige a combatir el ámbito dispositivo y distributivo del testador, o irregularidades del proceso de ejecución testamentaria.

Determina que el contenido impugnatorio contraviene lo dispuesto por el testador y entra de lleno en su ámbito dispositivo y distributivo, por tanto, el legado es declarado inexistente, pues no hay conductas dolosas o negligentes en el albacea que justifiquen recurrir a la autoridad judicial.

En la STS 25 de abril 2018 se adopta la postura contraria, pero en base a los mismos criterios. La recurrente impugna cuestionando la actuación del albacea-contador-partidor, ya que la testadora encomendó la liquidación de la sociedad conyugal y partición conjunta de la herencia de su cónyuge premuerto y la suya. El TS determina que el fundamento impugnatorio no tiene por objeto combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador porque la recurrente no tiene voluntad de atentar contra dicho ámbito.

Por su parte, en la STS 19 julio 2018[75] se resuelve un supuesto jurídico en el que el causante fallece sin descendientes y soltero, dispone varios legados y nombra herederos universales a un convento y a un heredero por mitad, incluyendo la prohibición de intervención judicial. Nombra contador-partidor. El sobrino del causante y los demás herederos del hermano fallecido del testador interponen acción de reclamación de un legado. Dictamina el TS que los herederos no solo habían iniciado un pleito pidiendo la entrega y posesión del legado, sino otros tantos, y estos son los que se habían promovido con fundamento de atentar al ámbito dispositivo y distributivo del testador.

Posteriormente, la SAP Valladolid 17 octubre 2019 consideró que el testador introdujo la cláusula para ser aplicada en caso de que los herederos no respetasen el legado (usufructo vitalicio de todos los bienes de la herencia) efectuado a favor de su mujer, y los accionantes promueven procedimiento de división de la herencia de su padre, teniendo el conflicto jurídico con su hermana y no con su padre, por tanto, la cláusula queda inoperante al no contrariar el ámbito dispositivo y distributivo del testador.

Del mismo año, la SAP Madrid 18 diciembre 2019 afirmó que el demandado no había incurrido en la causa de prohibición prevista en el testamento pues *«solo podría admitirse que se incurre en dicha prohibición por la impugnación del testamento y/o la promoción de litigios judiciales o extrajudiciales que afecten a su validez y ejecución»,* y lo que pretende es la adición en la partición.

Más actual, la SAP Madrid 12 abril 2021 dictamina que el testador con la cláusula de prohibición de intervención judicial pretende sancionar a quien viole lo dispuesto en el testamento, y este *«se limita a reconocer a la esposa del testador la cuota vidual legitimaria, a ordenar legado a favor de uno de los sobrinos del testador e instituir herederos a sus sobrinos, pero sin disponer atribución de bienes alguna. Por lo que teniendo en cuenta que el testamento sólo reconoce a la viuda su cuota legítima y no contiene atribución de bienes, tampoco cabe entender que*

[75] Las STSS 4 junio 2019 y 28 mayo 2020 conocen de procedimientos judiciales paralelos con el mismo fundamento, se basan en la misma doctrina y toman la misma determinación, la segunda sentencia por el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada.

la distribución en los términos pretendidos en la demanda ataque disposición testamentaria en sentido estricto atendida la interpretación literal del testamento, del que por otra parte no se desprende que fuera otra la voluntad del causante».

Finalmente, la más reciente, SAP Oviedo 7 junio 2021, en un supuesto en el que se ejercita la acción de complemento de la partición (demandado impugna respecto a la calificación de los bienes y previsión testamentaria, relacionada con el reparto del aumento de valor de determinadas fincas por expropiación distinta realizada por perito), determina que no cabe la aplicación de la cautela, pero no porque dicha acción hace que la cláusula no opere, no entra a valorar si opera o no la doctrina fijada por el TS sino que considera infundado aplicar la sanción en base a *«un argumento que no fue objeto de controversia en el momento procesal oportuno cuando el demandado se opuso a la calificación de fincas de la herencia»*.

En una primera aproximación, de la doctrina fijada por el TS en 2014 pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Se respeta el principio de conservación del negocio jurídico: *favor testamenti* o *favor partitionis.*
- En 2014 el TS introduce un cambio fundamental en la materia, y es que, la legítima no goza de un papel diferenciador en la aplicación de la cautela. El heredero forzoso ya no dispone de un estándar protector superior por el mero hecho de serlo en este ámbito, se produce así una mayor equiparación del legitimario al heredero común o voluntario. Se trata de una manifestación más de las tendencias reformistas que promulgan un cambio del sistema de cuotas legitimarias previsto en el CC en pro de la libertad de testar.
- El mero recurso a la intervención judicial no implica que se produzca el incumplimiento de la prohibición de intervención judicial.
- Se establecen dos parámetros a tener en cuenta para determinar la aplicación de la cláusula de prohibición de intervención judicial y sus efectos: la interpretación del ámbito dispositivo y distributivo del testador y la averiguación de la voluntad del impugnante.

- Las impugnaciones que no tengan ese fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan a la aplicación de la cláusula.
- Hay determinados supuestos impugnatorios que no implican la aplicación de la cláusula y la hacen inoperante.

Conviene analizar, más en profundidad, los aspectos mencionados.

Respecto a las tendencias reformistas: *Vid.* II. 1. Contexto jurídico-sucesorio actual. Libertad de testar y derechos legitimarios.

4. Principios *favor partitionis* y *favor testamenti*

Estos principios se plasman de forma implícita, pues en ninguna STS se nombran. Al dar primacía y amplitud a la libertad del testador, se actúa, conforme a los principios de *favor partitionis* y *favor testamenti.*

El principio *favor partitionis* o de conservación de la partición determina que la partición hereditaria debe mantenerse evitando, siempre que sea posible la nulidad, anulabilidad o rescisión de la misma[76].

Por su parte, el principio *favor testamenti*, implica que, en caso de duda, siempre se tenderá a mantener el testamento, evitando en lo posible, la declaración de su ineficacia[77].

Los tribunales tienden a ampliar el ámbito de la libertad de testar y dar primacía a la voluntad del testador como elemento condicionante de nuestro sistema sucesorio.

[76] Entre otras: SSTS 2 julio 1904, 5 mayo de 1933, 14 febrero 1985, 7 noviembre 2006, 12 junio 2008, 12 marzo 2009, 30 octubre 2012, 10 diciembre 2014, 16 junio 2015 y 4 mayo 2016.

[77] Entre otras: SSTS 26 septiembre 1988, 27 noviembre 1995, 26 abril 2008, 30 octubre 2012, 15 enero 2013, 18 mayo 2015 y 28 septiembre 2018.

5. Averiguación de la intención del impugnante: el fundamento impugnatorio

Como se ha plasmado, uno de los criterios establecido por el TS en 2014 para determinar la aplicación de la cláusula prohibitoria de intervención judicial configurada como *Cautela Socini,* es el fundamento del impugnante al solicitar la intervención judicial.

Consiste en analizar el motivo por el que el impugnante acude a los tribunales, y determinar si su intención va encaminada a trasgredir el ámbito dispositivo y distributivo del testador, y solo en ese caso, se aplicará la cláusula (fuera de los demás supuestos en los que la cláusula no surte efecto[78]).

Sin embargo, el TS no aclara qué criterios o reglas seguir para averiguar la voluntad o el fundamento del impugnante. Para evitar contradicciones, deben fijarse unos parámetros interpretativos comunes, la ausencia de estos parámetros puede conllevar riesgos desde el punto de vista jurídico.

Un claro ejemplo de la materialización del conflicto jurídico se muestra en el supuesto de hecho de impugnaciones dirigidas contra la actuación del albacea: la STS 3 septiembre 2014 determina que, como la recurrente cuestiona la actuación del albacea y como no se detectan conductas dolosas o negligentes en éste, el fundamento del contenido impugnatorio va encaminado a contradecir el ámbito dispositivo y distributivo del testador. El TS considera que las pretensiones del impugnante carecen de fundamento. Pero, posteriormente, la STS 25 abril 2018 dictaminó, en un supuesto donde el impugnante cuestionaba la nulidad de las actuaciones del albacea, que el fundamento del contenido impugnatorio no era contravenir el ámbito dispositivo y distributivo del testador, sino, denunciar irregularidades del proceso de ejecución testamentaria, que la impugnante creía existentes.

Lo mismo ocurre en los casos de ejercicio de la acción de suplemento o complemento de la legítima: en la STS 21 noviembre 2011 se determina que la cautela no es aplicable cuando se reclama la legítima estricta, sin

[78] *Vid.* IV.7. Supuestos de impugnación que hacen la cláusula inoperante.

embargo, en la STS 10 junio 2014, se afirma que sí, porque se atenta contra el ámbito dispositivo y distributivo del testador[79].

Bien es cierto que en este segundo supuesto podría alegarse que, tal y como hemos expuesto anteriormente[80], el TS está cambiando su doctrina, pero, la está modificando sin argumentación jurídica, y no establece unos parámetros para interpretar cuándo considerar que el fundamento del impugnante atenta contra el ámbito dispositivo y distributivo del testador, y cuando no.

En ocasiones es difícil saber exactamente cuál es la intención de un sujeto a la hora de realizar un acto jurídico, no obstante, al igual que contamos con diferentes premisas para interpretar la voluntad de testador (art. 675 CC desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina) sería recomendable que el TS fijara una serie de parámetros para atender a la voluntad del impugnante, o al menos explicar jurídicamente y minuciosamente su decisión en cada una de las resoluciones, pues de esa manera podríamos comprender o empezar a definir en qué elementos basarnos para determinar la intención del heredero o legitimario que acude a los tribunales. Pudiera pensarse en la actuación con buena o con mala fe, mas el TS solo utiliza los términos justificado e injustificado[81]. ¿Qué debemos entender por justificado? ¿Dependerá entonces de la rigurosidad del relato del recurrente y de la credibilidad que muestre acerca de sus pretensiones? ¿Dependerá de las acciones previas del recurrente? Según la Real Academia Española[82] justificado equivale a «conforme a justicia y razón» nos encontramos con otros dos conceptos difícilmente definibles, impregnados por décadas y siglos de debate acerca de su concreción y sentido universal. Recordemos la teoría sobre la justicia de Aristóteles, partidario de defender dos vertientes de la misma, la universal y la particular y a su vez, comprendiendo esta última, se haya la justicia

[79] Como afirma Fajardo Fernández (*op. cit.,* p. 736), en este supuesto las impugnantes reclaman la legítima exclusivamente, y el TS considera que la acción de suplemento entra de lleno en el ámbito dispositivo y distributivo del testador, y supone la aplicación de la cautela, lo que conlleva la atribución de la legítima que es exactamente lo que las impugnantes reclamaban, califica la situación como una paradoja.

[80] *Vid.* IV.3.1. Impugnaciones en defensa de la legítima.

[81] Echeverría de Rada (*op. cit.*, p. 2605), afirma, refiriéndose a la STS 10 junio 2010, que para que la cláusula prohibitoria alcance efectividad se requiere, o que el legitimario actúe sin fundamento suficiente, o que actúe contrariando el ámbito dispositivo y distributivo del testador.

[82] *Vid.:* https://dle.rae.es/

distributiva y la justicia correlativa. Siguiendo al precursor (junto a Platón) de la filosofía occidental, la justicia universal tiene su fundamento en el bien del prójimo y de la comunidad y la justicia particular se funde con el derecho de cada individuo[83]. Creemos que se debe tomar una concepción de justicia similar a la aristotélica de justicia universal, bien si nos planteamos si quiera la posibilidad de fijar cientos de justicias individuales, el resultado no podría desencadenar en algo distinto a un cúmulo de contradicciones, lo que precisamente se pretende evitar con la interpretación jurídica. Similar ocurre con el termino razón, para evitar cualquier tipo de conflicto, debiera establecerse un símil a lo expresado por Kant en *Crítica de la razón pura,* conformándose unas máximas comunes, lo que a lo largo de la historia y evolución jurídica y filosófica, ha quedado cuanto menos como complejo y dudoso.

Por tanto, cabe defender en última instancia que para determinar el fundamento del contenido impugnatorio y el carácter justificado o injustificado de la actuación del impugnante se realiza una interpretación global y basada en elementos extrínsecos que rodean el contexto jurídico, como la existencia de pleitos anteriores[84].

6. Ámbito dispositivo y distributivo del testador

El TS tampoco establece limitación ni amplitud sobre qué debe entenderse por ámbito dispositivo y distributivo del testador, y, por tanto, queda configurado como un concepto técnico-jurídico abstracto e indeterminado. Indudable es que por ámbito dispositivo y distributivo no puede entenderse libertad de testar, pues uno de los límites con los que esta última cuenta son las legítimas, y en alguna resolución, el TS ha determinado que el ejercicio

[83] Garcés Giraldo, L. F. («La justicia aristotélica: virtud moral para el discernimiento de lo justo», en *Indivisa* Boletín de Estudios e Investigación, n.º 4, La Salle Centro Universitario España, Madrid, 2014, pp. 44-52).

[84] En la STS 3 septiembre 2014 se dispone el TS que: «*tal y como alega la parte recurrente, la aplicación de la Cautela Socini en el presente caso no guarda relación con el carácter justificado o no del ejercicio de la acción de petición del legado, sino que trae causa de la previa intervención judicial provocada por la legataria en su demanda de remoción o separación del cargo del albacea, contrariando de esta forma lo dispuesto por el testador*». En el mismo sentido lo trata la STS 19 julio 2018.

de la acción de complemento de la legítima contraría el ámbito dispositivo y distributivo del testador[85].

Así el TS podía haberse basado en la intención del testador, y reconstruirla, conforme a los criterios de interpretación de la voluntad testamentaria, dictaminando que, si el impugnante acudía a los tribunales para cumplir dicha voluntad, la cautela quedaría inoperante y el caso contrario, determinaría su aplicación. Es a partir de 2019 cuando las Audiencias Provinciales, comienzan a perfilar la doctrina fijada por el TS en dicha línea, se introduce así, un elemento fundamental para comprender el significado atribuible al término ámbito dispositivo y distributivo del testador: la conformidad de la actuación del impugnante con el objetivo del testador al imponer la cláusula. No debemos olvidar que, en ocasiones, para averiguar ese objetivo, será fundamental efectuar una interpretación del testamento[86].

No obstante, recordemos que se trata de un simple resquicio que aporta algo de claridad en la materia, pero todavía queda mucho desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

7. Supuestos de impugnación que hacen la cláusula inoperante

Siguiendo la doctrina fijada por el TS en 2014, la cláusula carecerá de efecto y el impugnante recibirá la cuota hereditaria en la que había sido instituido, en los siguientes supuestos:

– Cuando se ejercite una acción de petición de legado aislada, se trata de un derecho a recibir del testador[87].

[85] STS 10 de junio 2014.

[86] *Vid.* SAP Madrid 12 abril 2021, SAP Valladolid 17 octubre 2019 y SAP Madrid 12 abril 2021. Recordemos que el art. 675 CC recoge las reglas base para interpretar un testamento: «*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*». Primero debemos atender al sentido gramatical del testamento, después a la verdadera voluntad del testador y por último, a lo que parezca más conforme con la voluntad del mismo. Sobre los criterios fijados por el TS para interpretar el testamento: *vid.* SSTS 14 octubre 2009, 27 junio 2010 y 18 mayo 2012 y Díaz de Lezano Sevillano, I. («La interpretación testamentaria en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo», en «Reflexiones sobre la cautela socini», en Cabanillas Sánchez, A. [coord.] *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 5200- 5220).

[87] *Vid.* SSTS 3 de septiembre de 2014 y 19 de julio de 2018.

- En impugnaciones que no contraríen el ámbito dispositivo y distributivo del testador. Se configura así una cláusula abierta.
- En impugnaciones dirigidas a denunciar irregularidades propias del proceso de ejecución testamentaria, como son: omisiones de bienes hereditarios, adjudicación de bienes sin previa liquidación de la sociedad legal de gananciales, inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida (entre otras)[88]. En una primera aproximación, por irregularidad testamentaria se entiende cualquier error o anomalía del proceso testamentario o particional, pero la acción de complemento de la legítima podría ejercitarse sobre la base de una irregularidad y el TS para valorar la aplicación de la cláusula se basa en el fundamento impugnatorio y su intromisión en el ámbito dispositivo y distributivo del testador[89]. En otras resoluciones se deja ver que la intención del impugnante tiene relevancia en el sentido de determinar si dicha intención era denunciar irregularidades (aunque luego no existan) o era contrariar el ámbito dispositivo y distributivo del testador[90]. Por tanto, o el TS está adoptando un concepto distinto de irregularidad o la existencia de una irregularidad en el proceso de ejecución testamentaria, por sí sola, no hace inoperante la cláusula.
- Si se impugnan actos contrarios a las leyes.
- Si se denuncia un delito.
- Además, no desencadenan la aplicación de la cautela, aquellas impugnaciones por motivos diferentes a los incluidos en la prohibición impuesta por el testador[91].

[88] El TS pone ejemplos de irregularidades, pero no queda claro el concepto de la misma y los supuestos que engloba.

[89] STS 10 junio 2014.

[90] En la STS 25 abril 2018 se plasma que, si se reclama la remoción de albacea o la nulidad de sus actuaciones, la aplicación de la cláusula dependerá de la intención del impugnante y si esta iba encaminada a denunciar lo que él creía que eran irregularidades propias del procedimiento de ejecución o si dicha intención se considera injustificada. *Vid.* STSS 3 de septiembre 2014, 25 de abril 2018, 19 de julio 2018, 3 junio 2019. Anteriormente, el TS determinaba que la impugnación de la actuación o falta de actuación del albacea debía permitirse y no podía prohibirse, porque toda disposición del testador contraria al art. 907 CC es nula. (STSS 5 enero 1911 y 4 junio 1932).

[91] Casado Casado, B. («La cautela socini y su posible consideración como sanción de derecho privado. La relevancia de esta consideración desde el punto de vista práctico», en Murga Fernández, J. P., Hornero Méndez, C. [coords.] *Las legítimas y la libertad de testar*, Thomson

Estamos conformes con Fajardo Fernández, la situación puede convertirse en una paradoja, la cláusula prohibitoria sanciona tanto las prohibiciones admitidas como las prohibidas por el derecho, para poder salir de dicha paradoja, se debe realizar una división entre qué impugnaciones se pueden prohibir y qué impugnaciones no implicarán la aplicación de la cláusula, porque *«una interpretación demasiado amplia de lo que se puede prohibir reducirá a la nada las posibilidades de impugnar, mientras que una interpretación demasiado amplia del concepto de nulidad reducirá a la nada la cláusula prohibitoria»*[92]. Debe establecerse un equilibrio entre ambas opciones para que la cláusula prohibitoria actúe como un mecanismo facilitador de la libertad de testar sin que el derecho a la tutela judicial efectiva se vea perjudicado o anulado.

8. La libertad de testar *vs* la tutela judicial efectiva

Podemos preguntarnos si el hecho de que el testador introduzca en el testamento una cláusula que prohíbe la intervención judicial y que atribuye consecuencias al heredero o legitimario que acuda a la misma (privación o limitación de la cuota testamentaria en la que había sido instituido) supone una intromisión en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues este se está limitando y condicionando.

El art. 24 CE recoge el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y comprende a su vez, varios derechos:

- Derecho a no sufrir indefensión.
- Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.
- Derecho a la defensa y a la asistencia letrada.
- Derecho a ser informados de la acusación formulada.
- Derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas.

Reuters-Aranzadi, Navarra, 2019, p. 329). Igualmente: SAP Valladolid 17 octubre 2019 y SAP Madrid 12 abril 2021.

[92] Fajardo Fernández (*op. cit.*, pp. 732-734).

- Derecho a un proceso con todas las garantías.
- Derecho a utilizar los medios de prueba para su defensa.
- Derecho a no declarar contra sí mismos.
- Derecho a no confesarse culpables.
- Derecho a la presunción de inocencia.
- Derecho a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos por razón de parentesco o secreto profesional en los casos regulados por la ley.

EL TC ha determinado y aclarado, el contenido de ese artículo, reconociendo, además, los siguientes derechos[93]:

- Derecho de acceso a los tribunales[94].
- Derecho a no sufrir jamás indefensión: derecho a la defensa contradictoria[95].
- Derecho a obtener una resolución motivada sobre el fondo del asunto[96].
- Derecho a utilizar todos los recursos previstos por las leyes procesales[97].
- Derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la ejecución de las mismas[98].

En lo que aquí respecta, las cláusulas testamentarias que conllevan la prohibición de intervención judicial podrían colisionar con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la justicia.

[93] Chico de la Cámara., P. (*et. al*.), «Ejercicio profesional del abogado», en Belén Campuzano, A., Enciso Alonso Muñumer, M. (coords.), *Ejercicio profesional de la Abogacía,* Memento Práctico, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 194-203.

[94] *Vid*. STC 28 abril 1998.

[95] *Vid*. STC 30 marzo 2000.

[96] *Vid.* STC 23 marzo 2004.

[97] *Vid*. STC 8 octubre 1985.

[98] *Vid.* STC 11 octubre 1999.

Si se prohíbe la intervención judicial tajantemente y sin consecuencias asociadas, podría ser más sencillo apreciar esa vulneración porque el causante trata de prohibir un derecho subjetivo público, el derecho a la acción frente a los juzgados y tribunales. Se está prohibiendo el derecho de acceso, que forma parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva[99]. El testador puede imponer términos, condiciones o modos, siempre que no sean contrarios a las buenas costumbres, imposibles o prohibidos por la ley, en cuyo caso se tendrán por no puestos (arts. 790-805 CC), por tanto, habría que analizar cada caso concreto para determinar si se produce una vulneración del derecho fundamental.

Pero la cláusula de prohibición de intervención judicial, configurada por el testador como *Cautela Socini*, constituye una especie de intromisión en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero, ¿se ve limitado por imposición unilateral del testador o es consecuencia de la actuación del heredero o legitimario?

Para Fernández de Bilbao y Paz lo que nunca puede impedirse en virtud de esta cláusula es la protección de la legítima, es decir, ejercitar acciones para su defensa (incluso las destinadas a calcular la misma)[100], el TS ha determinado que el legitimario puede verse sancionado con recibir solo la legítima estricta y perder el resto de la herencia en que el testador le había instituido por ejercitar una acción en defensa de su legítima. Por tanto, una cláusula que prohíba la intervención judicial específicamente para la defensa de la legítima, sí que vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero una cláusula que establezca consecuencias a una impugnación, no.

La STS 3 de septiembre de 2014 responde al interrogante al establecer que «*se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que la* Cautela Socini*, válidamente configurada por el testador, no se opone ni entra en colisión con los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva consagrados en el artículo 24 CE, de forma que no está sujeta a*

[99] De Bilbao y Paz, J. («De la prohibición de intervención judicial en herencias», en *Revista Jado. Boletín de la academia vasca de derecho*, n.º 25, Bilbao, 2013, p. 417).

[100] Fernández de Bilbao y Paz (*op. cit.*, pp. 262 y ss.). Igualmente, Echeverría de Rada (*op. cit.*, pp. 2602-2607).

una interpretación restrictiva más allá del marco legal de su respectiva configuración[101]».

De esta doctrina se extraen dos premisas importantes[102]:

- El TS hace referencia a la *Cautela Socini* «válidamente configurada» por el testador, pero no especifica qué es una configuración válida y que no.
- El TS se refiere a que la *Cautela Socini* debe interpretarse conforme al *«marco legal de su respectiva configuración»,* pero, no hay ninguna ley que la contemple, a excepción de algunos derechos forales que incluyen matices y del art. 820.3 CC (que en realidad es una institución diferente[103]).

En definitiva, el TS no explica el por qué no se produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y en concreto, del derecho de acceso a la justicia, se limita a afirmar que la *Cautela Socini* no constituye un fraude de ley y es válida al configurarse como una alternativa a elección del heredero o legitimario. Bastaría con haber afirmado que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva porque no se prohíbe tajantemente el acceso a la justicia, sino que se prevén las consecuencias de recurrir a los tribunales en función de la actuación del legitimario o del heredero y del supuesto jurídico del que se trate.

[101] Sánchez Socías (*op. cit.*, pp. 154-157) afirma que *«el TS está afirmando que la Cautela Socini no impone a los herederos o legatarios una renuncia ilegítima al derecho del art. 24.1. CE»*.

[102] *Ibidem*, pp. 154-157.

[103] Si bien hay partidarios de que la *Cautela Socini* tiene su origen, al menos implícito o extensible en el art 820.3 CC: Rivas Martínez (*op. cit.*, p. 1364) considera que el CC regula la *Cautela Socini* indirectamente en el art. 820.3, aunque tiene distinto origen. En el mismo sentido, Ragel Sánchez (*op. cit.*, pp. 145-146) afirma que la *Cautela Gualdense* o *Socini* tiene el cometido de ampliar el estrecho ámbito objetivo del art. 820.3. CC, pero la habilitación se consigue por otra ley distinta, la voluntad del testador. Por su parte, Rubio Garrido, T. («Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima», en Murga Fernández, J. P., Hornero Méndez, C. [coords.] *Las legítimas y la libertad de testar*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 326-331), defiende que es un precepto habilitador de la *Cautela Socini*, pero, tal y como se redactan estas cautelas ya no puede considerase que fundamente su validez. Cámara Lapuente (*op. cit.*, p. 427), afirma que la jurisprudencia admite la *Cautela Socini* con una interpretación amplia del art. 820.3. *Vid.* SSTS 6 mayo 2013 y 17 enero 2014.

9. El carácter de sanción

La cláusula testamentaria que estamos analizando, tiene cierto componente de sanción.

Podemos distinguir dos conceptos de sanción[104]:

- Amplio: cualquier consecuencia que contradiga la norma impuesta por el derecho civil.
- Restringido: medidas con finalidad punitivo-preventiva que impone el derecho civil.

La vertiente amplia, para el tema que estamos tratando, queda descartada, pues daría lugar a considerar sanción cualquier consecuencia contemplada por la normativa civil[105].

El TS califica en múltiples ocasiones a la prohibición de intervención judicial configurada como *Cautela Socini* de sanción[106].

---

[104] Siguiendo a Casado Casado (*op. cit.*, p. 318).

[105] *Ibidem*, pp. 318-319, que afirma que la adopción del concepto amplio de sanción desvirtúa el propio concepto de sanción.

[106] STS 3 septiembre 2014*: «particularmente de la configuración o alcance de su elemento condicionante como clave de la* ***sanción*** *impuesta», «que solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como* ***sanción*** *testamentaria. Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista», «la ejecución testamentaria que por ser contrarias a la norma quedaban fuera del* ***alcance sancionador de la cautela socini****». STS 10 junio 2014: «la subsiguiente reclamación de la legítima estricta por lo que la cláusula de la testadora que prohíbe la intervención judicial y que* ***sanciona*** *el quebrantamiento de la misma con la percepción exclusiva de la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la Ley...", que constituye el soporte único o básico para aplicar las* ***sanciones*** *establecidas en la cláusula novena, cláusula testamentaria sancionadora, lo que, debe analizarse es si procede aplicar al recurrente la sanción prevista en el testamento», «con la aplicación de la* ***sanción*** *testamentaria o cautela socini establecida por el testador en la cláusula novena de su testamento», «como lo es la eventual aplicación de la* ***sanción*** *testamentaria prevista por el causante», «en efecto, conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de* ***sanción,*** *la cautela socini, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación dispuesta», «de la delimitación señalada se desprende que la correcta relación que cabe establecer de los planos en liza es la de su complementariedad en el plano formal de la disposición testamentaria de la cautela, particularmente de la configuración o alcance de su elemento condicionante como clave de la* ***sanción***

La doctrina está dividida, pues una parte admite que la *Cautela* Socini pueda consistir en una sanción[107], y para otros, para ser válida debe contener un derecho de opción o condición[108].

Estamos conformes con la tesis mantenida por Casado Casado:

- Solo cabe relacionar la idea de sanción con la *Cautela Socini* cuando tiene por objeto recaer sobre la legítima estricta, pues el testador puede gravar o incluso privar totalmente de la mejora y la libre disposición sin justificación ni habilitación legal alguna.
- Además, solo puede asociarse *Cautela Socini* con sanción si se trata de privar parcialmente al heredero en su derecho, pero porque hay una habilitación legal que respalda esa privación, es decir, la *Cautela Socini* debe estar basada en una causa de desheredación. Y en realidad, sería más correcto hablar de desheredación parcial que de *Cautela Socini*. Fuera de estos supuestos, quedaría conformada como una condición o como un derecho de opción, pero no como sanción.
- En derecho civil, una sanción debe contar con un respaldo legal para poder aplicarse, y la *Cautela Socini* no goza de él, se engloba dentro del principio de libertad de testar[109].

impuesta», «contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como ***sanción*** *testamentaria, «escapan de la* ***sanción*** *prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas», « la de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente* ***sanción,*** *«entra de lleno en la prohibición impuesta y, por tanto, comporta la sanción prevista»*. Igualmente, el resto de resoluciones judiciales que siguen esta doctrina.

[107] Vázquez Lemos (*op. cit.,* pp. 470-473) admite que la *Cautela Socini* pueda adoptar diversas modalidades entre ellas la de sanción. En la misma línea, Fernández de Bilbao y Paz (*op. cit.,* p. 450) defendiendo que es admisible la *Cautela Socini* como modo de introducir prohibiciones con su correspondiente sanción. También, Fajardo Fernández (*op. cit.,* pp. 723-740), hace referencia, en todo el comentario a la idea de *Cautela Socini* como sanción. En el mismo sentido, Echeverría de Rada (*op. cit.,* pp. 2593-2619).

[108] Vallet de Goytisolo («Perspectiva…», *op. cit.*, p. 315) afirma que la redacción de la cautela como sanción o privación, es incorrecta, pero «*no basta que una redacción sea torpe o incorrecta para que, sin más deba reputarse inválida o inmoral. Hay que penetrar hasta el fondo de la disposición para juzgarla*». Igualmente, Rivas Martínez (*op. cit.*, p. 1366) y Ferrer Pons (*op. cit.*, p. 890).

[109] Casado Casado (*op. cit.,* pp. 323-327), que se refiere a la *Cautela Socini* en general, no en concreto a la prohibición de intervención judicial.

En definitiva, el TS utiliza el término sanción asociado a la idea de castigo por incumplir la voluntad del testador. El testador no goza de habitación legal para establecer una cláusula que determine que el legitimario o heredero que contravenga su voluntad acudiendo a la intervención judicial, verá reducida su porción hereditaria a la legítima estricta o quedará privado de su cuota, sino que puede hacerlo por el principio de libertad de testar[110]. No se trata de un derecho de opción en sentido estricto, pues no se da una opción al heredero entre acudir a la intervención judicial o no recibir nada en la herencia, o al legitimario entre acudir a la intervención judicial o solo recibir la legítima estricta, tampoco se trata de una atribución condicionada expresa, el testador no impone una que establezca que la atribución testamentaria quede condicionada a que el heredero no acuda a los tribunales, pero tiene más relación con estas figuras que con el concepto técnico-jurídico de sanción. Aunque en la práctica, en función de la doctrina adoptada por el TS, carece de relevancia el carácter que se le dé a este tipo de cláusula.

V. CONCLUSIONES

1. Uno de los principios fundamentales del derecho sucesorio es el de libertad de testar, dicho principio no es absoluto, su principal limite es la legítima, esta es intangible, cuantitativa y cualitativamente, esto implica que los herederos forzosos tengan derecho a recibir la legítima en el importe y en la forma prevista por la ley; los legitimarios tienen diferentes acciones para poder defender dicha intangibilidad.

2. La mayoría de la doctrina reclama una reforma del sistema legitimario, ampliando el ámbito de la libertad de testar, considerando que se han producido cambios en la solidaridad intergeneracional y la estructura familiar, y estos impulsos reformistas se plasman en las resoluciones del TS.

3. La intangibilidad cualitativa de la legítima se encuentra materializada en el art. 813 CC que prohíbe el gravamen sobre la misma, aunque contamos con algunas excepciones a esa prohibición, entre las cuales se encuentra la *Cautela Socini*. Esta cautela tiene precedentes históricos. Pese a las

[110] Aunque con límites: *Vid.* II.2. La protección de la legítima.

críticas doctrinales que ponían en duda la legalidad de la misma, hoy en día esta figura jurídica está plenamente asentada en la práctica, sin embargo, para ser válida debe cumplir una serie de criterios: atribución por el testador en concepto de legítima, oferta de un mayor *quantum* en sacrificio de un menor *quale* ofreciendo un derecho de opción, imposición de un gravamen e imposibilidad de exigir por el legitimario el mayor *quantum* y la legítima libre de gravamen.

4. El testador puede imponer en el testamento una cláusula en virtud de la cual prohíba a herederos y/o legitimarios solicitar la intervención judicial, y que el recurso a la misma suponga la pérdida de los derechos hereditarios o la atribución exclusiva de la legítima estricta para el heredero forzoso. Esta cláusula no cumple tajantemente con los requisitos de la *Cautela Socini,* el mayor *quantum* en sacrificio del menor *quale* no siempre está presente, no hay un derecho de opción en sentido estricto y en ocasiones, no hay una atribución en concepto de legítima. A pesar de las diferencias que encontramos, el TS o está ampliando la concepción de la *Cautela Socini*, incluyendo a la prohibición de intervención judicial como un subtipo o categoría de la misma o está permitiendo la configuración de la cláusula prohibitoria de intervención judicial como *Cautela Socini.*

5. El TS, en su doctrina fijada en las SSTS de 2014, toma en consideración el mismo criterio para determinar si surten efecto las consecuencias de la cláusula que prohíbe la intervención judicial, en impugnaciones interpuestas por un legitimario y por un heredero voluntario; si el fundamento del contenido impugnatorio es contrario al ámbito dispositivo y distributivo del testador, la cláusula se activa, y en caso contrario, no actúa. La aplicación del mismo parámetro jurídico al recurso a la intervención judicial del legitimario y del heredero voluntario deja entrever la primacía que adquiere la libertad de testar frente a los privilegios de los herederos forzosos, lo que puede traducirse en una consecuencia de las tendencias reformistas del derecho sucesorio reclamadas por la doctrina científica.

6. La jurisprudencia, tiende a actuar en línea con los principios *favor testamenti* y *favor partitionis.*

7. El TS no determina criterios para interpretar el fundamento del contenido impugnatorio, pero deja entrever que debe valorarse el carácter justi-

ficado o injustificado de la impugnación en relación con el contexto jurídico preexistente. Respecto al otro parámetro determinante para la aplicación de la cláusula, el ámbito dispositivo y distributivo del testador, tampoco hay desarrollo jurisprudencial exhaustivo, pero, a partir de 2019, las Audiencias Provinciales, están comenzando a profundizar el relato jurídico y atienden, a la voluntad testamentaria y a la interpretación del testamento. Aun así, habrá que esperar a posteriores resoluciones para apreciar si el TS añade claridad a la materia lo que sería recomendable para evitar contradicciones jurídicas.

8. Hay ciertas impugnaciones que no determinan la aplicación de las consecuencias de la cláusula de prohibición de intervención judicial (además de las que no contraríen el ámbito dispositivo y distributivo del testador): ejercicio aislado de la acción de petición de legado, denuncia de irregularidades propias del proceso de ejecución testamentaria (parámetro que también precisa de interpretación y concreción), adjudicaciones de bienes sin previa liquidación de la sociedad legal de gananciales, inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, omisión de bienes, impugnación de actos contrarios a las leyes, denuncia de un delito y aquellas impugnaciones por motivos diferentes a los incluidos en la prohibición que impone el testador. No obstante, no se ha establecido por el TS un listado cerrado, sino meros supuestos ejemplificativos.

9. La cláusula testamentaria que prohíbe la intervención judicial tratada como *Cautela Socini* no supone una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque no impide la intervención judicial, sino que atribuye consecuencias a la misma.

10. El TS configura la cláusula como sanción, pero según la regulación civil, no puede gozar de dicho carácter, aunque la conceptualización de esta cláusula como sanción o no, carece de relevancia en la práctica.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

Barrio Gallardo, A., «Hacia una mayor libertad de testar en el Código Civil: el derecho sucesorio de alimentos», *El largo camino hacia la libertad de testar*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 442-583.

Busto Lago, J. M., «Limitaciones del causante: legítimas y reservas», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Derecho de sucesiones,* Tecnos, Madrid, 2009, pp. 414-529.

—, «Comentarios al Código Civil», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.) *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013.

Cabezuelo Arenas, A. L., *Diversas formas de canalización de la cautela socini*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

—, «Reflexiones sobre la cautela socini», Cabanillas Sánchez, A. (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* Tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 5141-5157.

Cámara Lapuente, S., «El sistema legitimario del Código Civil Español 130 años después», en Pérez Gallardo, L. B. (coord.), *Hacia un nuevo Derecho de Sucesiones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, pp. 399-436.

Cañizares Laso, A., «Legítimas y libertad de testar», Herrero Oviedo, M. (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 245-269.

Casado Casado, B., «La cautela socini y su posible consideración como sanción de derecho privado. La relevancia de esta consideración desde el punto de vista práctico», en Murga Fernández, J. P. y Hornero Méndez, C. (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar,* Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 315- 333.

Castán Vázquez, J. M., «El derecho de sucesiones y las normas constitucionales», en Lacruz Berdejo, J. L, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo,* vol. II, Bosch, Zaragoza, 1992, pp. 1141-1160.

Chico de la Cámara., P. (*et. al*.) «Ejercicio profesional del abogado», en Belén Campuzano, A. y Enciso Alonso Muñumer, M. (coords.), *Ejer-*

cicio profesional de la Abogacía, Memento Práctico, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 11-231.

De la Cámara Álvarez, M., «La legítima», *Compendio de derecho sucesorio*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 247-311.

Delgado Echeverría, J., «Una propuesta política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte. Resultados y Análisis de la encuesta Final», *Derecho sucesiones: presente y futuro: XI [i.e. XII] Jornadas de Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006, Universidad de Murcia, Servicio Publicaciones, Murcia, 2006, pp. 13-172.

De Pablo Contreras, P., «Los herederos forzosos y su posición jurídica», en Pérez Álvarez, M. A. (coord.), *Derecho de Sucesiones. Curso de Derecho Civil,* reimpr. 1.ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 267-293.

Díaz de Lezano Sevillano, I., «La interpretación testamentaria en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo», en «Reflexiones sobre la cautela socini», en Cabanillas Sánchez, A. (coord.) *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 5200- 5220.

Díez Soto, C. M., «El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar», *Revista de Empresa Familiar*, vol. I, n.º 1, 2011, pp. 23-33.

Echeverría de Rada, M.ª T., «La cautela socini: Revisión de su concepción actual», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 781, 2020, pp. 2593-2619.

Espejo Lerdo de Tejada, M., «La rescisión de la partición» en *La partición convencional*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, pp. 273-304.

—, *Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Bosch, Madrid, 2020.

Fajardo Fernández, J., «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014 (5816/2014), en Yzquierdo Toslada, M. (coord.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil) (2013-2014*), vol. VI, 2016, pp. 723-740.

Fernández de Bilbao y Paz, J., «De la prohibición de intervención judicial en herencias», *Revista Jado. Boletín de la academia vasca de derecho,* n.º 25, 2013, pp. 407-485 (versión electrónica, ref. D.L./L.G.: BI-1677-03, pp. 1-70).

Ferrer Pons, J., «La intangibilidad de la legítima. Aspectos prácticos de aplicación de la «Cautela Socini»; la renuncia, la transacción o pactos sobre la legítima futura», en Monje Balmaseda, O. (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 881-912.

Galicia Aizpurua, G., «Legítimas y libertad de testar en el País Vasco» en «La legítima en el Código Civil», en Torres García, T. F. (coord.), *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 417-477.

Garcés Giraldo, L. F., «La justicia aristotélica: virtud moral para el discernimiento de lo justo», *Indivisa Boletín de Estudios e Investigación*, n.º 4, La Salle Centro Universitario España, Madrid, 2014, pp. 44-52.

García Rubio, M. P., Nieto Alonso, A., Herrero Oviedo, M., en «La legítima en el Código Civil», en Torres García, T. F. (coord.), *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 203-284.

Herrán Ortiz, A. I., «La protección de la legítima y su repercusión en el heredero y discapaz», en Monje Balsameda, O. (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 806-836.

Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones,* Dykinson, Barcelona, 1993.

López y López, A. M., «La garantía institucional de la herencia», *Revista de Derecho Privado y Constitución*, n.º 3 1994, pp. 29-62.

Lledó Yaguë, F., «Reforma del sistema legitimario y principio de libertad de testar», en Monje Balsameda, O. (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 650-718.

Martínez Espín, P., «Las legítimas y las reservas», en Carrasco Perera, A. (dir.), *Derecho de Sucesiones. Lecciones de Derecho Civil*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2014, pp. 175-214.

Miquel González de Audicana, J. M., «Reflexiones sobre la legítima», en Herrero Oviedo, M. (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 983-997.

Mondragón Martín, H., *La legítima en el derecho español*, Tesis doctoral, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2019.

O´Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Tomo V, 3.ª ed., Ramón Areces, Madrid, 2020.

Paniza Fullana, A., «La acción de complemento de la legitima», Monje Balsameda, O. (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 862-879.

Parra Lucán, M.ª A., «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *Anuario de Facultad de Dereito de Universidad de Coruña*, n.º 13, 2009, A Coruña, pp. 481-554.

—, «Las legítimas en la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil», en Murga Fernández, J. P. y Hornero Méndez, C. (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 193- 210.

Parra Lucán, M.ª A., Barrio Gallardo, A., «La legítima en derecho aragonés» en «La legítima en el Código Civil», Torres García, T. F. (coord.), *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 359-415.

Peña Bernaldo de Quirós, M., «La naturaleza de la legítima», *Revista Anuario de Derecho Civil*, vol. 38, n.º 4, pp. 849-908.

Pérez Ramos, C., «La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar», en Aguilar Ruiz, L., Argona Guajardo-Fajardo, J. L. y Cerdeira Bravo De Mansilla, G. (coords.), *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI: cuestiones actuales y soluciones de futuro*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 107-125.

Puig Brutau, J., *Compendio de Derecho Civil. Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, vol. IV, Bosch, Barcelona, 1991.

Ragel Sánchez, L. F., *La cautela gualdense o Socini y el artículo 820.3º, del Código Civil, Colecciones Monográficas de Derecho Civil. V. Derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2012.

Ramón Fernández, F., «Conceptualización, invalidez e inexistencia en el derecho», *Revista de Derecho Privado*, n.º 19, 2012, pp. 63-114.

Real Pérez, A., *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Montecorvo, Madrid, 1988.

Rivas Martínez, J. J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1358-1371.

Roca Sastre Muncunill, L. M., «Naturaleza jurídica de la legítima», *Revista de Derecho Privado*, vol. 26, 1944, pp. 184-209.

Roca Trías, E., «Una reflexión sobre la libertad de testar», en Herrero Oviedo, M. (coord.) *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 1245-1265.

Rodríguez-Rosado, B., «El legitimario ante las contravenciones de la legítima», *Heredero y Legatario*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 155-183.

Rubio Garrido, T., «Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima», en Murga Fernández, J. P. y Hornero Méndez, C. (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 141-160.

Sánchez Socías, L., «La constitucionalidad de la cautela socini y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima», *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 59, Madrid, 2015, pp. 154-157.

Torres García, T. F. y Domínguez Luelmo, A., «La legítima en el Código Civil», en Torres García, T. F. (coord.), *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 21-86.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 16. n.º 2, 1963, pp. 281-344.

—, «Significado Jurídico-Social de las Legítimas y de la Libertad de Testar», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 19, n.º 1, 1966, pp. 14-16.

—, *Panorama de Derecho de sucesiones*, Civitas, Madrid, 1984.

VAQUER ALOY A., «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2007, pp. 1-25.

—, «La legítima en el Derecho Civil de Cataluña» en «La legítima en el Código Civil», en TORRES GARCÍA, T. F. (coord.), *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 471-514.

—, «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2015, pp. 1-40.

VÁZQUEZ LEMOS, A., «La cautela socini: una duda existencial», en FUENTESECA, M. y NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *Derecho de sucesiones antiguas y nuevas controversias*, Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp. 455-473.

VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *La mejora en el Código Civil Español, Prólogo del Prof. Dr. Antonio Román García*, Dykinson, Madrid, 2003.

VILA RIBAS, C., FERRER VANDELL, M. P., MUNAR BERNAT, P., «La legítima en el derecho civil de las Islas Baleares» en «La legítima en el Código Civil», TORRES GARCÍA, T. F. (coord.), *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 291-357.

ZUBERO QUINTANILLA, S., «Ponderación de las limitaciones a la libertad de testar del causante. El sistema de legítimas en Aragón y en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV. n.º 2, 2017, pp. 55-81.

DE NUEVO, SOBRE LAS PAREJAS DE HECHO Y SU PERTINAZ VOLUNTAD DE SOMETERSE A UN RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL[1]

AGAIN, ON COUPLES IN FACT AND THEIR PERTINENT WILL TO SUBMIT TO A MARRIAGE ECONOMIC REGIM

Comentario a la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y de la Fe Pública de 21 de junio de 2021 (BOE 8 julio 2021)

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Resumen: En este trabajo, su autor, conforme a la doctrina asentada por la Dirección General frente a la doctrina científica mayoritaria, niega la posibilidad de que las parejas de hecho puedan, mediante pacto, someterse a cualquier régimen económico matrimonial,

[1] Obedece el título del presente trabajo (y ese "De nuevo" con que comienza), a que la cuestión en él tratada ya lo ha sido con anterioridad por la Dirección General, así como por el propio autor de este trabajo en otros anteriores suyos que aquí se actualizan en su cita doctrinal y jurisprudencial, aunque manteniendo la misma tesis que en aquellos otros anteriores (como son: "Parejas de hecho, pactos de convivencia y en previsión de posible ruptura, en España: *status quaestionis*", en la obra colectiva internacional *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, que el propio autor coordinó con los profesores Aguilar Ruiz y Arjona Guajardo-Fajardo, de la Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 61-81; y "¿Pueden las parejas de hecho someterse convencionalmente a un régimen económico matrimonial? (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de junio de 2018)", en *Revista (Aranzadi) de Derecho Patrimonial*, 2018, nº 47).

porque al no haber matrimonio, ni unión semejante, no puede haber los efectos económicos, ni personales, propios del matrimonio.

Palabras clave: Matrimonio, parejas de hecho, gananciales, régimen económico matrimonial, autonomía de la voluntad, seguridad jurídica, orden público.

Abstract: In this work, its author, according to the doctrine established by the General Directorate of Registries and Notaries in front of the majority scientific doctrine, denies the possibility that the *de facto* couples can by agreement undergo any matrimonial economic regime, because no marriage, no similar union, there can be no economic or personal effects of marriage.

Keywords: Marriage, couples in fact, earnings economic matrimonial regime, autonomy of the will, legal security, public order.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PARTICULAR: ¿PUEDEN LAS PAREJAS DE HECHO PACTAR SOMETERSE AL RÉGIMEN DE GANANCIALES, O A CUALQUIER OTRO?

II. SU —ACERTADA— SOLUCIÓN EN LA DIRECCIÓN GENERAL FRENTE A LA ACTUAL DOCTRINA MAYORITARIA
1. Las parejas de hecho y su consabida falta de analogía con el matrimonio
2. Ámbito de la autonomía de la voluntad en la determinación de los efectos —personales y patrimoniales— de la convivencia en las parejas no casadas
2.1. La dimensión personal o convivencial en las parejas de hecho: su natural moralidad —¿juridificable convencionalmente?—
2.2. La dimensión económica de las parejas de hecho: sus diversas opciones, la imposible remisión —en bloque— al régimen económico matrimonial, y la matizable remisión —aceptada por el Tribunal Constitucional— al régimen legal autonómico sobre parejas de hecho

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PARTICULAR: ¿PUEDEN LAS PAREJAS DE HECHO PACTAR SOMETERSE AL RÉGIMEN DE GANANCIALES, O A CUALQUIER OTRO?

En el caso que resuelve la RDGSGyFP de 11 junio 2018 (BOE 8 julio 2021), que aquí vamos a comentar, se trataba de una pareja de hecho registrada conforme a la legislación gallega sobre parejas no casadas, a la que los convivientes estaban aforados, y que, conforme permite la propia legislación gallega (en su Disposición adicional 3ª), pretendía inscribir un inmueble adquirido por compraventa como ganancial, a lo que el Registrador de la Propiedad se opuso.

Idéntico caso, aunque referido a una pareja de hecho registrada en Andalucía, conforme a su legislación, fue hace un tiempo resuelto en la RDGRyN de 7 febrero 2013 (RJ 2013, 2908), y luego, sobre un caso en que se aplicaba la ley vasca de parejas no casadas, en la RDGRyN de 11 junio 2018 (JUR 2018, 176586), cuya misma solución ha sido reiterada como doctrina oficial por la más reciente de 2021, lo que hace meritorio su comentario.

No es, sin embargo, tal doctrina oficial la mayoritaria aún hoy en la doctrina científica[2], lo que abunda en la necesidad de su estudio a fin de saber cuál de ambas, en nuestra opinión, parece la más acertada.

[2] Según puede verse, recientemente expuesta, por Barrio Gallardo, A., «Parejas de hecho, autonomía privada y régimen económico-matrimonial», en Gaspar Lera, S. y Parra Lucán, M.ª A., *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar,* Granada, 2017, pp. 127-142.

II. SU —ACERTADA— SOLUCIÓN EN LA DIRECCIÓN GENERAL FRENTE A LA ACTUAL DOCTRINA MAYORITARIA

1. Las parejas de hecho y su consabida falta de analogía con el matrimonio

Existe aún hoy en España un problema no resuelto satisfactoriamente, al menos en mi opinión, que por extensión también afecta al matrimonio y, por tanto, al propio concepto de familia nuclear: el fenómeno de las parejas no casadas.

Ya hace tiempo que la práctica unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, niega esa analogía entre el matrimonio y las uniones de hecho, y niega también, por ello, que se deban equiparar en sus efectos.

Dentro de la jurisprudencia constitucional, pueden citarse, entre otras, para casi todo lo que a continuación se va a decir, las SSTC de 15 noviembre 1990, de 14 febrero 1991, de 14 diciembre 1992, de 18 enero 1993, de 8 febrero 1993, de 17 junio 1999, de 15 febrero 2001, o, más recientemente, la sentencia de 23 abril 2013, que, precisamente por negar la semejanza entre las uniones de hecho y las casadas, acepta la constitucionalidad de la Ley navarra. Dentro del Tribunal Supremo, se pueden citar, entre muchísimas otras, las sentencias de 18 mayo 1992, de 21 octubre 1992 y 11 diciembre 1992; de 18 febrero y de 22 julio, ambas de 1993; las de 27 mayo, de 12 octubre y de 24 noviembre, las tres de 1994, 18 marzo 1995, de 27 octubre 1997, de 27 mayo y 4 junio, ambas de 1998, 22 enero 2001, 17 enero 2003..., O, como las más importantes, dictadas ambas en Pleno (aunque no exenta de votos particulares la primera), la STS de 12 septiembre 2005 (RJ 2005, 7148), y, más recientemente, ante la terquedad de muchos de los juzgados inferiores, la STS de 15 enero 2018 (RJ 2018, 76).

Y, ¿cuáles son esas diferencias tan esenciales que impiden la analogía entre uno y otro tipo de uniones de pareja?

Ciertamente, no se puede cifrar ya la diferencia en la licitud del matrimonio frente a la ilicitud de las parejas no casadas por su inmoralidad (por

ser ilícitos en su causa ex art. 1275 CC), como antes de nuestra Constitución de 1978 se decía. En la jurisprudencia preconstitucional, amén de estimarse que tales uniones eran de suyo ilícitas por su inmoralidad y por ser contrarias al Orden Público, también los pactos que en ellas se acordasen se estimaban nulos, por igual razón, por ser ilícitos en su causa ex art. 1275 CC (así, entre otras, las SSTS de 16 octubre 1906, de 8 marzo 1918 y de 2 abril 1941).

Actualmente, el matrimonio no es ya la única vía legal ni lícita para la cohabitación y la procreación. Equiparada hoy toda filiación (matrimonial, extramatrimonial y adoptiva), y permitidas la adopción y la reproducción asistida a matrimonios y a uniones de hecho, dice el Tribunal Constitucional que la posibilidad de fundar una unión extramatrimonial, en cuanto posible comunidad de vida diversa del matrimonio, constituye una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y, también, una manifestación de la libertad en general (art. 16 CE), y, en particular, del derecho —o la libertad— a no casarse que, como integrante del ius connubi en sentido pleno, consagra el art. 32.1 CE, interpretado a contrario sensu. Hoy no solo el matrimonio sirve para fundar una familia; no solo existe ya la familia matrimonial, amén de la parental y la afín. Cierto que el art. 32 CE se refiere a la familia fundada en el matrimonio. Pero no es la única. Separado, no por casualidad, de esa norma, el art. 39 CE hace referencia a una familia más amplia en su referencia, a.e., a las madres, cualquiera que sea su estado civil, a los hijos habidos fuera del matrimonio, que en sus derechos y deberes deben equipararse a los hijos matrimoniales. Y más allá de su letra, hay también otros vínculos familiares, que ni siquiera menciona: la afinidad, el parentesco... Cabría hoy, pues, como legítima, la posibilidad de una familia extramatrimonial. Y es ahí donde tienen encaje según el Tribunal Constitucional las parejas no casadas, como fundamento de una familia extramatrimonial. Nuestro Derecho, pues, puede "familiarizar" las uniones de hecho como vía alternativa —cohabitadora y procreadora, si se quiere— al matrimonio; pero no debe también "matrimonializarlas" sin más, esto es, equipararlas como tales uniones al matrimonio, porque como dice el Tribunal Constitucional, el matrimonio y las parejas no casadas no son situaciones idénticas, ni siquiera equivalentes. Es la consideración de

familia, como comunidad de vida, lo único que identifica el matrimonio con las parejas no casadas; todo lo demás son diferencias.

En primer lugar, el matrimonio es una institución constitucional, y el ius connubi es un derecho —una libertad— constitucional, reconocidos ambos de forma expresa (art. 32.1 CE). Tan es así que al respecto se consagra un principio de reserva legal; solo por ley puede, debe, regularse el matrimonio (art. 32.2 CE). Nada de esto sucede con las parejas no casadas, porque, aunque expresen la libertad de no casarse (32.1 CE), y se amparen genéricamente en los arts. 10, 16 y 39 CE, no hay para ellas un reconocimiento constitucional expreso, ni un principio de reserva de ley que obligue a regularlas. Sería, por tanto, una cuestión de política legislativa el legislar, o no, sobre ellas. De ahí, incluso —como dice la STS de 30 diciembre 1994—, el peligro de que por vía jurisprudencial se llegue a crear un régimen completo para las parejas de hecho.

Y la segunda gran diferencia. El matrimonio se caracteriza por someterse a una formalidad y solemnidad —que la ley debe regular—, a una serie de requisitos no solo en su constitución, sino también en los supuestos de crisis, de separación o de disolución por divorcio (art. 32.2 CE y cfr., arts. 49 y ss. y 81 y ss. CC). Y es esa formalidad la que ope legis va a generar —o a extinguir en caso de divorcio— un estatuto jurídico, una serie de derechos y deberes —personales y económicos— que los cónyuges —en igualdad— contraen —o dejan de contraer, en caso de disolución— entre sí, de forma recíproca e imperativa (cfr., entre otros, los arts. 66 a 70, 90 a 106 y 1315 a 1324 CC). Nada de esto sucede de suyo con las parejas no casadas. De ahí la denominación que muchas veces se les da: la de uniones de hecho, parejas libres o matrimonios sin papeles. Se caracterizan por su libertad, por su informalidad —dicho esto sin tono peyorativo—, tanto en su creación como en su posible ruptura. Cierto que en su formación puede haber un compromiso de comunidad plena y estable de vida; pero ese compromiso es, a lo más, moral o natural, pero aformal, extrajurídico, no contractual, ni vinculante[3]. Dicho compromiso no genera natura sua un estatuto jurídi-

[3] Es un compromiso jurídicamente irrelevante, advierte, desde hace tiempo, Gavidia Sánchez, J. V. (con sus múltiples trabajos: "¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?", en *RJN*, 1999, pp. 199-235; *La unión libre [el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite]*, Valencia, 1995; "Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual [Consideraciones de

co-civil parecido al del matrimonio; no impone de suyo derechos y deberes, ni personales, ni económicos, para los convivientes de hecho. Pero, ¿cabría acaso pactarlos?

Al margen de estas genuinas —por auténticas— parejas de hecho, en nuestra abundante legislación autonómica existe una especia de tertium genus, híbrido entre aquellas uniones y las matrimoniales, de parejas no casadas pero sometidas, a veces, a ciertas formalidades; a saber:

En la mayoría de las leyes autonómicas, para constituir una pareja de hecho basta con la convivencia por un tiempo ininterrumpido (de 1 o 2 años, según cada ley), o, en su defecto, con la tenencia de descendencia común; previéndose la forma escrita (en documento público o notarial, generalmente), como algo voluntario y ad probationem (para la "acreditación", se suele decir), pues en general cabe cualquier medio de prueba. De ahí que también la posible inscripción en los Registros de Parejas de Hecho suela regularse como voluntaria y declarativa, y solo con efectos administrativos (inter partes y frente a la Administración Pública), pero sin eficacia civil erga omnes. En este punto, sin embargo, la STC de 23 abril 2013 (RTC 2013, 93) declaró en buena parte inconstitucional la Ley navarra por someter a su régimen aquellas uniones no casadas, ni registradas, por la sola convivencia anual de sus integrantes o por tener una descendencia común, lo que, según entiende el Tribunal Constitucional, es contrario a la libertad (que consagra el art. 10 CE), por no respetar que tales uniones se sometan o no voluntariamente a dicha ley. Son menos, en cambio, las leyes autonómicas que imponen una formalidad constitutiva, por escritura pública o por inscripción en aquellos Registros, aunque sin dejar de ser meramente administrativa (vgr., Aragón, Valencia y Extremadura).

Por lo que a su posible extinción afecta, para casi todas las leyes autonómicas, junto a la disolución o extinción de la pareja de hecho por matrimonio o por muerte o declaración de fallecimiento (en cuyo caso suelen concederse unos derechos sucesorios y una especie de predetracción iguales a los del cónyuge viudo), también cabe la extinción por separación de hecho

política legislativa]", en *La Ley*, 2001; y, sobre todo, por el tema que aquí y ahora importa, "Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales", en *La Ley*, 2003, pp. 1849-1855).

(por un período que, según cada ley, oscila entre seis meses, 1 o 2 años), por mutuo acuerdo, o incluso por voluntad unilateral, exigiéndose en este último caso la notificación —muchas veces, fehaciente— al otro conviviente. A veces incluso, como sucede en las leyes navarra y asturiana, cabe que los propios convivientes regulen las causas de disolución. Y solo en el caso de haberse documentado públicamente o inscrito la constitución de la pareja de hecho en el Registro administrativo existente al efecto, por ser o no ello obligatorio, será necesario dejar sin efecto aquel documento y proceder a la cancelación registral.

Este acercamiento de las parejas no casadas previstas en esa legión de leyes autonómicas a la institución matrimonial, antes que negar la falta de analogía habida entre ambas, demuestra la ilegitimidad e innecesidad de las primeras. Pero sin entrar, aquí y ahora, en tal cuestión, que no es la que aquí nos ocupa, agudiza la cuestión —que aquí se trata— de si por tal acercamiento en tal tipo de uniones paramatrimoniales cabría, tal vez con más razón, pactarse el sometimiento a algún régimen económico matrimonial. Veámoslo.

2. Ámbito de la autonomía de la voluntad en la determinación de los efectos —personales y patrimoniales— de la convivencia en las parejas no casadas

Es muy común en las leyes autonómicas conceder a los convivientes libertad para regir su convivencia y su posible cese, imponiéndose, solo a veces, como límites: la ley y el respeto a los derechos fundamentales de los cónyuges (sobre todo, su igualdad e intimidad) y de los menores. Solo algunas leyes impiden el pacto sobre los aspectos personales de la convivencia, ora en términos absolutos (como sucede en Valencia, o en Madrid), ora cuando dicho aspecto sea contenido exclusivo del acuerdo (como sucede en Canarias, o en Extremadura). En defecto de pacto, nada se dice en esas leyes autonómicas sobre lo personal; solo se regula el aspecto económico de la pareja de hecho, para presumir —*iuris tantum* o *iuris et de iure*, según cada ley— una especie de régimen de separación de bienes —de gananciales, según la ley vasca— sujeto a los deberes de alimentos y de contribución proporcional al levantamiento de las cargas familiares, imponiendo al

respecto una responsabilidad "solidaria" (conjunta), y exigiendo, a veces, la gestión también conjunta de la vivienda común.

Pero ¿son legítimas, y factibles, tales previsiones legales autonómicas? Y, ¿qué sucede, más allá de tal previsión autonómica para el Derecho común o para las verdaderas parejas de hecho que ni se casan ni se registran ni someten voluntariamente a la legislación autonómica prevista para ellas?

2.1. La dimensión personal o convivencial en las parejas de hecho: su natural moralidad —¿juridificable convencionalmente?—

Recientemente, conforme a lo que empieza a ser ya opinión común, Parra Lucán[4], defiende la posibilidad de que las parejas de hecho se obliguen convencionalmente a los deberes propios del matrimonio (cfr., arts. 66 ss. CC), incluso con la opción de excluir alguno de ellos (permitiendo, por ejemplo, la infidelidad), modalizando en general el pacto (sometiendo, por ejemplo, la relación a término o a condición), o, en el extremo opuesto, pactando penas o sanciones (como pudiera ser una indemnización), para el caso de incumplimiento de las obligaciones voluntariamente asumidas (como pudiera suceder, sin más, en caso de ruptura, o de abandono de la convivencia por parte de uno solo de los convivientes).

No me parece, en cambio, aceptable sin más, que las uniones de hecho puedan pactar sobre tales aspectos personales (que los arts. 66 y ss. del CC refieren al matrimonio), pues estos solo se originan como deberes jurídicos, por imperativo legal y al amparo del art. 32.2 CE, mediante el contrato de matrimonio. Como hace tiempo dijo el maestro Lacruz Berdejo[5]: "No pueden determinar los convivientes con eficacia jurídica su propio estatuto personal, al no ser ello posible en el matrimonio. Los partidarios agresivos de la unión libre se niegan a tener en cuenta esta verdad insoslayable: que

[4] "Autonomía de la voluntad y Derecho de familia", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado (Estudios en Conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado)*, Tomo I: Derecho de la persona, familia y sucesiones, Madrid, 2012.

[5] En su conocido trabajo "Convivencia 'more uxorio'. Estipulaciones y presunciones", en *Centenario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1990, pp. 1061-1069 (y con él otros, como Estrada Alonso, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1991; Mesa Marrero, C., *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos,* 3ª ed., Pamplona, Aranzadi- Thomson Reuters, 2006…).

si en el matrimonio los deberes de fidelidad, ayuda y socorro impuestos por la ley se hallan sustraídos al pacto, menos se podrían pactar fuera de él, de donde tales deberes, al no ser posible su creación voluntaria, no pueden tener eficacia jurídica en la unión libre".

Además, tales pactos serían nulos por ser contrarios a los arts. 1271 y 1275 del CC (sobre el objeto y la causa de los contratos, respectivamente), e incluso por ser inconstitucionales —inmorales— al afectar a la indisponibilidad de los derechos fundamentales de la persona (dignidad, intimidad, libertad...), especialmente, como advierte Estrada Alonso, por ir "en contra de la libertad individual y de la libertad para contraer matrimonio" (art. 32 CE).

Así también, la STS de 8 marzo 1998, que declaró nulo un contrato de unión libre por ilicitud —inmoralidad (arts. 1255 y 1275 CC)— de su causa, pues en él se había acordado la prestación de una pensión periódica a cambio de prestaciones sexuales, igualmente periódicas. El sexo pudiera ser motivo subjetivo, pero jamás la causa —ni el motivo causalizado, siquiera— de un contrato. Además, como ya advirtiera tiempo ha Emmanuel Kant (en sus *Principios metafísicos del Derecho*), el concubinato, como supuesto contrato de alquiler, momentáneo o duradero, de una persona (*pactum fornicationis, pactum torpe* o *locatio-conductio*)[6], sería en cualquier caso incoercible si se incumple y libremente resoluble.

Máxime si solo se acuerda la asunción de algunos de los deberes del matrimonio, rechazando o condicionando otros (como el deber de fidelidad, o que el consentimiento sea puro y libre, según exigen, para el matrimonio, los arts. 45 y 66 CC). De lo contrario, se estaría permitiendo un claro pacto en fraude de ley, un pacto constitutivo de un seudo-matrimonio *ad gustum,* a la carta, probablemente siempre más flexible que el verdadero matrimonio, lo que, además, resultaría discriminatorio, porque en la desigualdad que aquellos pactos generan entre las uniones seudo-libres y el matrimonio, este queda perjudicado, discriminado, cuando, al contrario, como tal institución, ha de ser privilegiada frente a aquellas. Es una exigencia constitucional,

[6] Aunque J. M. Ossorio Serrano (*Relaciones y otros efectos puramente personales o no patrimoniales que se derivan de la convivencia de parejas de hecho*, Madrid, Ilustre Colegio Notarial, 2009, p. 44), parece insinuar tal posibilidad.

según interpretación del propio Tribunal Constitucional, que, a la vista de todas las diferencias —indicadas antes— que existen entre el matrimonio y las parejas no casadas, concluirá afirmando que no debe haber igualdad de trato entre ellos. Así lo imponen razones de justicia, de igualdad proporcional (impuestas por el art. 14 CE), porque al ser situaciones desiguales, de desigual forma han de tratarse. Más aún. Por estar el matrimonio consagrado constitucionalmente (en el art. 32 de nuestra Constitución), dice el Tribunal Constitucional que su trato ha de ser más favorable y beneficioso, más proteccionista, que el otorgado a las parejas no casadas, lo que, con buen sentido, demuestra que aunque la Constitución permita indirectamente, por interpretación amplia de sus arts. 32 y 39, uniones no casadas como familiares, no las desea. Esto, por supuesto, no quiere decir que dichos modos de convivencia *more uxorio* deban de ser reprobados, prohibidos o perseguidos, ni que la mayor protección dispensada a las uniones matrimoniales pueda ser caprichosa o arbitraria. Lo impiden los arts. 10 y 39 de la Constitución, pues la represión de las parejas no casadas o una desmedida protección de las casadas iría contra la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad y contra la libertad de fundar una familia dentro o fuera del matrimonio.

En definitiva, cualquier acuerdo habido entre los convivientes, relativo a su propia convivencia, habría de permanecer en el ámbito de la moralidad (de las obligaciones naturales, a lo más), pero fuera del estricto Derecho. De ahí, que cualquier penalización acordada para el caso de incumplir los deberes pactados —que no dejan de ser éticos, incoercibles jurídicamente— resulta estéril. Diverso es que, producida la ruptura, esta provoque algún perjuicio o daño reparable o compensable (según habrá que ver según cada caso, *ex* arts. 1901 o 1902 CC), o que previamente se hayan adoptado acuerdos en previsión de compensaciones por desequilibrios tras la ruptura (según ha dicho recientemente la STS de 15 enero 2018 —RJ 2018, 76—). Solo como equivalente a tal indemnización o a tal compensación cabría admitir la validez de un pacto penal, mas jamás previéndose la pena como consecuencia inmediata del mero hecho de la ruptura de la pareja, derivado de incumplir un deber —solo— natural de convivencia, fidelidad… que solo voluntariamente puede observarse y que solo moralmente resulta reprobable en su inobservancia.

2.2. La dimensión económica de las parejas de hecho: sus diversas opciones, la imposible remisión —en bloque— al régimen económico matrimonial, y la matizable remisión —aceptada por el Tribunal Constitucional— al régimen legal autonómico sobre parejas de hecho

En lo estrictamente económico, al margen de las leyes autonómicas (antes vistas), las posibilidades en el Derecho estatal español, al amparo del principio de autonomía privada (que consagra el art. 1255 CC —sin necesidad de apoyarse en su trasunto el art. 1328 CC—), son muchas; más como algo adicional, añadido, que no es innato a la unión. Así lo advierte nuestro Tribunal Supremo, según han venido a recordar las RRDGRyN de 7 febrero 2013 (RJ 2013, 2908) y de 11 junio 2018 (JUR 2018, 176486), así como la Resolución de la DGSJyFP de 21 junio 2021 (BOE, 8 julio 2021), que aquí comentamos, señalando expresamente alguna de tales posibilidades, como son las que siguen:

Una opción de los convivientes es someterse al régimen de sociedad universal de los arts. 1665 y 1675 CC (al que expresamente alude la ley andaluza de parejas de hecho); y ello, aunque los bienes estén a nombre de uno solo de ellos, pues en tal caso se estimará que tal titularidad es fiduciaria (según aclaran las SSTS de 18 mayo 1982 y 3 julio 1984).

Otra alternativa es pactar la aplicación del régimen de copropiedad (arts. 392 y ss. CC); precisamente, es este el acuerdo aconsejado por la casi unanimidad de la doctrina (desde el propio Lacruz hasta Estrada Alonso, que incluso aconseja su presunción judicial *iuris tantum*), porque es difícil que en las parejas no casadas se den la *affectio societatis* —¿comparable tal vez con la *affectio maritalis*?— y la contribución de bienes y servicios con el ánimo de lucro propios de cualquier sociedad, cuando normalmente en las uniones de hecho subyace una economía doméstica y consumista. Aunque tal vez el inconveniente de aquella opción, la de la comunidad de bienes, sea que no constituye un pacto general en previsión futura, para toda posterior adquisición, siendo tan solo actualmente hábil caso por caso. Buena prueba de tal inconveniente es la insuficiencia de cualquier documento público (como pudiera ser una homologación judicial del acuerdo de separación de la pareja), para inscribir la disolución y liquidación de la copropiedad, al

ser, en cambio, necesario una particular escritura pública dirigida a tal efecto (según declaró hace ya un tiempo la RDGRyN de 16 junio 2010).

Por último, como compendio de las dos fórmulas anteriores —según nos dice la STS de 18 marzo 1995—, también cabría pactar el régimen de sociedad irregular universal del art. 1669 CC.

También quedaría, a fin de cubrir las necesidades cotidianas, la posibilidad de celebrar un contrato de alimentos (arts. 1791 ss. CC).

Y no es necesario que el acuerdo, cualquiera que sea su contenido, sea expreso, ni siquiera formal, ya que, al no constituir convencionalmente un estricto régimen económico matrimonial, ni tratarse de estrictas capitulaciones matrimoniales (cfr., art. 1327 CC), no ha de elevarse a escritura pública, salvo que las partes convivientes decidan tal formalización (*ex* art. 1279 CC). No parece admisible entender aplicable por analogía el art. 1327 CC ante la semejanza entre el pacto entre convivientes y las capitulaciones matrimoniales (como, entre otros, pretende Rebolledo Varela[7], cuando, previa y radicalmente, no hay analogía entre la unión de hecho y la matrimonial. Negada, pues, la premisa mayor, debe ser también negada la menor. Salvo el posible caso, advertido hace tiempo por Estrada Alonso, de la sociedad universal de gananciales, en que, no obstante el art. 1667 CC, pudiera ser conveniente la forma escrita para dejar clara la voluntad de constituir tal sociedad (difícilmente deducible tan solo de la mera convivencia o cohabitación), y, sobre todo, para fijar la proporción de las aportaciones (y de sus posibles consecuentes beneficios); de lo contrario, no fijada dicha proporcionalidad, los repartos, hechos al modo de una sociedad de gananciales, serán igualitarios, por mitad, lo que podría suponer por un lado, el enmascaramiento del régimen matrimonial de gananciales, y, por otro, un enriquecimiento injusto a favor del conviviente que menos haya aportado a la unión.

No obstante, tal conveniencia de formalizar el pacto por escrito, en general cabe que el pacto entre convivientes sea tácito, siempre que se deduzca de los *facta concludentia*, de hechos concluyentes e inequívocos (por ejem-

[7] En su trabajo: "El contrato de unión civil: la regulación de su contenido y efectos", en *Revista de derecho de familia*, nº 43, 2009, pp. 23-54.

plo, mediante la aportación de ganancias o trabajo al acervo común, la cotitularidad de cuentas bancarias —no ya si la cuenta es individual y el otro conviviente aparece en ella solo como autorizado—, la compra conjunta de un bien, el trabajo conjunto en la misma actividad profesional, empresarial o industrial para deducir que hay sociedad civil, o que hay simple comunidad de bienes si no se comparte tal actividad en iguales condiciones, y solo se hace como mera ayuda por uno de los convivientes…).

Con todo, ¿cabría, también como una opción más, acordar la sumisión *in abstracto* a un régimen legal económico matrimonial (de gananciales, de separación...)?

La STS de 18 mayo 1992 pareció insinuar tal posibilidad, aunque lo hizo en *obiter dictum*, al simplemente afirmar que "*… no ha de rechazarse de plano la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régimen ganancial matrimonial, si expresamente se pacta*". También de pasada pareció admitirlo la STS de 16 junio 2011, al negar la existencia de un régimen económico matrimonial en las parejas no casadas, *"salvo que se haya pactado por los convivientes*", terminaba diciendo. Y así también algunos autores, cada vez más, parecen admitirlo[8], destacando incluso que se pacte un régimen de gananciales, con inclusión del régimen primario (como, por ejemplo, el relativo a la potestad doméstica o de las llaves, o la regla concerniente a la protección de la vivienda familiar), cuya inscripción registral, en tanto el pacto se eleve previamente a escritura pública, asegurará la eficacia frente a terceros de dicho régimen pactado.

Hasta tiempos cercanos, sin embargo, la *communis opinio* había venido negando tal convención por ser contraria al Orden Público (art. 1255 CC), porque, aparte de la falta de analogía habida entre el matrimonio y las parejas no casadas, si los convivientes rechazaron su sujeción al matrimonio es porque rechazaron también con él su régimen económico-matrimonial. Admitir aquel pacto fuera del matrimonio sería como casarse solo a me-

[8] Como Torres Lana, J. A., «Relaciones patrimoniales a la conclusión de la convivencia "more uxorio"», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo,* vol. V, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988; y en su otro trabajo: "De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas", en *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 9-23; Bayod López, M.ª C., "Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial", en *RCDI,* Año n.º 71, n.º 626, 1995, pp. 129-153, o los ya citados Rebolledo, Mesa Marrero o Parra Lucán.

dias, en lo económico, renunciando a los derechos y deberes personales que el matrimonio impone (sin permitir, por tanto, su renuncia, ni otra forma de disponibilidad). Así lo ha reiterado una más reciente —aunque minoritaria— doctrina[9], y así lo ha terminado diciendo, clara y tajantemente, la RDGRyN de 7 febrero 2013 (RJ 2013, 2908), y siguiéndola la de 11 junio 2018 (JUR 2018, 176486), así como la más reciente de 21 junio 2021 (BOE 8 julio 2021), concluyendo aquella acerca de la "*imposibilidad de crear una sociedad de gananciales —que es un régimen económico del matrimonio— sin matrimonio*".

Íntegramente, se dice en tales Resoluciones: "*Ciertamente no está regulada en las Leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión. En este sentido, resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico —no así desde el social—, destacan precisamente por lo contrario. Esto es así por los siguientes motivos: 1. La imposibilidad de crear una sociedad de gananciales —que es un régimen económico matrimonial— sin matrimonio; 2. Falta de publicidad de la misma frente a terceros; y, 3. La imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales y, dado que los regímenes económicos matrimoniales sólo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales, de ello se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladoras de un régimen económico como es el de la sociedad de gananciales. Así pues, carece de sentido aplicar a las uniones extramatrimoniales el régimen legal supletorio de la sociedad de gananciales, incluso mediante pacto expreso de los convivientes*".

Añadirá, no obstante, la Resolución de 21 junio 2021 (BOE 8 julio 2021), que aquí comentamos: "*Los convivientes pueden alcanzar pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarias a los referidos límites generales* —los consabidos del art.

[9] Como Martínez de Aguirre, C., "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", en *Revista de Derecho Privado*, Año n.º 85, Noviembre, 2001, p. 841-874.; o como López Azcona, A., *La ruptura de las parejas de hecho,* Navarra, Cuadernos de Aranzadi Civil, 12, 2002.

1255 CC—. *Así, podrán pactar válidamente entre ellos que les sean de aplicación las normas que disciplinan, en general, los distintos regímenes económicos matrimoniales, y en concreto el de la sociedad de gananciales, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial, bien por la adopción de pactos concretos que tradujeran en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales*".

Sin embargo, si la cláusula se estima abusiva, se tendrá por no puesta.

Aun pareciéndome esta última la solución más acertada, según creo hay que matizarla por lo burda que es la opuesta, que lo es por pretender una remisión genérica, en bloque y sin matices ni salvedades, a un entero régimen económico matrimonial, lo que lógicamente no cabe al no tratarse de una pareja casada. En parte, recuerda tal pretensión a la que, precisamente, prohibía el Proyecto de CC de 1851, y así el CC de 1889 (hasta 1981), de que un matrimonio sometido al régimen común pactara someterse a un régimen económico foral por su solo nombre (especialmente, si ya estaba en desuso), aun careciendo de la pertinente vecindad civil. El propio García Goyena advertía que tan solo sería posible pactar tal sujeción si se trataba de pactos concretos y detallados, referidos a determinados aspectos o efectos patrimoniales del matrimonio, que no se contradijeran con el régimen económico común en lo que de este resultara imperativo. Era el art. 1317 CC —hoy, tras 1981, ya derogado—, que decía: "*Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos —matrimoniales o capitulares— las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código*". Tal precepto era fiel trasunto del artículo 1237 del Proyecto isabelino de Código Civil, de 1851, que decía: "*No pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por los fueros o costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias o comarcas del Reino*". El contenido de ambos preceptos no debe, sin embargo, llevar al error, ni mucho menos al engaño. No se prohibía en ellos, en general, el sometimiento a un sistema económico-matrimonial foral. De haberse así interpretado el artículo 1317 CC de 1889 —vigente hasta 1981—, entonces, el artículo 12 CC de 1889 —actual art. 13 CC— y el respeto a los Derechos Forales en él consagrado serían pura ilusión o quimera. Según la común opinión

doctrinal, incluido don Florencio García Goyena en sus comentarios al Proyecto de 1851, en aquellas normas —art. 1317 del Código Civil de 1889 y su inspiradora de 1851— se prohibía que los cónyuges regularan los efectos económicos de su matrimonio de forma especial, o distinta a como se regulaba en el Código Civil, aludiendo solo en su *nomen* o denominación a un fuero que, tras la entrada en vigor del Código Civil, estuviese ya abolido o derogado por su desuso; por el contrario, hubiera sido necesario escriturar el contenido completo de dicho fuero abrogado.

Mutatis mutandis algo parecido sucede con el caso que nos ocupa, relativo a las parejas de hecho; cabría por ellas pactar efectos económicos que son los propios, aunque *ex lege*, del matrimonio, aunque, cuando menos, respetando dos límites. El primero, que no cabría sin más remitirse a todo un régimen económico matrimonial, sino tan solo a aquellas normas que, según cada caso, sean trasladables a una pareja no casada, y que tal remisión sea puntual en cuanto al fondo de la norma, no a la norma misma (a tal o cual precepto), sino redactando su contenido en el propio acuerdo; de tal modo que no se pacte, sin más, un efecto matrimonial, sino un efecto patrimonial con entidad propia, estén o no casados entre sí los que así lo acuerdan. Como muestra de lo dicho, un par de ejemplos: si, como algunos pretenden mediante una remisión al art. 1319 CC, se quiere pactar el régimen de responsabilidad doméstica, siguiendo la opinión de Lacruz y Estrada, convendría más bien pactar una especie de mandato recíproco, que incluso en su caso podría estimarse tácitamente (cfr., art. 1710 CC); o para proteger la vivienda de la pareja, no cabría sin más remitirse a lo dispuesto en el art. 1320 CC (o al art. 96 CC, para el caso de ruptura), sino que más bien habría que pactar una especie de prohibición de disponer (o también de administrar, si también se quiere cubrir el caso del arrendamiento).

Y es en tales ejemplos donde brota el segundo límite a respetar en tales pactos, el de su posible eficacia frente a terceros, que no parece tan sencillo asegurar como propone aquella doctrina favorable a la remisión en bloque al régimen económico matrimonial y simplemente pactada en documento público. Para empezar, dicho documento carece de acceso al Registro Civil, al no formar matrimonio quienes así han pactado. Sabido es, por otra parte, que no gozan de estricta publicidad aquellas parejas que acceden a los Registros de Parejas de Hecho que en todas las leyes autonómicas se instaura.

Son tales unos registros públicos, pero más administrativos que civiles, que ningún efecto de validez ni de eficacia u oponibilidad tienen frente a terceros, al menos frente a los particulares —solo lo tienen frente a la Administración pública autonómica o municipal— (según dicen insistentemente las RRDGRyN de 7 febrero 2013 y 11 junio 2018, así como la Resolución de 21 junio 2021 que aquí comentamos). Son, podría decirse, el "catastro" de las uniones de hecho. Es la propia seguridad jurídica, y la del tráfico jurídico como expresión de Orden Público, la que está en juego[10]. Así lo dijo recientemente la STC 81/2013, de 11 abril (RTC 2013, 81), al declarar solo parcialmente inconstitucional la Ley madrileña de parejas de hecho, dejando como válida su regulación sobre el Registro de uniones de hecho al tratarse, precisamente, de un registro meramente administrativo, cuya regulación no es por tanto competencia exclusiva del Estado *ex* art. 149.1.8º CE.

Solo quedan, por tanto, el Registro Mercantil y el Registro de la Propiedad (o el de Bienes Muebles, en su caso), pero siempre que se cumplan sus más elementales condiciones: para el primero, que al menos uno de los miembros de la pareja de hecho sea empresario, y para el segundo, la trascendencia real del pacto documentado públicamente (cfr., arts. 2.2º, 9 LH, 7 y 51.6ª RH), cuando, en efecto, en cada caso lo tenga (lo que difícilmente sucederá, por ejemplo, en el caso de la prohibición de disponer de la vivienda, al no parecer que sean aplicables por analogía los arts. 26 y 27 LH, tanto por su necesaria interpretación restrictiva, al tratarse de cargas que limitan la libertad del dominio, como por la falta de analogía habida entre los pactos celebrados entre convivientes y las estrictas capitulaciones matrimoniales a que se refiere el art. 27 LH, cuando, previa y radicalmente, no hay analogía entre la unión de hecho y la matrimonial).

Por lógica, lo dicho sobre la sumisión pactada y puntual de las parejas de hecho a parte de un régimen matrimonial, cabe aplicarlo recíproca e inversamente al matrimonio, que podría tomar como modelo algún aspecto de los regímenes legales autonómicos sobre parejas de hecho. Lo permiten en abstracto los arts. 1315 y 1328 CC siempre que, en particular, tales

[10] Según advirtió Gallego Vega en su lacónico, pero brillante Comentario a la RDGRyN de 7 febrero 2013, publicado en la Obra Aguilar Ruiz, L., Arjona Guajardo-Fajardo, J. L., y Cedeira Bravo, G. (coords.), *Autonomía privada, Familia y Herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2014, pp. 83-90.

regímenes respeten los mínimos imperativos del régimen matrimonial. Tal permutabilidad de regímenes viene, además, corroborada hoy por las dos leyes estatales españolas del verano de 2005 (una, la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, que introdujo el matrimonio entre personas de idéntico sexo; y, otra, la *Ley-2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*), que han acercado aún más las uniones de hecho en su regulación contenida en la legislación autonómica a la institución matrimonial estatal.

Tal es la posible disponibilidad de los regímenes matrimonial y de las parejas de hecho, que la STC 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), tras declarar en buena parte inconstitucional la Ley navarra por someter a su régimen aquellas uniones no casadas, ni registradas, por la sola convivencia anual de sus integrantes o por tener una descendencia común, lo que, según entiende el Tribunal Constitucional, es contrario a la libertad (que consagra el art. 10 CE), por no respetar que tales uniones se sometan solo voluntariamente a dicha ley, añade que el régimen legal autonómico, previsto como imperativo en la Ley navarra —solo— para las parejas no casadas registradas y sometidas expresa y voluntariamente a dicha ley, debe entenderse como meramente dispositivo para las parejas no casadas, ni registradas, que podrán someterse a él mediante pacto al amparo del principio de autonomía de la voluntad (que, en general, consagra el art. 1255 CC), hasta el punto de que cabría admitir, según ejemplifica el propio Tribunal Constitucional, que la unión se acuerde sometida a término o a condición, contra la prohibición que al respecto establece la Ley navarra para las parejas no casadas registradas (o el art. 45 CC impone al matrimonio, habría que añadir). Considera incluso el Tribunal Constitucional que de haber una ley estatal de parejas de hecho, debería contener un régimen dispositivo, por respeto a la libertad y la dignidad que impone el art. 10 CE. Así, en efecto, lo hacía la Ley valenciana de parejas de hecho, previendo un régimen como dispositivo, en cuanto supletorio, para las propias uniones formalizadas (una ley, no obstante, que, recientemente, fue también declarada inconstitucional en la STC

110/2016, de 9 junio —RTC 2016, 110—). Y es solución que desde hace un tiempo defendía Parra Lucán[11].

En mi opinión, con ello el Tribunal Constitucional llega demasiado lejos en la concesión de juego a la autonomía privada. ¿No se percata, acaso, aquella sentencia del Tribunal Constitucional de que, con su interpretación, frente a lo que ha sido la propia jurisprudencia constitucional, se privilegia a las uniones de hecho, no solo frente a las matrimoniales, sino también frente a las no casadas pero registradas debidamente; todo ello en contra de una mínima exigencia de seguridad jurídica? ¿No se contiene en aquella idea una discriminación, no solo frente al matrimonio, sino dentro de las propias parejas de hecho favoreciendo, precisamente, a las que no se sujetan a las formalidades de la Ley (autonómica)? Si una pareja decide voluntariamente no casarse ni registrarse como unión estable, ¿por qué permitir que por pacto se someta al régimen legal de las parejas registradas? La STC de 23 abril 2013 (RTC 2013, 93) lo admitió, cuando en cambio la coetánea RDGRyN de 7 febrero 2013 (RJ 2013, 2908), sobre un caso de pareja de hecho registrada en Andalucía, había afirmado, con toda razón, la "*imposibilidad de crear una sociedad de gananciales —que es un régimen económico del matrimonio— sin matrimonio*". ¿O acaso hay que rechazar esta última resolución por ser inconstitucional (contraria a la libertad que proclama aquella sentencia), y hay que admitir que las uniones libres pueden someterse por su simple voluntad al régimen matrimonial o al de parejas registradas sin necesidad de casarse ni de registrarse? En mi opinión, constituiría tal opción un flagrante atentado contra el Orden Público (en contra del límite que al respecto establece el art. 1255 CC). Con aquella última sentencia el Tribunal Constitucional ha trasladado al dilema entre pareja no casada registrada o no registrada el mismo que antaño se suscitó entre el matrimonio y las genuinas parejas de hecho, pero dándole ahora a aquel otro una solución diversa y, en mi consideración, equivocada, al no afirmar la falta de semejanza y negar la aplicación pactada de su régimen legal.

[11] En "Autonomía de la voluntad y derecho de familia", en *Diario La Ley*, n.º 7675, 2011-3, p. 1800, y que reitera recientemente en su colaboración en el 150º Aniversario de la Ley del Notariado, *op. cit.*, pp. 297 y 298.

BIBLIOGRAFÍA

Barrio Gallardo, A: «Parejas de hecho, autonomía privada y régimen económico-matrimonial», en *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar,* Granada, Comares, 2017, pp. 127-142.

Bayod López, C., «Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial», en *RCDI,* 1995, pp. 129-153.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G., «Parejas de hecho, pactos de convivencia y en previsión de posible ruptura, en España: *status quaestionis*», en la obra colectiva internacional *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, L. Aguilar Ruiz y J. L. Arjona Guajardo-Fajardo (dirs.), Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 61-81.

—, «¿Pueden las parejas de hecho someterse convencionalmente a un régimen económico matrimonial? (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de junio de 2018)», en *Revista (Aranzadi) de Derecho Patrimonial*, 2018, n.º 47.

Estrada Alonso, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1991.

Gallego Vega, J.A., «Comentario a la RDGRyN de 7 febrero 2013», en la obra colectiva internacional de L. Aguilar Ruiz y J. L. Arjona Guajardo-Fajardo (dirs.), *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 83-90.

Gavidia Sánchez, J., «¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?», en *RJN*, 1999, pp. 199-235.

—, *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

—, «Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa)», en *Diario La Ley*, 2001.

—, «Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales», en *Diario La Ley*, 2003, pp. 1849-1855.

LACRUZ BERDEJO, J. L., «"Convivencia more uxorio". Estipulaciones y presunciones», en *Centenario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1990, pp. 1061-1069.

LÓPEZ AZCONA, A., *La ruptura de las parejas de hecho,* Navarra, 2002.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», en *AAMN*, 2000, pp. 205-249.

MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, 3.ª ed., Pamplona, 2006.

OSSORIO SERRANO, J. M., «Relaciones y otros efectos puramente personales o no patrimoniales que se derivan de la convivencia de parejas de hecho», en R. HERRERA CAMPOSO (coord.), *Parejas de hecho: cursos de verano de la Universidad Complutense en Almería*, 1996, pp. 37-50.

PARRA LUCÁN, M.ª A., «Autonomía de la voluntad y Derecho de familia», en *Diario La Ley*, 2011-3, y en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado (Estudios en Conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado),* Tomo I: Derecho de la persona, familia y sucesiones, Madrid, 2012.

REBOLLEDO VARELA, A. L., «El contrato de unión civil: la regulación de su contenido y efectos», en *Revista de derecho de familia*, n.º 43, 2009, pp. 23-54.

TORRES LANA, J. A., «Relaciones patrimoniales a la conclusión de la convivencia "more uxorio"», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo,* vol. V, Madrid, 1988, pp. 771-793.

—, «De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», en *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 9-23.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA APARIENCIA (COMENTANDO LA STS DE 7 DE JULIO DE 2021)

THE LEGAL PROTECTION OF THEAPPEARANCE (COMMENTING ON THE STS OF JULY 7 FROM 2021)

Carlos Pérez Ramos
Notario de Madrid

Resumen: En este trabajo se realiza un comentario sobre la protección jurídica de la apariencia, a colación de la STS de 7 de julio de 2021, en la que se resuelve si la nulidad de un poder arrastra también la de la fianza y la hipoteca en garantía de deuda ajena constituida haciendo uso del referido poder.

Palabras clave: protección jurídica; apariencia; tercero; poder.

Abstract: In this work a comment is made on the legal protection of appearance, a collation of the STS of July 7, 2021, in which it is resolved if the invalidity of a power of attorney entails also that of the surety and the mortgage in guarantee of third-party debt constituted making use of the aforementioned power of attorney.

Keywords: legal protection; appearance; third-party; power of attorney.

Simplificándolo, el caso de la STS 7 de julio de 2021 es el de un poder que un padre otorga ante notario nombrando apoderado a uno de sus hijos. Este, haciendo uso del poder, comparece en un préstamo hipotecario y en nombre y representación de su padre consiente que el mismo quede obligado como fiador y además hipoteque una finca en garantía de deuda ajena. Posteriormente, una de las hijas impugna el poder alegando que su padre al concederlo no tenía capacidad de obrar suficiente, y judicialmente así se declara. Lo que la STS 7 de julio de 2021 resuelve es si la nulidad del poder arrastra también la de la fianza y la hipoteca en garantía de deuda ajena o el banco acreedor puede alegar algún tipo de protección que permita que el negocio subsista.

Lo que pretendo en estas líneas es contemplar la STS 7 de julio de 2021 desde el punto de vista de la **teoría de la protección jurídica de la apariencia**, ya que al final lo que hace la sentencia es dilucidar si concurren los requisitos necesarios para que el tercero (el Banco) que contrató con el representante aparente quede protegido en perjuicio del aparente representado; y la representación aparente no deja de ser una manifestación más (como los arts. 464 Cc, 34 LH, 85, 545 y 286 Ccm, y los arts. 234 LSC, art. 8 Ley de Firma Electrónica, el art. 196 Cc, etc.) de la doctrina de la protección jurídica de la apariencia.

¿A qué nos referimos cuando hablamos de la protección jurídica de la apariencia? A uno de los instrumentos de los que se sirve el Derecho para proporcionar **seguridad y certeza** a las relaciones humanas **¿y cómo va a proporcionar esta seguridad?** Muy sencillo: atribuyendo efectos jurídicos *a lo que no existiendo en la realidad sin embargo se manifiesta al exterior como real,* protegiendo de esta forma la buena fe del tercero que confió en dicha apariencia. Por ejemplo, permitiendo que surta efectos el negocio consentido por el representante aparente a pesar de haberse extinguido el poder por su revocación o reconociendo como propietario a quien de buena fe compró a quien aparecía en el registro como propietario.

Como se observa de ambos ejemplos, y en el del caso de la STS 7 de julio 2021, en todos los casos de protección jurídica de la apariencia hay una **tensión** entre dos intereses **antagónicos** pero igualmente **lícitos** y atendibles: el del *titular legítimo* y el del *tercero que de buena fe confió en la apariencia*. En los ejemplos vistos entre el tercero que de buena fe confió en la apariencia y el representado que revocó el poder, o el verdadero dueño cuya adquisición no accedió al registro de la propiedad, o el del aparente representado y el del Banco con el que haciendo uso de un poder notarial aparentemente correcto acuerdan una fianza y una hipoteca.

Pues bien, en el fondo, la historia de la protección jurídica de la apariencia es la historia de una *decisión del legislador*: la de dar **preferencia** a uno u otro **interés en liza**, al del ***verus dominus*** o al del **tercero**, o lo que es lo mismo, a la segu*ridad jurídica estática* o a la *dinámica.*

Según la época se contempla con más simpatía la **seguridad estática** (que refuerza el derecho de propiedad y que responde más a una concepción liberal de la economía) o la **seguridad dinámica** (que refuerza la protección del tercero y una visión más *social* de la economía, aunque también más favorecedor de una economía especulativa basada en el intercambio de bienes lo que justifique que esté más presente en el Derecho Mercantil [el factor notorio, las adquisiciones *a non domino* de mercaderías, la representación orgánica, etc.] que en el Derecho Civil).

Históricamente, en el derecho romano regía el principio de *nemo dat quod not habet* por lo que prevalecía el interés del titular legítimo frente al del tercero de buena fe, de manera que el primero no se vería afectado por aquellas actuaciones que repercutieran sin su consentimiento en su esfera jurídica. Sin embargo, el criterio del derecho germánico que a través de la *gewere* daba preferencia al tercero. Sin embargo, poco a poco se va introduciendo la protección al tercero en la jurisprudencia francesa, pasando luego a su derecho positivo, en el Cc italiano, el BGB alemán, el portugués y, dispersamente, en nuestro derecho positivo.

Y la razón de la introducción de este principio en los textos legales y de que en ocasiones el legislador prefiera al tercero de buena fe que adquiere el derecho frente a quien legítimamente es el titular del mismo se encuentra

para Bérgamo[1] en la propia dinámica de las relaciones económicas exige que haya muchas transacciones y para ello es necesario que las transacciones sean rápidas y si deben ser rápidas es imprescindible que el tercero no deba perder el tiempo en comprobar que con quien contrata además de aparentar ser el titular legítimo es el verdadero titular. Movimiento que Bérgamo propone que se puede condensar en la siguiente formula: *no tenemos tiempo de dudar. Creemos, y por una especie de entente tácita, consideramos como un derecho la apariencia de un derecho*.

No obstante, en los últimos tiempos se ha puesto en duda que en caso de **conflicto** entre el verdadero dueño y el tercero de buena fe se deba preferir al primero frente al segundo, por lo que para cierto sector de la doctrina se puede hablar de una **crisis de la *protección de la apariencia,*** y como corolario de lo anterior el negar que la protección de la apariencia sea un verdadero principio general del derecho por lo que no será posible su aplicación por analogía a casos no previstos y se deberá interpretar estrictamente los previstos, de ahí, que por ejemplo, Álfaro Águila Real[2] y Miquel[3] interpreten literalmente el art. 1738 Cc, exigiendo en consecuencia, para que el tercero de buena fe que contrata con el apoderado con poder extinguido quede protegido sea también el mandatario de buena fe, o consideren que no se puede extender la protección de la apariencia a quien contrata con una sociedad sobre un activo esencial en los casos del nuevo 160 f) LSC.

Por su parte, la jurisprudencia en este debate ha adoptado en los últimos tiempos una postura prudente, o mejor dicho, *realista y práctica.* No profundiza en si la protección jurídica de la apariencia es o no un principio general, sino que se limita, buscando la justicia del caso concreto y siendo consciente que la protección del tercero supone el sacrificio del derecho del titular legítimo, a exigir para su aplicación, atendiendo a las circunstancias del caso, que el tercero haya tenido una buena fe diligente (en esta línea la STS 7 de julio 2021).

---

[1] Bérgamo, *La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español*. Colegio notarial de Valencia, Conferencias del curso del año 1945.

[2] Álfaro Águila Real, J., Entrada en el Blog www.derechomercentildeespana.com Disponible en: https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/03/el-poder-de-papa-cuando-papa-ya-habia.html?showComment=1394726338422#c5616254066761554659

[3] Miquel J. Mª., Entrada en el blog www.derechomercentildeespana.com Disponible en: https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/03/el-articulo-1738-del-codigo-civil.html

De esta forma está limitando mucho el campo de actuación de la protección jurídica de la apariencia. Es como si de uno de los requisitos para poder aplicar la protección jurídica de la apariencia, precisamente el requisito más importante —la buena fe del tercero—, naciera *un anticuerpo, una medida de autocontrol* para evitar la aplicación abusiva e injusta de la protección jurídica de la apariencia.

Los **requisitos** para que pueda protegerse jurídicamente la apariencia son tres: la **existencia de una apariencia** (requisito objetivo), la **buena fe** del tercero que confió en la apariencia (requisito subjetivo), y que el tercero hubiese concertado confiando en la apariencia un **negocio válido y oneroso** (requisito formal). La concurrencia o no de estos requisitos son los que va a determinar la solución al caso planteado por la STS 7 de julio de 2021, y que por ello se deba preferir el interés del falso representado (el padre cuyo poder fue anulado por falta de capacidad) o el de Banco (tercero a cuyo favor se constituyó la fianza o la hipoteca).

La STS 7 de julio de 2021 analiza la concurrencia de estos requisitos, pero como veremos lo hace de manera confusa, incompleta e incluso incorrecta.

Lo hace de manera **confusa** porque se echa de menos que de forma clara y sistemática analice el posible cumplimiento de los requisitos de la protección jurídica de la apariencia (que son los mismos —con el matiz que veremos— que los de la representación aparente).

Es **incompleta** porque no analiza si realmente existió una apariencia protegible desde el momento en que el falso representado **nunca** contribuyó a la **creación** de esta, siendo sin duda una de las cuestiones más interesantes que planteaba el caso analizado por la STS 7 de julio de 2021 (aunque tal vez el TS venía en este punto limitado por los argumentos de las partes y los pronunciamientos contenidos en la sentencia de la audiencia provincial recurrida).

Y, finalmente, aplica uno de los requisitos —la buena fe del tercero que confía en la apariencia, esto es en la escritura de poder— de manera **incorrecta,** y hasta simplona, de forma totalmente alejada del prestigio y el nivel técnico de la Ponente, la magnífica jurista Mª Ángeles Parra Lucán.

Vamos a analizar los requisitos:

1. La existencia de una apariencia que objetivamente parezca lo que no es. Por tanto se precisa:

a) La existencia de una apariencia: en nuestro caso existe un poder notarial que genera la apariencia que válidamente se concedió al apoderado la facultad de en nombre del poderdante afianzar e hipotecar deuda ajena, cuando en realidad no fue así porque el poderdante carecía de capacidad para apoderar.

b) Que objetivamente la apariencia parezca lo que no es. Es decir, que tenga verosimilitud y consistencia, ya que como dice Rodríguez Adrados[4] cuando se trata de proteger a la apariencia se debe exigir **una cierta consistencia en la apariencia misma**. En nuestro caso concurre puesto que existe una escritura notarial de poder.

Con relación al requisito de la existencia de una apariencia, la **cuestión más interesante y discutida** es la si **¿es necesario que el titular legítimo haya creado, o permitido conscientemente la apariencia no destruyéndola?** (en el caso de la sentencia no ha sido así ya que el apoderado no llegó a consentir conscientemente el poder ya que no tenía capacidad ni discernimiento para ello).

Gordillo Cañas[5] estudia esta cuestión ofreciéndonos dos posiciones a las que nosotros nos atreveremos a añadir una tercera.

1) **Es necesario que el titular legítimo, el perjudicado** (en nuestro caso el falso representado) **haya sido responsable de la creación de la apariencia o no siéndolo, teniendo conocimiento de la misma la permita no destruyéndola.**

En la doctrina francesa se exigía que el perjudicado hubiera sido responsable en la creación de la apariencia, lo que permite reconducir la teoría de

[4] Rodríguez Adrados A., «Escrituras, contraescrituras y terceros», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 22, 2, 1980, pp. 229-392.

[5] Gordillo Cañas, A., *La representación aparente: Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica,* 2.ª ed. Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 157 y ss.

la apariencia a la responsabilidad extracontractual o aquiliana de los arts. 1902 y ss. Cc. También es exigido por parte de la doctrina alemana, en virtud de la teoría de la responsabilidad por la confianza en la apariencia creada y que implica que se debe exigir que el titular legítimo sea responsable en la creación o el mantenimiento de la apariencia en la que el tercero ha confiado.

Se apoya en que la tesis contraria como dice HUPKA conllevaría una injusticia, porque supondría que el *titular legítimo* quedaría obligado por un negocio que **no ha querido y en relación con el cual nada ha hecho que justifique la confianza del tercero a quien se va a preferir.**

De seguir esta tesis, en el caso de la STS 7 de julio 2021 nunca podría jugar la representación aparente puesto que el apoderado nunca fue responsable de la creación de la apariencia, esto es, del poder.

2) **La protección de la apariencia es indiferente de la implicación del *verus dominus* en la creación de la misma o su mantenimiento.**

Es la tesis de GORDILLO, se apoya en que el que el titular legítimo se vea privado de su derecho a favor del tercero es un mero efecto reflejo —o rebote— de la protección dispensada al tercero de buena fe.

Y se apoya en que la tesis contraria se olvida, de que la protección de la apariencia no tiene por finalidad castigar al *verus dominus* sino proteger al tercero de buena fe. Y además como dice GORDILLO la ley imputa al *verus dominus* los efectos de la apariencia sin distinguir si su creación fue voluntaria o involuntaria. Y pone el ejemplo de la representación aparente; porque si el poder aparente precisara la voluntad del poderdante, ¿cómo se podría distinguir del poder tácito (del art. 1710 Cc)? De seguir esta tesis sí podría aplicarse al caso de la sentencia analizada la doctrina de la representación aparente.

3 La protección de la apariencia al menos exige **que la apariencia sea imputable, aunque sea objetivamente al área de riesgo creada por el titular legítimo.**

Esta es nuestra tesis, que es una evolución de las dos primeras, ya que las matiza al considerar que es necesario que el titular legítimo **sea responsable en la creación de la apariencia, o al menos del área de riesgo al que**

la misma se refiere de forma similar a la responsabilidad objetiva, lo que se entiende con un ejemplo: es verdad que el poderdante es ajeno a la creación de la apariencia que se deriva de que el apoderado haya hecho uso de un poder que el poderdante ha revocado, instándole a la devolución del poder, y el apoderado a pesar de ello lo ha usado, o es ajeno a que el poder se haya extinguido por muerte del poderdante; no obstante, no es ajeno a la creación del *área de riesgo a la que se refiere la apariencia, es decir, a la concesión del poder*. Lo que en el caso de la STS 7 de julio 2011 no se daría puesto que en ningún caso el poderdante contribuyó ni a la creación ni al mantenimiento de la apariencia. Sería, por tanto, similar al interesante caso de la falsificación del poder (recomiendo el estudio sobre la falsificación del título y el Registro de la Propiedad de Ignacio Martínez-Gil en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, y el *Memento Hipotecario de 2021* de Francis Lefebvre). Además, a favor de esta solución podría alegarse que si examinamos los preceptos que justifican la teoría de la representación aparente (los arts. 1734 y 1738 Cc en sede de poderes, el art. 286 Cc para el factor notorio, y el art. 234 LSC para los administradores) observamos que en todos ellos concurren dos circunstancias: la primera que la representación no es suficiente (si lo hubiera sido no habría problema que analizar) y la segunda que a pesar de no ser suficiente lo aparentó, procediendo esa apariencia de la existencia de una previa concesión de representación. O dicho de otro modo, no puede protegerse al que de buena fe confía en la apariencia si no **hay apariencia**, y para que en la representación haya apariencia habrá de haberse concedido expresa o tácitamente (como en el factor notorio) esa representación aunque luego por cualquier causa se extinga o se sobrepase.

Creo que la STS 7 de julio 2011 sigue esta línea, aunque echo de menos que la desarrolle, y considero que la sigue porque entre los argumentos que construye para denegar el recurso de casación se encuentra el siguiente: "en el caso que juzgamos, a la vista de los antecedentes recogidos en el primer fundamento de derecho, podemos observar que no fue el representado quien creó la apariencia de representación, dada la absoluta falta de consentimiento, según la sentencia firme que declaró la nulidad del poder (lo que llevaría a la aplicación de los arts. 1259 y 1727 CC)". Y es que si da importancia, si recalca "*que no fue el representado quien creó la apariencia de representación*", tiene que ser por algo; y ese algo no puede ser más que para resaltar

que tiene consecuencias jurídicas el que el representado no haya creado la apariencia de representación, y estas consecuencias no pueden ser otras que la de negar la aplicación de la doctrina de la apariencia y la consiguiente protección del tercero.

2. Un requisito subjetivo. La buena fe del tercero. La exigencia de la buena fe del tercero resulta de varios preceptos que protegen la apariencia, y en general por la aplicación del art. 7.1 Cc que proclama que "*los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*".

Es interesante observar cómo el requisito de la buena fe ha ido evolucionando. La verdad es que si se atiende a las normas que en el CC se refieren a la buena fe, deduciremos que la buena fe se presume (art. 430 Cc) y que supone ignorancia o falso conocimiento por el tercero de la cosa que pareciendo no es, pero sin exigir que esa ignorancia fuera excusable o diligente. En fin, parece que se exige una mera buena fe **psicológica.** Sin embargo, si examinamos la LH y la LSC la cuestión ya no está tan clara. Es verdad que los arts. 32 y 34 LH se limitan a exigir buena fe en el tercero, pero también es cierto que el art. 36 LH en sede de usucapión *contra tabulas* no se limita a requerir que el tercero no haya conocido la realidad que se esconde bajo la apariencia que publica el Registro, sino además que *no la haya podido conocer*, lo que supone una cierta diligencia, y, por tanto, un paso más allá al de la simple ignorancia.

Paso más allá, que ya sin rubor, el art. 234 LSC acoge cuando exige para que el tercero quede protegido que haya sido de buena fe, pero además sin culpa grave, lo que presupone cierta diligencia por su parte. Es la llamada **buena fe ética**.

Hoy en día se puede afirmar, sin género de dudas, que está triunfando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia esta última concepción de la buena fe, ya que como acertadamente apunta Gordillo bajo la excusa de la buena fe no se puede favorecer al negligente y al ignorante por el mero hecho de serlo.

¿Era el Banco tercero de buena fe? En cuanto al requisito de la buena fe dice la sentencia que "que el banco no interviniera en el otorgamiento del poder luego declarado nulo ni en la rectificación de la escritura de préstamo

hipotecario no significa que, partiendo de la inexistencia de poder, pueda quedar amparado por la doctrina de la apariencia, dado que en el momento del otorgamiento de la escritura ninguna referencia se hizo al poder ni a su suficiencia".

En mi opinión, el TS está equivocado. No tiene sentido que dé tanta importancia a que en la escritura de hipoteca el notario se equivocara e hiciera constar que uno de los comparecientes en la escritura actuaba sin poder dado que al el Banco al valorar los riesgos de la operación y preparar el préstamo hipotecario cuya minuta suministra ha conocido que actuaba por poder. En fin, por supuesto que **el Banco es un tercero de buena fe, totalmente ajeno al negocio que ha generado la apariencia, esto es el poder, ya que no solo ignoraba que el poderdante carecía de capacidad, sino que le era imposible conocerlo;** más aún cuando la diligencia exigida al Banco para valorar su buena fe no puede implicar que deba investigar la capacidad de cualquier poder que vaya a emplearse en un préstamo hipotecario.

3. El requisito formal: que el negocio por el que el tercero adquirió un derecho de quien no era su legítimo titular y para el que se pide tutela por el Ordenamiento jurídico debe **ser válido y a título oneroso**. Tal y como resulta de varios preceptos que se refieren a la protección de la apariencia como el art. 33 LH y el art. 34 LH; y además es una solución lógica porque si en las adquisiciones gratuitas se prefiriera al tercero solo habría ventajas para este, y en cambio nada más que sacrificios para el verdadero dueño; por lo que si el legislador prefiriera al tercero no habría actuado conforme a la equidad. Porque cuando se contraponen en la balanza, los intereses del verdadero dueño y del donatario se observa que si se prefiere al verdadero dueño el donatario dejará de ganar pero nada perderá porque nada entregó a cambio.

Acertadamente, la STS 7 de julio de 2021 descarta que el requisito de la onerosidad concurra en este caso, puesto que tanto la fianza como la hipoteca en garantía de deuda ajena se suelen calificar de negocios gratuitos (otra cosa sería si se hubieran concedido por una sociedad a favor de otra sociedad del mismo grupo, en el que podría defenderse la posible onerosidad).

Por último, se encuentra el que el negocio por el tercero que adquirió el derecho que pretende conservar sea **válido**. Este requisito, sin duda, no

concurre en el caso analizado por la STS 7 de julio de 2021, toda vez que el negocio por el que se constituye una hipoteca en garantía de una deuda ajena es nulo por falta de consentimiento, puesto que el consentimiento del hipotecante no se prestó, ya que se exteriorizó a través de un poder nulo por falta de capacidad, y si no hay poder no hay consentimiento a la constitución de la hipoteca.

Ello me lleva preguntarme **¿el requisito de la validez del negocio es aplicable a la representación aparente?**

La verdad es que en una primera aproximación parece que hay argumentos (la aplicación por analogía del art. 33 LH cuando proclama que la inscripción no convalida los actos nulos) para sostener que la teoría de la representación aparente no se aplicará cuando el negocio por el que el tercero adquirió el derecho que reclama sea amparado sea nulo, pero creo que hay que descartar este camino. Es una *senda traicionera*, puesto que no hay que olvidar que uno de los preceptos claves para construir la teoría general de la representación es el art. 1259.2 Cc, que proclama que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no esté autorizado (por no tener poder o por ser éste insuficiente) será nulo. Por lo que siempre que se pretenda la protección del tercero que de buena fe contrató de representante aparente se podría decir que no puede protegerse al mismo, ya que el negocio en cuya virtud adquirió el derecho que reclama sea amparado era nulo, puesto que la otra parte no estaba representada (porque no existió el poder o se había extinguido) con lo que… nunca sería aplicable la teoría de la representación aparente.

En conclusión, en la pugna entre los intereses legítimos del representado aparente y el tercero de buena fe, deben prevalecer los del primero, tal y como determina la STS 7 de julio de 2021, ya que este no intervino en la creación de la apariencia, y el Banco a cuyo favor se constituyó la hipoteca y la fianza aunque era tercero de buena fe no adquirió a título oneroso.

Por último, propongo muy brevemente analizar una cuestión relacionada con la STS 7 de julio de 2021. En el caso que la misma contempla creo evidente que estamos ante un negocio nulo, puesto que en el mismo no concurrieron los consentimientos de todas las partes contratantes desde el momento que uno de los consentimientos se prestó por poder nulo por falta

de capacidad. El que el título sea nulo impide la aplicación del art. 34 LH, siendo aplicable el art. 33 LH, que impide que la inscripción convalide los contratos nulos.

Llegados a este punto nos podemos preguntar que si el contrato es nulo por falta de consentimiento por falta de poder, **¿en cualquier caso que falte el poder o sea insuficiente deberá aplicarse el art. 33 LH y no el art. 34 LH?** La respuesta afirmativa implicaría una conclusión precipitada, porque no es verdadera, o mejor dicho es verdadera a medias. Me explico, por mor de la teoría de la representación aparente puede que el poder extinguido o insuficiente deba surtir efectos frente al tercero de buena fe, con lo que ya no puede decirse que el negocio es nulo, por lo que no será aplicable el art. 33 LH. Es decir, es como si ante un negocio que accede al registro de la propiedad habiéndose consentido por una de las partes en virtud de un poder extinguido, gráficamente tuviéramos que imaginarnos dos escalones: en el primer escalón deberemos comprobar que concurren los requisitos para que el poder surta efectos frente al tercero de buena fe (art. 1738 CC), y una vez que concluimos que surte efectos, en el siguiente escalón descartaremos que haya que aplicar el art. 33 LH, por lo que la inscripción no convalida el negocio nulo, puesto que esta convalidación fue previa por ministerio de la ley (a través de la aplicación de la teoría de la representación aparente).

Finalmente, la nulidad de la fianza y de la hipoteca plantea el interesante caso de qué **ocurriría si apareciera en escena un tercero**, por ejemplo, que el crédito se cediera por el Banco, ¿podría el cesionario de buena fe pretender ejecutar la hipoteca o la fianza? La respuesta a esta pregunta nos conduce a tratar los **efectos de la nulidad** (y de la anulabilidad una vez reconocida judicialmente), para lo que hay que partir de la premisa que si un negocio es nulo o judicialmente es reconocida su anulabilidad no puede surtir efectos y se debe reponer la situación anterior a la celebración del negocio, por lo que las partes deberán restituirse aquello que en virtud del negocio se entregaron (art. 1303 Cc), y **¿si alguna cosa objeto del negocio está en poder de un tercero que no fue parte en el negocio?** En ese caso esta deberá también restituirla, aunque no fuera parte del negocio inválido, puesto que la nulidad del primer negocio arrastrará la del sucesivo. Es decir, por ejemplo, si A vende a B y B vende a C, y el negocio por el que adquirió B es nulo, no habrá podido transmitir válidamente a C puesto que nunca se

la pudo considerar lícita propietaria. No obstante, esta cadena de nulidades tiene dos excepciones: una vinculada con la protección de la buena fe, que es la teoría de la protección jurídica de la apariencia, y la otra, a la institución de la usucapión para la que no se exige buena fe (aunque sí título verdadero y válido), sin perjuicio que los plazos exigidos para usucapir serán más breves si el poseedor es de buena fe.

Respecto a los efectos frente a terceros de la nulidad de un negocio puede ser interesante recordar su tratamiento por Delgado Echevarría y Parra Lucán (Ponente de la Sentencia analizada)[6]. Nos recalcan que "conviene insistir en que la situación del negocio anulable, una vez anulado, y la del nulo de pleno derecho es absolutamente idéntica, y que la restauración primitiva procede en ambos casos en los mismos términos de manera **que salvo que el tercer subadquirente hubiera adquirido por usucapión o a non domino vía 464 CC ó 34 LH, estará obligado a la devolución de la cosa al *dominus negoti* quedando resuelto su derecho**"; En suma los citados autores concluyen que el criterio general debe ser que "**los posteriores adquirentes lo son de quien no es propietario (por ser su título inválido), y el propietario que dispuso inválidamente de la cosa podrá recuperarla de manos de los terceros**".

Como dice Albiez Dohrmann "sólo cuando no existen normas de protección o faltan los presupuestos para que el Ordenamiento jurídico dispense su protección a los terceros adquirentes, **la repercusión de la nulidad adquiere plena eficacia. La nulidad en estos casos puede arrastrar a los demás contratos de manera que el último también carezca de una causa de atribución patrimonial, debiendo tener entonces los efectos restitutorios en cadena propios de toda nulidad**".

Y es que en nuestro Ordenamiento jurídico carecemos de una norma similar al art. 1051 del CC argentino que salva de los efectos de la nulidad al tercero adquirente de buena fe a título oneroso. Sí que la tenemos en el caso de la rescisión de los contratos en el art. 1295.2 que ampara al tercero civil que de buena fe y a título oneroso hubiera adquirido de quien a su vez

[6] Delgado Echevarría y Parra Lucán (Ponente de la Sentencia analizada) en un libro ya clásico del año 2005, *Nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Ed. Dykinson.

adquirió en un contrato luego rescindido y en el caso del pago de lo indebido (art. 1897 CC).

Es verdad que la doctrina se ha planteado si es aplicable por analogía el art. 1295.2 Cc a otros casos de ineficacia, concluyendo Delgado Echeverría y Parra Lucán que no es posible puesto que la ratio del art. 1295 CC se sustenta en que los contratos rescindibles son válidos (art. 1290 CC).

RESOLUCIÓN DE 16 DE DICIEMBRE DE 2021 (BOE 29 DE DICIEMBRE), QUE RESUELVE EL RECURSO CONTRA LA DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE UNA ESCRITURA DE DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD

Tomás Giménez Duart
Miembro de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña
Notario

Resumen: Si en un proindiviso de tres sobre una única finca solo queda uno, estamos ante una extinción total del condominio, y no ante una disolución parcial (podría ser un descubrimiento de D. Pero Grullo, pero no: es doctrina).

Palabras clave: comunidad de bienes, disolución total, disolución parcial, calificación.

Me pide la dirección de esta revista un comentario a alguna de las recientes resoluciones relativas al Registro de la Propiedad. La que yo quiera. Y yo escojo, haciendo uso de la libertad que se me concede, la que me parece más banal, la más jurídicamente intrascendente, pero, en cambio, con, permítaseme la expresión, un gran "calado sistémico". Veamos los hechos.

Un notario autoriza una escritura, que titula de "disolución de comunidad", por la cual tres personas, dueñas por iguales partes de una finca, adjudican a la tercera dos terceras partes indivisas, quedando esta última como único propietario de la finca; como consecuencia del exceso de adjudicación, el adjudicatario abona a cada uno de los salientes una cantidad de dinero igual a una tercera parte del valor total atribuido a la finca en la misma escritura.

Tan complejo e insólito negocio jurídico es calificado negativamente por "*no ser posible la extinción parcial* (sic) *del condominio… y porque… en el presente caso lo que se hace es transmitir unas cuotas indivisas de la finca de un copropietario a otro*".

Hay que reconocer que el asunto que se somete a la consideración del Centro Directivo es de una novedad y una complejidad absolutas, lo que le obliga a argumentar a lo largo y ancho de once páginas del BOE para concluir, muy resumidamente: (i) que si el notario (al que veladamente se le reprocha que utilice la expresión "adjudican") tituló la escritura como disolución de comunidad; (ii) que si se compensan los excesos de adjudicación que se declaran; y (iii) que si se adjudica a uno solo la única finca objeto del negocio jurídico… es porque nos hallamos en presencia de ¡una disolución de comunidad!

Permíteme ahora, lector, un largo anacoluto. Imaginemos que un notario autorizara una escritura de donación en la que se dijera que el donatario, "en compensación a lo donado", abona al donante X miles de euros. Sería

algo mucho menos descabellado que la nota objeto de la resolución, porque cabe perfectamente la donación con causa onerosa en nuestro derecho (art. 622 CC), pero tengo casi la certeza de que la DGSJyFP no dudaría lo más mínimo en reprochar severamente al notario la defectuosa redacción técnica de la escritura. Ahora bien, cuando se trata de "calificar una calificación" insostenible: silencio absoluto. Todo lo contrario, páginas y más páginas para tapar el desacierto.

No me he detenido, ni pienso hacerlo, en contar el porcentaje de recursos planteados por notarios en los que se quejan estos de la ausencia de fundamento en la calificación, pero afirmaría que ronda el cincuenta por ciento. Pero no pasa nada, porque, como los notarios son muy agudos, ya intuirán de qué va la cosa. No hablemos de las calificaciones extemporáneas o "duplicadas"; tampoco pasa nada, porque ante todo ha de prevalecer el sacrosanto principio de legalidad… aunque sea en detrimento del de seguridad jurídica… que da nombre al Centro Directivo… y que a mí me parece aún más sacrosanto que el de legalidad.

Un ejemplo de lo que estoy diciendo lo hallará el lector en una Resolución publicada en el BOE del 28 de diciembre, día de los Inocentes, un día antes de la que aquí comento. Me refiero a la de fecha 16 de diciembre, asunto notario de Castellón *vs* RP de Viver. Lean ustedes, por favor, los hechos. Pónganse en el lugar del notario o, mejor, en el del ciudadano que solicita el servicio registral. Ante una doble calificación "injustificable pero justificada" (el entrecomillado no es de la DG, sino mío), ante el calvario por el que ha debido discurrir la fe pública notarial, el "resultado funcionarial" de esta resolución —el sustantivo es lo de menos— es el siguiente:

A) Respecto de la calificación: "*La alegación de un nuevo defecto en la segunda nota de calificación… podría ser contraria a la doctrina de este Centro Directivo por la cual la calificación ha de ser global y unitaria, si el anterior asiento de presentación no hubiera caducado. Pero, al caducar el mismo, este puede ser objeto de nueva calificación, conforme al artículo 108 del Reglamento Hipotecario, por lo que estamos ante una nueva calificación. Pero, aunque no fuera una primera calificación, en todo caso, ese principio de calificación global y unitaria debe ceder ante la aplicación del principio de legalidad para impedir que accedan al Registro títulos defec-*

tuosos, sin perjuicio de la posible responsabilidad del registrador...". Dicho en corto, en el ámbito registral el principio de seguridad jurídica queda postergado. Vamos bien… para la calificación, claro.

B) Respecto del notario: *"… debe recordarse que el ámbito del recurso es resolver si la calificación negativa del registrador es o no ajustada a Derecho… y no es el cauce apropiado para resolver determinadas cuestiones, como el acierto de la decisión del registrador,… debiendo los funcionarios públicos abstenerse de realizar descalificaciones, juicios de valor o apreciaciones personales en el escrito de recurso o en el informe en defensa de la nota, al ser un proceder por completo ajeno al derecho a la defensa. Al margen de la legítima discrepancia con la calificación del registrador, debe exigirse, máxime tratándose de funcionarios públicos, una argumentación jurídica aséptica en relación con los defectos observados en la nota de calificación…".* Vamos mal… para el notario. Muy mal el notario en las formas… y en el fondo, porque, encima pierde el recurso.

Resulta que nunca son malas las formas de las calificaciones incompresibles, no fundamentadas, con citas de jurisprudencia que no hacen al caso; en una palabra: "despectivas" para con la fe pública notarial. Ni es reprochable el no atender a las llamadas telefónicas, ni a la primera ni a la segunda ni a la sexta. Pero, sí son malas maneras las del notario recurrente que aprovecha el recurso "sustantivo" para expresar sus más que legítimas quejas. El notario no puede expresar su molestia al recurrir, porque su obligación es la de ser un funcionario "aséptico", como las fosas o pozos en los que se acumulan los detritos[1].

Pero volvamos a la resolución de Valladolid-6. Recordemos su ratio: *si un bien que era de tres pasa a ser de uno, no hay extinción parcial, sino extinción total de la comunidad.*

[1] Encima, el argumento "de fondo", para rechazar el recurso contra las notas (varias) del RP de Viver, no puede ser más inconsistente. Dice el Centro Directivo, en el párrafo último del fundamento final que: *para poder inscribir el régimen de propiedad horizontal* (de casa antigua) *debe acreditarse el otorgamiento de licencia administrativa, declaración de innecesaridad, o acreditar la antigüedad de la propiedad horizontal*. Pero ¿cómo un arquitecto va a poder certificar "la antigüedad de una propiedad horizontal"? Un técnico podrá decir que, desde hace más de X años, la casa se compone de tres viviendas; pero quizá solo diga que contiene tres puertas que dan a la caja de escalera, o tres cocinas… y, en tal caso, de nuevo entrará en juego la calificación para cumplimiento del principio de legalidad. Y como este sacrosanto principio permite defender una cosa y su contraria —díganmelo, si no, a mí, que vivo donde vivo— el resultado es impredecible. La seguridad jurídica hecha trizas.

Para llegar a tan notable conclusión el Centro Directivo dicta un fallo cuya lectura recomiendo vivamente, sobre todo a opositores y preparadores, porque contiene un completo resumen, no solo de la doctrina de la antes DGRN, sino de las implicaciones fiscales de la misma, con cita de las consultas y sentencias atinentes al respecto. Completísimo estudio, repito. Es algo que hay que agradecer a la nota de calificación que da origen al pronunciamiento.

Sin que eso quiera decir que quien escribe esta nota comparta, ni poco ni nada, esa doctrina "ya consolidada" del Centro Directivo:

1. No comparto la extensión de la resolución, lo que ya se ha convertido en un también consolidado vicio. El asunto se podría haber liquidado en media página, pero quizá en tal caso la calificación se hubiera visto demasiado[2].

2. No comparto la insinuación, que durante algún tiempo fue afirmación del CD, de que en nuestro derecho no cabe la disolución parcial de comunidad. ¡Pues claro que cabe! Igual que antes no existían y hoy sí el *leasing*, el *confirming* o el *factoring*. ¿Por qué no cabe

[2] En la jurisprudencia española, desde el Tribunal Constitucional a la DGSJyFP, pasando por el mismo Tribunal Supremo, llevamos ya demasiado tiempo confundiendo "argumentación" con "extensión", con páginas y páginas de argumentos insustanciales, lo que da como resultado una falta de claridad que sería impensable en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno. Llama la atención que el Constitucional alemán resuelva, en unas pocas semanas y en unos pocos folios, un asunto de tanta trascendencia, no solo europea, sino mundial, como el de los límites al programa de compra de deuda por el BCE, esa "asistencia" de la que nosotros nos vamos a alimentar durante algunos años. O que Francia, ¡en cinco semanas y en siete páginas! (de tamaño de letra Arial 12, de las que las dos primeras son antecedentes) resuelva acerca de la enseñanza en lengua vernácula en las escuelas francesas y, no solo eso, sino que, además, le queda espacio para entrar ¡de oficio! (algo impensable en España) en una cuestión no planteada por los recurrentes, negando los acentos sobre las consonantes de los nombres y apellidos bretones, por la sencilla razón de que "la lengua del Registro Civil galo es el francés y en este idioma no hay acentos sobre las consonantes". Y ello con, aproximadamente, la mitad de palabras que utiliza la DGSJyFP para justificar la resolución que dicta en el importante asunto que estamos analizando. Y ¡qué decir de la Ley de Claridad de la Corte Suprema de Canadá! La llamada Clarity Act o Loi de clarification, sobre la que en Cataluña se han escrito y se siguen escribiendo, cientos, si no miles, de folios. Solo cuatro páginas y media de argumentos jurídicos (y otras dos y media de "carpeta") para resolver, nada más y nada menos, las condiciones en las que Quebec podría "iniciar" un proceso de escisión del conjunto de Canadá. Pero, item más, cuatro páginas y media (no folios) ¡a doble columna! En inglés y francés. O sea, poco más de dos "caras" de argumentos, no solo claros, sino que crean doctrina para medio mundo. ¿No tendríamos nosotros que aprender algo?

"hablar con propiedad de extinción parcial de comunidad"? Si una comunidad pasa de veintitrés a veintidós comuneros esa comunidad, se quiera o no, se ha extinguido "parcialmente" respecto del comunero que sale de ella. Que es lo que, después del desbarajuste creado con la negación, viene a reconocer la DG. Otra cosa es que ese "título" sea hábil para transmitir el dominio. Pero ¿por qué no va a serlo si hay una voluntad traslativa amparada en una justa causa?

3. Las dudas del Centro Directivo respecto de extinción parcial proceden, en el fondo, de creer que en el tráfico inmobiliario solo existe el Derecho Hipotecario. Y, claro, con esa perspectiva chocan de bruces con el artículo 34 LH. Esta resolución explica muy bien la tesis oficial, porque no se puede negar que didáctica lo es. Viene a decir: si en una comunidad de dos por mitad, A transmite a B su cuota por precio, el tal B gozará de la protección del art. 34 LH respecto de la mitad adquirida. Pero, si en esa misma comunidad, A y B la disuelven y se le adjudica a B que compensa, B no goza de la protección del art. 34, porque como la disolución de comunidad es determinativa o, como mucho, especificativa, su adquisición no es traslativa a título oneroso, por lo que no tendrá más protección que la derivada de la adquisición de la cuota inicial.

No puedo compartir esa interpretación puramente nominalista. Es, como diría Díez Picazo, el tipo de hermenéutica que hace prevalecer los esquemas de la jurisprudencia de conceptos sobre los de la jurisprudencia de intereses. Quien piensa como el CD probablemente en su vida ha recibido a un cliente. Porque, cuando dos hermanos vienen a la notaría a encargar la escritura, en el 99 % de los casos lo que se le dice al notario es "he comprado la mitad de mi hermano y venimos a hacer las escrituras". Hay que ser muy jurista (o muy zurupeto o muy cursi) para encargar "una escritura de disolución de comunidad con pago en metálico del exceso de adjudicación". Es el notario el que da forma a "esa compraventa" y la instrumenta

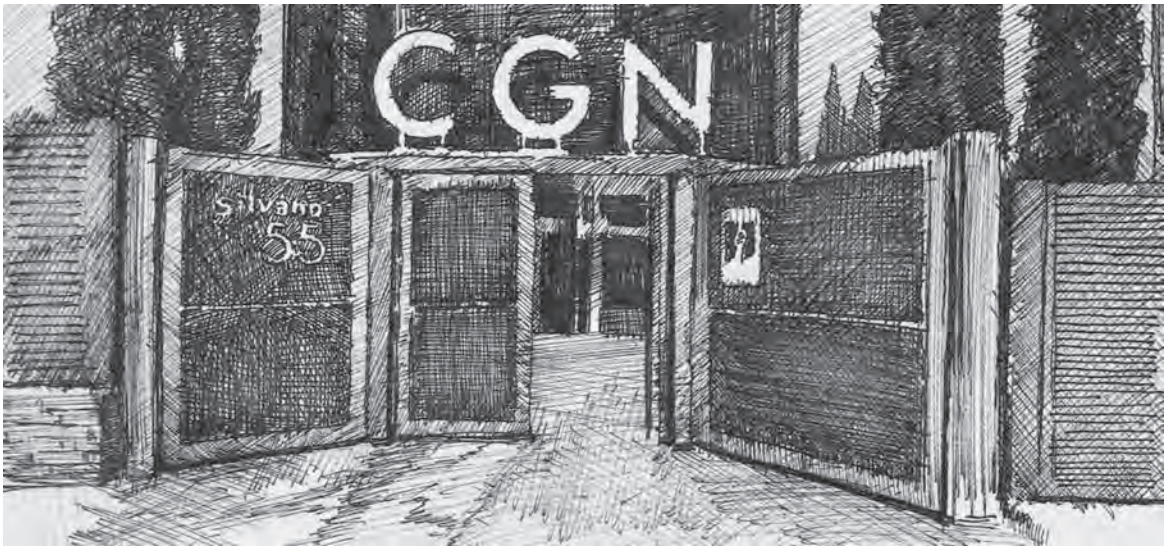
como disolución de comunidad. ¿Y de eso va a depender que juegue o no el art. 34 LH? ¡Pues qué pobre conceptualmente es el Derecho Hipotecario!

Por eso, cuando al Centro Directivo le entra una disolución parcial se plantea automáticamente ¿esto será una transmisión onerosa o no? Por eso pide que el notario exprese claro en la escritura "el cómo o el porqué de la adjudicación". Es decir, la causa. Y en esa tesitura el resultado fácil es (fue) afirmar que "la disolución parcial no existe". ¡Qué simple! Y ¡qué inútil! Porque la resolución final del dilema en torno al art 34 LH no competerá a la DGSJyFP, sino a los tribunales.

A partir de ahí, la confusión legal, las calificaciones desproporcionadas y las liquidaciones fiscales esotéricas se prodigan. Y, claro, el notario nunca sabe a qué atenerse. Porque, te digan lo que te digan, lector, el principio de seguridad jurídica preventiva (que es el producto notarial por excelencia) importa muy poco… supeditado como está al de legalidad tabular, que —como el derecho a decidir— ampara casi todo[3].

[3] No deja de llamar la atención que la normalidad, la racionalidad, en materia de disolución de comunidad haya tenido que proceder del ámbito administrativo-fiscal, por delante de la jurisprudencia de la DGSJyFP, que hubiera sido lo propio. Me refiero a la consulta vinculante (CV) V2889-2021, de 27 de noviembre, de la Dirección General de Tributos (DGTr) en la que se afirma, con base a la STS 1509/2019, de 30 de octubre, que en una comunidad romana hay "tantas comunidades" como bienes haya en comunidad. Se aparta, así pues, del anterior criterio que consideraba que si dos o más personas tenían varios bienes en común por herencia, donación o compraventa había tantas comunidades como títulos de adquisición, debiendo disolverse de manera separada cada una de ellas.

Derecho civil autonómico



NUEVAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PACTOS SUCESORIOS EN EL DERECHO CATALÁN: PERSPECTIVAS SUSTANTIVA Y FISCAL*[1]

NEW CONSIDERATIONS ON SUCCESSORY AGREEMENTS IN CATALAN LAW: SUBSTANTIVE AND FISCAL PERSPECTIVES

Tomás Giménez Duart
Miembro de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña
Notario

Resumen: Los pactos sucesorios se están otorgando en Cataluña con una cierta ligereza, pensando solo en el inmediato beneficio fiscal y dejando a un lado la problemática civil, lo que a la larga

* *In memoriam* de Roberto Follia Camps. Amigo, maestro, compañero y, por encima de todo, una magnífica persona.

[1] Este trabajo es una "segunda versión ampliada" del original en catalán —publicado en la *Revista Jurídica de Catalunya*, número 2 de 2021— de mi discurso de ingreso en la Acadèmia Jurisprudència i Legislació de Catalunya. No es habitual publicar una segunda versión de un mismo estudio, pero creo que en esta ocasión me justifican cuatro razones: **a)** publicar una versión en castellano, lo que, evidentemente, amplía su difusión; **b)** hacerlo en una revista notarial, puesto que las consideraciones que aquí se hacen tienen especial interés en el ámbito de la escritura pública (los pactos sucesorios los son); **c)** porque, tras la lectura del discurso de ingreso, he recibido críticas, sugerencias y aportaciones de académicos y amigos juristas que enriquecen esta segunda versión con consideraciones que no figuraban en el discurso inicial; y **d)** por razón de la publicación, pocas semanas después de mi ingreso en la Acadèmia, de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de *Medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal*, lo cual obliga a rehacer en parte la "primera versión", que fue redactada sobre la base del anteproyecto.

Adicionalmente pido disculpas por si, en esta versión en español/castellano, se desliza alguna incorrección sintáctica, pues no es fácil "autotraducirse" —ni corregir al traductor automático— sin incurrir en errores de expresión.

puede producir unos efectos indeseados para la concordia familiar e incluso para la continuidad de la empresa.

Palabras clave: Cataluña, pacto sucesorio, heredamiento, sucesión inter vivos y mortis causa, contemplatio mortis, fiscalidad.

Abstract: Succession agreements are being granted in Catalonia with a certain lightness, thinking only of the immediate tax benefit and leaving aside civil problems, which in the long run can produce undesired effects for family harmony and even for continuity of the company.

Keywords: Catalonia, succession agreement, inheritance, succession inter vivos and mortis causa, contemplatio mortis, taxation.

SUMARIO

PRIMERA PARTE: ASPECTOS CIVILES Y SUSTANTIVOS

I. LA RAZÓN DE SER DE LOS PP. SS.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA

III. LOS SUJETOS

IV. EL OBJETO

V. LA FORMA

SEGUNDA PARTE: ASPECTOS FISCALES

I. CUESTIÓN PREVIA: LA NATURALEZA INTER VIVOS O MORTIS CAUSA DE LOS PP. SS.

II. LA FISCALIDAD

1. PS de Atribución Particular(PSAP)
2. PS de atribución universal (heredamiento)
   2.1. Heredamiento simple (sin transmisión de presente)
   2.2. Heredamiento cumulativo (con transmisión de presente)

CONCLUSIONES

ADDENDA

PRIMERA PARTE: ASPECTOS CIVILES Y SUSTANTIVOS

Los pactos sucesorios (PP.SS.), a pesar de estar profusamente regulados en el Código Civil de Cataluña (CCC), en sus artículos 431 (concretamente, artículos 431-1 al 431-30), no dejan de ser una excepción, una "anomalía", dentro de un sistema de *voluntad sucesoria mortis causa esencialmente revocable*; lo que en cierta manera confirma el artículo **411-7 CCC** cuando dice que *"Son nulos los contratos o pactos sobre sucesión no abierta, salvo los que admite este código"*. Pero lo curioso es que, después de esa declaración de principios, el legislador los admite con una grandísima amplitud, puesto que se puede disponer vía PS prácticamente con la misma amplitud que en testamento, aunque sea solo dentro del círculo reducido de otorgantes que después veremos.

Pero, antes de entrar en las cuestiones prácticas (eufemismo de repercusiones fiscales) conviene plantearnos una serie de temas estrictamente civiles.

I. LA RAZÓN DE SER DE LOS PP. SS.

Como dice el preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio (los subrayados son del autor), *"... régimen de los pactos sucesorios es, sin duda, la innovación más importante que presenta el libro cuarto respecto al anterior Código de sucesiones... deben destacarse dos rasgos del nuevo sistema de sucesión contractual. Por una parte... los pactos sucesorios no se limitan ya a la institución de heredero o heredamiento, sino que admiten también, conjuntamente con el heredamiento o aisladamente, la realización de atribuciones particulares, equivalentes a los legados en la sucesión testamentaria. Por otra parte, la sucesión contractual se desliga de su contexto matrimonial... el libro cuarto ha optado por una solución intermedia*

prudente: los pactos solo pueden otorgarse con el cónyuge o conviviente, con la familia de este o con la familia propia, dentro de un cierto grado de parentesco por consanguinidad o afinidad. Esta regla… es suficientemente abierta para amparar los pactos que a veces se estipulan con ocasión de la transmisión de empresas familiares, en los que pueden llegar a intervenir varias generaciones de parientes en línea recta y otros miembros de la familia extensa...".

Esta transcripción parcial del preámbulo del Libro Cuarto del CCC refleja, a mi juicio, cuál ha sido la *ratio* de la innovación del mencionado Libro respecto de su antecesor, el Código de Sucesiones de Cataluña. Lo expresa muy bien el profesor Joan Egea cuando dice que *"un dels principals problemes de les empreses familiars és la seva poca estabilitat i la manca de fortalesa per a superar amb èxit els successius relleus generacionals. En la empresa individual, per exemple, la mort de l'empresari i la subsegüent crida d'una pluralitat de successors pot fer perillar per sí sola la seva pròpia subsistència, ja que les possibilitats de què s'acabi liquidant són molt elevades; a la societat familiar mercantil el risc és un altre: que amb l'atribució de les participacions representatives del capital de la societat, la família en perdi el control, és a dir, no ostenti un nombre d'accions o participacions suficient per a preservar-ne la capacitat decisòria"*[2].

Pues bien, precisamente para dar cobertura legal a esa necesidad llegaron los nuevos PP. SS. que, en cierta manera, vienen a complementar una figura importada del derecho anglosajón de la que se ha hecho —y se está haciendo— uso y abuso con una utilidad más que discutible: *el protocolo familiar*. Y digo "utilidad discutible" porque siempre he entendido que no hay mejor protocolo familiar que (i) un buen pacto estatutario regulador de la transmisión de las acciones y/o participaciones sociales, unido a (ii) un buen testamento o, ahora que se puede en Cataluña, un buen pacto sucesorio. Todo lo demás es poco más que una florida literatura jurídica que, osaría afirmar, servirá de poco si no va acompañada de las dos mencionadas figuras jurídicas.

Desde luego, el protocolo familiar puede incluir un PS, siempre que se cumplan los requisitos sustantivos y formales que pide el CCC. Por contra,

[2] Egea, J., *El nou règimen jurídic de la succesió contractual*, RJC, Barcelona, any CVIII, n. 1-2009, p. 11.

no "cabrán" en el protocolo, o no será suficiente, lo relativo a los pactos reguladores de la transmisibilidad de las acciones o participaciones (o, dado el caso, de las prestaciones accesorias) pues hará falta incorporarlos a los estatutos sociales, previo acuerdo de la junta general (que, quizás, no estará integrada por los mismos otorgantes del pacto), y elevando este acuerdo a escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil[3].

II. LA NATURALEZA JURÍDICA[4]

La terminología pacto sucesorio o su equivalente, sucesión contractual, puede inducir, de entrada, a un cierto grado de confusión. Porque, cuando se habla de "pacto" inmediatamente viene a la cabeza un negocio jurídico bilateral o plurilateral del que nacen obligaciones por todas las partes firmantes. Y esto no es así en los PP. SS. o, mejor dicho, puede no serlo.

El pacto sucesorio, efectivamente es un negocio jurídico bi- o plurilateral en el sentido de que hacen falta, al menos, dos partes que lo otorguen. Pero, por contra, es unilateral en tanto solo impone —o puede ser que solo imponga— obligaciones para una de ellas. En este sentido el PS se asemeja mucho más a una donación o a un testamento irrevocable que a un típico contrato o pacto. Es decir, desde un punto de vista obligacional, el PS "puro" es un negocio jurídico unilateral, puesto que únicamente impone obligaciones a una de las partes que lo firman (que, a su vez, puede ser plural) mientras que la otra parte no asume (o puede no asumir) compromiso de ningún tipo.

Así lo pone de relieve el preámbulo del Libro Cuarto cuando proclama:

[3] Que los PP. SS. son bastante útiles porque ayudan a disciplinar la transmisión de la empresa familiar no ofrece ninguna duda. En el ámbito del Derecho común, como recoge el profesor Joan Egea (RJC, *op. cit.*, p. 14, "cada cop són més «Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios», *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil*, Murcia, p. 399". A estas alturas, el Código Civil español mantiene la prohibición *ex* artículo 1271, párrafo 2 ("*Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056*"), lo que, unido a una exagerada legítima *pars bonorum* de 2/3 de la herencia, hace muy dificultosa la ordenación de la futura sucesión de la empresa.

[4] Con respecto a la cuestión, crucial a mi juicio, de si los PP. SS. son, o no, un acto de última voluntad y si siempre implican, o no, una atribución *mortis causa*, me remito a lo que se dirá al inicio de la segunda parte de este estudio.

"El tipo básico de pacto sucesorio implícito en el libro cuarto es un pacto con causa gratuita, en el que pueden imponerse cargas al favorecido, como por ejemplo la de cuidar a un otorgante que tenga la condición de causante de la sucesión y prestarle asistencia, así como la de hacer constar la finalidad que se pretende alcanzar con el otorgamiento del pacto. Eso no impide que las partes puedan causalizar el pacto de modo diferente, dada la libertad de configuración del contenido que les da el libro cuarto". Desde esta perspectiva, la expresión pacto sucesorio tambalea un poco en el derecho catalán[5].

Y es que, como dice Egea, los PP. SS. *"materialment són un negoci unilateral, perquè no es fonamenten en l'estructura pròpia dels contractes que comporten relacions obligatòries reciproques. Podria semblar dubtós que això fos així en el cas que s'hagués estipulat, per exemple, que l'afavorit ha de tenir cura del acusant, però l'art 431-6.1 porta a excloure que es tracti d'una relació sinal·lagmàtica, ja que ho configura com una càrrega".* Y añade más adelante *"ha quedat lluny la concepció històrica dels heretaments con un do ut des entre l'atorgant que heretava el seu fill i el progenitor de l'altre contraent que constituïa el dot... avui la successió contractual consisteix en convenir irrevocablement la institució d'hereu o una atribució particular amb alguna de les persones referides a l'art 431-2, sense necessitat que aquets hagin de fer res a canvi"*[6].

[5] El Código Civil español (CCE), aunque regula la donación en su Libro tercero (*De los modos de adquirir la propiedad*) y no en el Libro cuarto (*De las obligaciones y contratos*), a la hora de la verdad contempla la donación como un contrato y, como tal, dice su artículo 621 que "*Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título*". Por contra, no lo hace así el Código catalán que regula la donación en el Libro quinto, Título III, o sea, entre los modos de adquirir el dominio, sin ninguna remisión a la normativa de los contratos.

Así, tal vez hubiera estado más acorde al sistema sucesorio catalán regular directamente los testamentos y los codicilos irrevocables, porque las expresiones pacto, contrato o contractual no reflejan adecuadamente la verdadera naturaleza del acto.

Sí es, por contra, un acierto que el CCC haya superado las limitaciones del Código de Sucesiones que ligaba los PP. SS. al instituto del matrimonio y la subsiguiente forma capitular. La limitación del Código de Sucesiones había estado muy criticada por la doctrina, principalmente notarial, que no le encontraba ningún sentido. *Vide:* Jou Mirabent, «Los heredamientos y la transmisión del patrimonio familiar», en Garrido Melero y Fugardo Estivill (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2005; López Burniol, *La "resurrecció" dels capítols matrimonials. L'àmbit de l'autonomia de la voluntat en els contractes reguladors de la convivència*, discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 1999.

[6] Egea, J., RJC, *op. cit.*, pp. 17-19.

En sentido parecido, el profesor Badosa Coll afirma que el pacto sucesorio, no obstante su carácter paccionado, es un negocio fundamentalmente unilateral, de forma que su carácter bilateral es circunstancial e, incluso, inferior al de la donación[7].

La cuestión del carácter unilateral, bilateral e, incluso, mixto de los PP. SS. no es meramente teórica, sino que, como veremos más adelante, tiene repercusión en orden a admitir o no un cierto grado de correspectividad y derivar o no la exigibilidad forzosa de las cargas asumidas, en su caso, por el beneficiario.

III. LOS SUJETOS

¿Entre quienes son posibles los pactos sucesorios? Dice al respecto el artículo **431-2 CCC**:

"*Pueden otorgarse pactos sucesorios solo con las siguientes personas:*

a) El cónyuge o futuro cónyuge.

b) La persona con quien convive en pareja estable.

c) Los parientes en línea directa sin limitación de grado, o en línea colateral dentro del cuarto grado, en ambos casos tanto por consanguinidad como por afinidad.

d) Los parientes por consanguinidad en línea directa o en línea colateral, dentro del segundo grado, del otro cónyuge o conviviente".

Cuestiones

El problema lo plantea el apartado d) del artículo, en tanto parece contradictorio con el párrafo c), inmediatamente anterior, en lo que corresponde a los colaterales. En efecto, del apartado c) resulta que se puede acordar un pacto sucesorio hasta el límite de los primos hermanos, tanto propios como del cónyuge, mientras que del párrafo d) resulta que no se puede sobrepasar

[7] Badosa Coll, F., *Comentari al Llibre quart del Codi Civil de Catalunya*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p. 1710.

el grado de los hermanos o cuñados. Para superar tal contradicción se puede interpretar:

i. Que el punto d), aunque literalmente se refiere a cónyuge o conviviente, está ocupándose realmente solo de este, de la pareja. Dicho de otra manera: que lo que permite el art. 431-2.d) es que pueda concluirse un PS con los ascendentes, descendientes y hermanos de la pareja[8].

ii. Una segunda interpretación, sustentada por el notario Enric Brancós, entiende que el párrafo c) se aplica cuando el cónyuge o pareja es cootorgante del pacto, y el apartado d) cuando no lo es. Es decir, si ambos miembros otorgan, se puede llegar hasta los primos hermanos respectivos y sus cónyuges; pero, si solo es otorgante uno de los dos (sea cónyuge o pareja) no puede sobrepasarse (como cootorgante) el segundo grado de colaterales del otro[9].

   Con esta interpretación se da solución al siguiente caso: los dos miembros de una pareja estable se hacen cargo del sustento de la tía de uno de ellos, de modo que deciden concluir, los tres, un PS de atribución particular con transmisión diferida, en virtud del cual los dos miembros de la pareja recibirán, cuando falte la tía, la propiedad del piso donde vive, a cambio de la asistencia y sustento vitalicio. Si se acoge la alternativa (i) *ut supra*, este PS no sería posible. Si se sustenta la segunda, sí lo es.

iii. Una tercera interpretación nos la da el profesor Ferrer Riba que, reconociendo la indudable antinomia, afirma que, tratándose de una

[8] ¿Quiere decir esto que los consanguíneos de la pareja son afines del otro miembro de la unión? En el mundo del derecho es habitual aquella máxima que dice que el cónyuge es "familiar, pero no pariente". Si esta máxima la llevamos a los límites, la unión estable genera una relación exclusivamente entre sus dos miembros, pero sin que se extienda (civilmente, porque fiscalmente es otra cosa) a los parientes de la pareja. Esta interpretación encuentra apoyo en el artículo 231-1.2. CCC que declara: *"Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que se determinen legalmente, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el propio núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor"*. Así pues, si los hijos de la pareja forman parte de la familia, cabe interpretar que no son familiares (por afinidad) el resto de la parentela de la dicha pareja.

[9] Brancós, E., *Los pactos sucesorios en el derecho civil de Calaluña*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 56.

norma autonomía privada, parece adecuado dar preferencia a la regla más permisiva, es decir, a la de la letra c); de manera, continúa Ferrer Riba, que la letra d) se tiene que aplicar solo a los pactos que una persona, conviviente en unión estable, pretenda celebrar con los parientes de su pareja, puesto que esta relación no queda incluida dentro del ámbito de la letra c), y en consecuencia se le aplicaría la regla del segundo grado[10, 11].

iv. Aún cabe una cuarta interpretación del artículo 431-2 CCC que es sustentada por el notario Pere Albiol, en un trabajo aún inédito. Propone Albiol que quizás no sea lo mismo "pareja estable" del párrafo b) que el "conviviente" del punto d); así que con el último el CCC se está refiriendo a los supuestos de relaciones convivenciales de ayuda mutua reguladas al Título IV del Libro II del CCC (arts. 240). De ser buena esta interpretación, daría solución a una situación de toda justicia: la de dos (o tres o cuatro) amigos que conviven y que desean regular conjuntamente su sucesión. Pero, en cualquier caso, me parecería demasiado masoquista el legislador catalán refiriéndose al conviviente, no miembro de la pareja estable, de manera tan abstrusa; sobre todo, teniendo presente que en el punto b) del artículo 431-2 habla de persona con quien convive en pareja estable.

v. Hablábamos de una cuarta interpretación, pero también cabe una quinta (y, es de suponer, una sexta, una séptima...; es el resultado de redactar con imprecisión una norma): para la profesora Núria Ginés "... la alusión a los parientes afines que se contiene en esta letra c), (hay que)... ponerla en conexión con la letra d). En esta última, el precepto se ocupa de la legitimación de los parientes por consanguinidad del cónyuge o conviviente, mientras que en la primera, esto es, en la letra c), se refiere explícitamente a los parientes por afinidad... Así pues, lo que se propone aquí es distinguir y separar

[10] Ferrer Riba, J., *Comentari al Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Vol. II, p. 1058, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.

[11] *Vide item* la posición del notario Emili González Bou (*La revitalización de los heredamientos en el nuevo Libro IV del Código Civil de Cataluña*, La Notaría, 2008), que se muestra partidario de la interpretación en virtud de la cual se puede otorgar el pacto con los parientes colaterales por afinidad hasta el cuarto grado y con los parientes del conviviente hasta el segundo grado. Es decir, González Bou es partidario de la tesis sub (i) del texto, que es la que yo particularmente comparto.

> netamente las familias a las que se refieren, respectivamente, los apartados c) y d) del artículo 431-2 CCC (LA LEY 9352/2008). En el primero, el legislador está haciendo alusión, como se ha anunciado en el título que encabeza este apartado, a los parientes propios o de uno mismo, en el que se incluyen los consanguíneos y los afines (esto es, los cónyuges de aquéllos). Ésta sería la «familia propia» a la que se alude en el texto del preámbulo. En la letra d), la familia es otra: precisamente la del cónyuge o conviviente (cfr. asimismo preámbulo)... En resumidas cuentas, de la letra c) resulta que están legitimados para el otorgamiento de pactos sucesorios los parientes de uno mismo o propios según el esquema que sigue: en línea recta, sin límite de grado, y en línea colateral, hasta el cuarto grado, en ambos casos tanto por consanguinidad como por afinidad, entendiendo en este caso como parientes afines los cónyuges de aquellos parientes consanguíneos"[12].

En cualquier caso, puestos a tomar postura, la redacción del artículo 431-2 parece una de las muchas antinomias irreductibles que sufre el CCC en sede de pactos sucesorios y que, transcurridos ya más de diez años desde la publicación del Libro IV, ha habido tiempo de sobra para ser superada por el legislativo catalán. Entiendo que la manera más lógica de integrar el párrafo d) con el resto del artículo sería suprimiendo las palabras "el otro cónyuge o", en cuyo caso prevalecería la interpretación sub (i) antes expuesta[13].

Aclaremos que dicha problemática se predica solo de los sujetos del PS que son "otorgantes", y no de los que el CCC llama (art. 431-3) *terceras personas no otorgantes*. Es decir: si el favorecido fuera otorgante (con la ventaja, para él, de que su designación no se podrá resolver sin contar con él

[12] Ginés Castellet, N., «Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación», *La Ley*, n.º 1721/2011.

[13] No sorprenda que este ponente destine tanto espacio a tratar el tema de la legitimación activa porque, como dice el también notario Garrido Melero (*Derecho de sucesiones*, Vol. I, 2.ª ed., Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 226) el resultado de la falta de legitimación de alguno de los otorgantes podría ser *la nulidad de todo el pacto*. Los operadores jurídicos en general, e incluso los jueces, "viven" de la interpretación de la norma, pero los notarios necesitamos certezas, porque nuestro valor añadido es dar seguridad jurídica, lo que a veces se hace imposible ante normas confusas como la que analizamos.

mismo) tendría que pertenecer al círculo de personas que recoge el artículo 431-2; pero, si fuera simplemente favorecido no otorgante, podría tratarse de cualquier persona, e incluso no física, sino jurídica[14].

IV. EL OBJETO

Dejando aparte los heredamientos mutuales y preventivos, los artículos básicos del CCC que interesan a los efectos de este estudio son los siguientes[15]:

[14] Solución legal que critica a Joan Egea (RJC, 2009, 22) a causa de la incoherencia que supone con referencia al sistema que acoge el CCC. *Vide item,* Ferrer Riba (*Comentarios..., op. cit.*, p. 1063) y Laura Alascio Carrasco, cuando afirma que "*se puede discutir la oportunidad de que los pactos institución universal de heredero puedan salir o no de círculo familiar, pero es difícilmente comprensible cuando el pacto tiene por objeto un bien o derecho singular que esté sujeto a las restricciones del art. 431-2 CCCat. Especialmente porque el pacto de atribución particular será adecuado para organizar la sucesión de la empresa familiar, dejando el resto del patrimonio del empresario «libre» para disponer de él como crea oportuno*" (*Los pactos sucesorios en el Derecho Civil Catalán*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, p. 61). Solo añadiré que no estoy demasiado de acuerdo con estas valorizaciones porque, si el CCC contempla los PP. SS. como una excepción (art. 411-7) al sistema de voluntad *mortis causa* esencialmente revocable, lógico es que imponga restricciones, y más cuando el empresario del ejemplo dispone de otros vehículos jurídicos para llegar al mismo resultado, como sería el caso de la donación onerosa o bajo condición.

[15] A pesar de no ser motivo de este trabajo el heredamiento preventivo y las atribuciones preventivas en general, no quiero dejar pasar la ocasión de poner de relieve la gran utilidad práctica que estas figuras pueden tener en relación con las personas que, normalmente por razones de avanzada edad, pueden llegar a sospechar (ellos mismos o sus próximos parientes) posibles captaciones futuras de su voluntad. Sólo hace falta transcribir el artículo 431-21 (extensible a las atribuciones particulares, según el artículo 431-29.2) para poder apreciarlo:

1. El heredamiento puede pactarse con carácter preventivo, en cuyo caso es revocable unilateralmente por medio de un testamento posterior, que debe ser necesariamente notarial y abierto, o un nuevo pacto sucesorio.

2. La revocación unilateral del heredamiento preventivo, para que sea eficaz, debe notificarse notarialmente a los demás otorgantes del pacto sucesorio, salvo que los otorgantes hayan dispensado el cumplimiento de este requisito.

3. El carácter preventivo del heredamiento no se presume nunca y debe pactarse de forma expresa, dejando clara su revocabilidad.

Resulta, pues, que las atribuciones preventivas no afectan al principio tradicional de libre revocabilidad de las disposiciones *mortis causa,* pero, en el caso de las mismas, "avisando" a los demás otorgantes del pacto. Así, si alguno de los otorgantes (presumiblemente favorecidos por la disposición que se pretende revocar) aprecia alguna captación de voluntad puede reaccionar *ab initio,* en vez de tener que esperar a meses o años después del fallecimiento del causante, cuando la demostración del vicio consensual es muy difícil. Es, desde luego, una protección de las expectativas de los favorecidos, pero es aún más una protección, además de una tranquilidad, para el causante que, ahora que la vida se alarga tanto, sabe que, si alguien capta indebidamente su voluntad, el resto de instituidos podrá reaccionar a tiempo. A pesar de esto, los testamentos y codicilos preventivos son muy poco utilizados en Cataluña.

Artículo 431-18. Concepto de heredamiento

1. El heredamiento o pacto sucesorio de institución de heredero confiere a la persona o personas instituidas la calidad de sucesoras universales del heredante con carácter irrevocable, sin perjuicio de los supuestos regulados por los artículos 431-13, 431-14 y 431-21.

2. La cualidad de heredero conferida en herencia es inalienable e inembargable.

Artículo 431-19. Heredamiento simple y cumulativo

1. El heredamiento es simple si solo atribuye a la persona instituida la calidad de heredera del heredante y no pierde este carácter aunque el heredante también haga donación de presente de bienes concretos a la persona instituida.

2. El heredamiento es cumulativo si, además de conferir la calidad de heredero del heredante, atribuye a la persona instituida todos los bienes presentes del heredante y no pierde este carácter aunque el heredante excluya bienes concretos de la atribución de presente.

3. El heredamiento cumulativo no se presume nunca y debe pactarse de forma expresa.

Artículo 431-29. Modalidades (de PP. SS. de atribución particular)

1. En pacto sucesorio, pueden convenirse atribuciones particulares, a favor de uno de los otorgantes o de terceros. Los otorgantes pueden convenir también atribuciones particulares recíprocas a favor del que sobreviva.

2. Las atribuciones particulares en pacto sucesorio pueden hacerse con carácter preventivo, aplicando lo establecido por el artículo 431-21.

3. Si en el pacto sucesorio de atribución particular existe transmisión de presente de bienes, el acto se considera donación.

De donde resulta, simplificando al máximo y, como he dicho antes, dejando aparte los heredamientos mutuales y preventivos, que los PP. SS. pueden ser:

De atribución universal: *Heredamiento* que, a su vez, pueden ser:

i. *Con transmisión de futuro o diferida al fallecimiento: heredamiento simple* (art. 431-19.1 CCC); lo que no excluye que pueda contener alguna atribución de presente.

ii. *Con transmisión de presente: heredamiento cumulativo* (art. 431-19.2 CCC). Que no pierde este carácter por el hecho de que el heredante o causante se reserve determinados bienes o, como dice literalmente la norma *"excluya bienes concretos de la atribución de presente"*.

De atribución particular (arts. 431-29 y ss.); que también pueden ser:

i. *Con transmisión de futuro*: que se equiparan a un legado irrevocable, y por esto dispone el artículo 431-30.1 CCC que: "*El causante que otorga en pacto sucesorio una atribución particular solo puede disponer de los bienes que son objeto de la misma con el consentimiento expreso del favorecido o, si este no es parte del pacto, con el de los demás otorgantes*".

Precisamente, por esto añade el artículo **431-8.2** CCC que: *"Los heredamientos y las atribuciones particulares ordenados en pacto sucesorio pueden hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en vida del causante, por medio de nota al margen de la inscripción de los bienes inmuebles incluidos en el heredamiento y que no hayan sido transmitidos de presente o de los bienes inmuebles que sean objeto de una atribución particular*".

ii. "*Con transmisión de presente*: en cuyo caso, dice el artículo **431-29.3** *in fine* que *"el acto se considera donación"*. Lo cual, por cierto, provoca la duda sobre si las causas de revocación serán las del artículo 531-15 CCC (donación) o las propias de los PP. SS. recogidas a los artículos 431-13 y 431-14. A mi juicio, son estas últimas las que tendrían que prevalecer a causa de la especialidad de la atribución, sin que tampoco estuviera de más la aclaración por parte del legislador[16].

[16] No puedo estar de acuerdo con la profesora Alascio cuando, con una cierta insistencia a lo largo de su excelente estudio, afirma que (los) "pactos de atribución particular..., por definición, no pueden llevar aparejadas transmisiones de bienes hasta la muerte del causante" (*Los pactos...*,

Cuestiones

1. ¿Hace falta causalizar o correspectivizar la atribución? Es decir, en una donación es claro que la causa es el *animus donandi*, sin más. En un PS, ¿es igual o hace falta expresar: te hago la atribución a cambio de cuidarme, o de atenderme... o porque me has atendido en el pasado...? Ya hemos dicho antes que no hace falta ninguna expresión de causa y/o motivos. Recordemos que el preámbulo del Libro Cuarto dice: *"El tipo básico de pacto sucesorio... es un pacto con causa gratuita, en el cual se pueden imponer cargas... así como... hacer constar la finalidad que se pretende alcanzar con la concesión del pacto. Esto no impide que las partes puedan causalizar el pacto de manera diferente..."*.

Dicho de otra manera, causalizar o no es una decisión totalmente optativa, lo cual, dicho sea de paso, se aleja mucho de la expresión "pacto", frente la más esmerada de disposición o acto que hubiera estado más apropiada.

Pero ¿podría el favorecido asumir "obligaciones *stricto sensu*"? Lo niega Egea, para quien esa obligación no pasaría de ser una carga cuyo incumplimiento daría paso a la revocación de la liberalidad, puesto que ese es el esquema típico de los negocios gratuitos. Igualmente se muestra contraria Ginés Castellet[17].

Lo admite, por contra, la mayoría de la doctrina, entre ellos Ferrer Riba cuando mantiene que todo dependerá de cómo se haya pactado, puesto que la atribución patrimonial del causante podrá tener tanto una causa gratuita (carga cuyo incumplimiento dará lugar solamente a la revocación) u onero-

op. cit., p. 135). Y no estoy de acuerdo porque una cosa es que el artículo 431-29.3 CCC diga que los considera donación, y otra que, opcionalmente, no se pueda utilizar este vehículo. Aparte que dicho artículo dice claramente *si en el pacto sucesorio de atribución particular hay transmisión de presente*... Aún más, si el acto "se considera" donación es porque lo dice expresamente el CCC, porque, si no lo dijera, su naturaleza, *inter vivos* o *mortis causa*, sería discutible; es el caso de la *apartación* o *apartamiento g*allego, muy parecida a nuestro PS de atribución particular, con el añadido de la renuncia de legítima, que el Tribunal Supremo (en Sala de lo contencioso-administrativo) ha calificado de atribución *mortis causa*. Más adelante tendremos ocasión de volver sobre ello.

[17] Ginés Castellet, N., *Algunas reflexiones sobre la causa en los actos sucesorios en el nuevo Libro IV del Codi Cicil de Catalunya*, XV Jornades de Dret català a Tossa, Documenta Universitària, Girona, 2009.

sa, y en ese caso el causante tendrá acción para reclamar el cumplimiento de la "obligación" contraída al firmar el pacto sucesorio[18].

Desde mi punto de vista, milita en favor de la tesis de Egea el que tal "obligación" vendría a ser, en el supuesto más habitual de haber de tener el favorecido cuidado del causante, un "*modo*" y, según el art. 428-1 CCC, "*El modo permite al causante imponer al heredero y al legatario, o a sus sustitutos, una carga, un destino o una limitación, que, por la finalidad a que responde, no atribuye otros derechos que el de pedir su cumplimiento, sin que redunde en provecho directo de quien puede pedirlo*". Es decir, por el CCC el modo no puede constituir un beneficio por el propio causante (cosa, por lo demás, lógica, porque cuando llegara la hora de reclamarlo el causante ya habría muerto). Pero, a pesar de esto, me parece más probable la tesis de Ferrer Riba, por tres razones: a) porque el legislador catalán no ha creado los PP. SS. como un subtipo de testamento irrevocable, lo que podría haber hecho, sino como un pacto o contrato, y esto alguna trascendencia jurídica ha de tener; b) porque no tendría demasiado sentido que no se pueda hacer en la misma escritura pública de pacto sucesorio lo que se podría hacer en dos escrituras consecutivas, por ejemplo: otorgando, con el siguiente número de protocolo, una segunda escritura de alimentos o de renta vitalicia, de la cual fuera causa el pacto sucesorio acordado en el número anterior. Y, c) porque el art. 431-6 CCC dice que en el PS *se tiene que hacer constar, si tiene carácter determinante, la finalidad que se pretende alcanzar con la concesión del pacto y las obligaciones que las partes asumen a este efecto*. Otra cosa, totalmente diferente, es como se calificará,

[18] Ferrer Riba, *Línies generals del nou Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya,* Jornades de Tossa, 2008, disponible en http://civil.udg.edu/tossa/2008/textos También se muestran favorables a la exigibilidad el notario Brancós (*Comentarios al Libro cuarto del Código Civil de Cataluña,* p. 827) para quien el pacto sucesorio tiene una causa que se sitúa en una zona intermedia entre el negocio oneroso y la disposición gratuita, hasta el punto de que el art. 431-16 CCC adopta una posición que casi se podría llamar "contractualista". En similar sentido el también notario Bosch Carrera (*Aspectos civiles de los pactos sucesorios, en Estudios sobre el derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, p. 102) y la profesora Alascio Carrasco (*Los pactos sucesorios..., op. cit*., pp. 122 y ss.), para la cual si, tal y como prevé el art. 431-6.2 CCC, se impone al favorecido la carga de tener cuidado del cónyuge del causante al fallecimiento de este, esto no será un modo sucesorio, sino otro pacto; por esto, dice, no se tratará de una "limitación de la atribución sucesoria" insertada en el heredamiento, sino de dos pactos diferentes. Y, más adelante (p. 126) dice: "*si... la carga se debe complir antes de la muerte del causante y ha habido una transmisión de presente de bienes... estaremos más cerca de la donación modal*".

desde el punto de vista fiscal, el acto contenido en la segunda escritura (o en el propio PS, de tal cosa admitirse): si como gratuito (ISD) o como oneroso (ITP) y cuál será su base imponible; pero esto es una cuestión tributaria que de ninguna manera puede influir en la calificación civil del acto.

En resumidas cuentas, todo dependerá de cómo se causalice el pacto, puesto que, como dice Brancós (*Comentarios...* p. 826), la posibilidad de causalización de los PP. SS. en el CCC tiene efectos en dos terrenos: la revocación y la posibilidad de exigir la ejecución forzosa. O, como añade el propio Brancós más adelante (p. 829) *"el pacto tiene una naturaleza híbrida, como dice el Preámbulo... y esa causa ha de dar paso al cumplimiento forzoso, salvo en las prestaciones personalísimas, a menos que se piense, innecesaria y equivocadamente, que la única forma de estimular el cumplimiento es la revocación"*[19].

2. ¿Se pueden combinar en un solo documento todos los tipos de atribución que caben en los PP. SS.? En principio la respuesta parece claramente afirmativa. Es posible un pacto sucesorio que sea al propio tiempo de atribución universal (designación de heredero) y de atribución particular (así lo contempla expresamente el preámbulo del Libro Cuarto); incluso con entrega de presente para algunos de los singularmente favorecidos y no con respecto a los otros; o que uno de los favorecidos esté grabado con sustituciones, cargas o condiciones, y los otros no.

La combinación de heredamientos cumulativos y simples. Lo que, por contra, veo muy dudoso, es que puedan combinarse los heredamientos simples y los cumulativos. Pongamos el ejemplo más sencillo: un padre que tiene dos hijos, A y B, pretende otorgar un pacto sucesorio por el que "*instituye herederos a sus dos hijos, A con carácter simple y B con carácter cumulativo*". ¿Sería esto posible? A mi juicio no.

[19] Sobre la causalización de los motivos son interesantes las consideraciones de la profesora Alascio en las pp. 136 y ss. de su repetida obra. *Vide item* Ginés Castellet, *Algunas reflexiones...*, *op. cit.*, p. 487. Destacable igualmente es la posición del notario Ángel Serrano de Nicolás cuando afirma que en los PP. SS. de atribución particular, al tratarse de atribuciones singulares de carácter patrimonial, se puede hablar de causa gratuita u onerosa, lo que —dice Serrano— no es posible cuando el pacto tiene carácter universal (*Pactos sucesorios de atribución particular. Su relación con otras Instituciones sucesorias del propio Código Civil de Cataluña*, Revista General de Derecho Romano, n.º 16, 2011).

El padre del ejemplo lo que podrá hacer es instituir heredero cumulativo a B y reservarse bienes (excluir bienes concretos, dice el artículo 431-19.2 CCC) que podrá atribuir particularmente a A con entrega actual o diferida a la muerte, tal y como, por otro lado, prevé el artículo 431-22. Atribución que este último artículo parece prever para después, pero que ninguna razón impide hacerla al tiempo de otorgar el heredamiento cumulativo.

Y es que, el heredamiento cumulativo, por definición, "acumula" todo el llamamiento universal. Ese llamamiento puede hacerse a uno o a varios, pero lo que no cabe es hacerlo a cuartos, a tercios o a medias. Si se admitiera el llamamiento que aquí rechazamos se produciría una extrañísima comunidad hereditaria entre el heredero cumulativo (B), por un lado, y el heredero simple (A) ¡junto con el propio causante!, por el otro, porque el heredante continuaría siendo titular de la cuota atribuida al heredero simple.

El heredamiento cumulativo es, en cierta manera, una especie de "fallecimiento civil" para el causante, puesto que pierde la disponibilidad *mortis causa* de "todo" su patrimonio, fuera de aquellos bienes concretos excluidos que, como tales, podrán ser objeto de atribución particular, con entrega actual o diferida, pero no de una atribución universal, por la sencilla razón de que esta ya la ha hecho.

3. ¿Qué quiere decir, en el caso del heredamiento cumulativo, que el causante pueda excluir *bienes concretos* de la atribución de presente?

Esta duda se plantea por la manera en la que algunos despachos proponen los heredamientos de aquellos empresarios que quieren asegurar la sucesión de la empresa y su mantenimiento dentro del ámbito familiar. Con esa finalidad, muchos asesores empiezan redactando un protocolo familiar[20].

Pues bien, la manera que tienen ciertos operadores de ordenar la herencia (habitualmente cumulativa, dadas sus ventajas fiscales) es empezar definiendo el patrimonio empresarial (por ejemplo, *el conjunto de empresas*

[20] Vale la pena reiterar aquí que no creo demasiado en la utilidad de dicho protocolo, fuera de lo que es una buena disposición *mortis causa* —vía testamento o PS— y unos buenos estatutos sociales donde se regule adecuadamente la transmisión y, en su caso, las prestaciones accesorias. Por cierto, la resolución DGRN de 26 de junio de 2018 —BOE 10 de julio de 2018— permite que la prestación accesoria se remita al protocolo familiar elevado a público ante notario, aunque no esté depositado en el Registro Mercantil, con lo que no estoy demasiado de acuerdo; pero no es nuestro tema.

pertenecientes al Grupo Tal y Cual) y, muy a menudo, como lo que quiere normalmente el empresario causante es transmitir la empresa a los hijos, pero no el resto de su patrimonio, la redacción de estos heredamientos suele ser la siguiente: *"NN instituye herederos de presente, o sea con el carácter y efectos del heredamiento cumulativo, a sus mencionados hijos en todas las acciones y/o participaciones sociales que integran el grupo empresarial Tal y Cual, reservándose el heredante la libre disposición del metálico, fondos de inversión y activos financieros en general, así como del resto de los bienes muebles o inmuebles de su titularidad futura o actual"*[21].

Y, llegados a este punto, se plantean un puñado de cuestiones a las que hace falta dar respuesta. A saber:

a) ¿Es esto un heredamiento o un pacto de atribución particular? Porque el heredero tiene que ser llamado a una *universalidad*, mientras que el patrimonio empresarial no deja de ser una *res certa*, por más que se sustente la teoría universalista de la empresa. Y más aún si resulta que el heredante se reserva la disposición "del resto de sus bienes", o sea del *"universum ius*". No quiero decir con esto que el heredamiento pase a ser nulo, porque el artículo 423-3 CCC conoce la figura del *heres ex re certa*[22].

Incluso, este tipo de redacción puede entenderse amparada en el artículo 431-22.1. CCC: *"El heredante se puede reservar, para disponer libremente en donación, codicilo, memoria testamentaria u otro pacto sucesorio, los bienes, los importes de dinero o la* ***parte alícuota*** *de su patrimonio que establezca en la herencia"*.

Ahora bien, pese a la figura del heredero en cosa cierta y la admisión de la "reserva universal" para hacer donaciones que admite una sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (338/2012, de 29 de septiembre, ponente A. C. Sainz Pineda, revocatoria de la sentencia de primera instancia) lo cierto

[21] Por ejemplo, ver como está redactado el PS que da pie a la consulta ATC 286/2019, de la que después trataremos.

[22] Artículo 423-3 CCC: *"1. El heredero o herederos instituidos solo en cosa cierta, si concurren con herederos instituidos sin esta asignación, son simples legatarios de la misma. 2. Si el heredero único o todos los herederos instituidos lo son en cosa cierta, son estimados prelegatarios de la misma y, excluyendo la cosa o cosas ciertas, tienen el carácter de herederos universales por partes iguales, si son más de uno"*.

es que los problemas que plantea este tipo de heredamiento son considerables[23]. Veamos alguno.

b) ¿Podrá el heredante disponer *mortis causa* "instituyendo herederos" en los bienes reservados? Me parece obvio que no. Al margen del heredamiento preventivo, *ex* artículo 431-21 CCC, la institución de heredero vía heredamiento es definitiva y cierra la puerta (excepto en los casos excepcionales de revocación) al nombramiento "de otro heredero".

c) Mas, ¿podrá el heredante disponer mediante legados de los bienes reservados? Esto sí parece perfectamente posible, dado lo dispuesto en el artículo 431-22.1 que acabamos de ver.

d) Y aún queda una duda: La reserva para disponer *mortis causa* ¿tiene que ser expresa o cabe dentro de la reserva genérica que vimos recogida en el artículo 431-19.2? La solución es muy dudosa, pero, puestos a tomar postura, entiendo que la reserva tendrá que ser expresa: téngase en cuenta que en el heredamiento (tanto simple como cumulativo) el heredero designado lo es ya "desde ahora" (art. 431-18.1.); y que, aunque sea simple, tiene una expectativa irrevocable a suceder en todo el patrimonio del heredante; así, tendrá derecho a todo aquello que no esté expresamente excluido "de la sucesión", por lo que parece de toda lógica que la reserva para disponer *mortis causa* tenga que ser expresa.

4. Los PP. SS. no pueden contener disposiciones de última voluntad. ¿Qué significa el artículo 431-7.1 CCC cuando dice: *"... La escritura de pacto sucesorio puede contener también estipulaciones propias de un protocolo familiar y otras estipulaciones no sucesorias, pero no disposiciones de última voluntad*"?

Sorprende esta última frase porque parece, en principio, que en los PP. SS. tienen cabida todo tipo de disposiciones, al igual que en un testamento. Así resulta del artículo 431-5.1 cuando dice: "*En pacto sucesorio, puede ordenarse la sucesión con la misma amplitud que en testamento. Los*

[23] Dicha sentencia de la Audiencia de Lleida revocó la de primera instancia que precisamente había declarado nulas las donaciones hechas por un heredante (bajo capítulos, de acuerdo con el régimen entonces vigente del Código de Sucesiones) que se había reservado la posibilidad de hacer donaciones con respecto a "todo el resto de bienes" no incluidos en la herencia.

otorgantes pueden hacer heredamientos y atribuciones particulares, incluso de usufructo universal, y sujetar las disposiciones, tanto si se hacen a favor de ellos como de terceros, a condiciones, sustituciones, fideicomisos y reversiones. También pueden designarse albaceas, administradores y contadores partidores".

¿Cuáles son, pues, las "disposiciones de última voluntad" que no se pueden hacer en PS? La única interpretación posible es que **para el CCC los PP. SS. no recogen "actos de última voluntad"**, porque para el legislador catalán solo son actos de última voluntad aquellos que son revocables hasta el momento de la muerte. Así interpretado, el artículo 431-7.1 significa que en un PS no se pueden combinar disposiciones irrevocables (las propias de un pacto sucesorio) con disposiciones unilateralmente revocables, porque estas no son propias de un PS, sino de un testamento, lo que, como veremos más adelante, puede tener una cierta trascendencia fiscal[24] [25].

V. LA FORMA

Puede parecer que en materia de forma no hay ningún problema, porque el artículo **431-7.1 CCC** es muy claro: *"Los pactos sucesorios, para que sean válidos, deben otorgarse en escritura pública, que no es preciso que sea de capítulos matrimoniales"*. Pero, no obstante la claridad del art. 431-7.1, hay un puñado de casos que no son nada claros.

[24] Sobre esta misma cuestión volveremos después, en la segunda parte de este estudio.

[25] Esta parece ser la interpretación del profesor Egea cuando escribe: "La possibilitat de realitzar atribucions a títol particular en capítols matrimonials juntament amb l'heretament ja era implícita en l'art. 68 CS, però hom entenia que havien de ser revocables, com els llegats. Ara, el plantejament del Codi és l'invers: ja no serà possible fer llegats en l'escriptura pública d'heretament, atès que el art. 431-7 prohibeix que aquesta pugui contenir disposicions d'última voluntat" (RJC, *op. cit.*, p. 30).

Por otra parte, el artículo 431-7.1 parece contradictorio con el artículo 431-8.1 que prevé, precisamente, la obligación del notario de comunicar la concesión de los PP. SS. al Registro de actos de última voluntad.

Por su lado, dice Enric Brancós que esta norma le parece totalmente incompresible y que le "descoloca" (*op. cit.* pp. 36-37), afirmando en otro sitio (*Comentarios...*, p. 832) que nada impide que, bajo un mismo soporte documental, o sea, bajo un mismo número de protocolo notarial, puedan otorgarse diferentes negocios jurídicos, que serán válidos en tanto los requisitos de forma de todos ellos sean cumplidos. En el mismo sentido Alascio Carrasco (*Los pactos sucesorios...*, cit., p. 101).

La práctica demuestra que muchos PP. SS., sobre todo cuando forman parte de un protocolo familiar de ordenación empresarial, son otorgados por un grupo de personas que no siempre son fáciles de reunir en unidad de acto. Pensemos en un pacto que otorgan cuatro hermanos empresarios entrados en años, cada uno con tres o cuatro hijos, que a su vez tienen varios hijos, todos ya mayores de edad. La intención de los abuelos heredantes es vincular a los hijos y a los nietos con el fin de asegurar la continuidad de la empresa en el ámbito familiar. Fácilmente el otorgamiento de una escritura así reunirá a quince, veinte o treinta otorgantes. Veamos, pues, los problemas a los que una tal escritura de PS puede dar lugar.

Cuestiones

La principal deriva del que difícilmente todos los otorgantes podrán estar presentes en lo que los notarios decimos "unidad de acto"; y que, incluso, aunque haya el compromiso de presencia, a la hora de la firma alguien fallará. Soluciones teóricas para superar esta situación son:

1. El otorgamiento por poder.

2. El otorgamiento sucesivo vía adhesión y/o ratificación.

¿Son posibles, en sede de pactos sucesorios, esos dos vehículos jurídicos? Analicémoslo.

1. El otorgamiento del PS por poder. Cabe el otorgamiento del pacto por apoderado, pero siempre que el mandato se ajuste estrictamente a lo que dispone el artículo **431-7.3 CCC:** "*Los otorgantes de un pacto sucesorio que no sean causantes de la sucesión futura pueden delegar en poder especial la comparecencia al acto de formalización del pacto, siempre y cuando la escritura pública de apoderamiento recoja el contenido completo de su voluntad*". De donde resulta:

a) No todos los otorgantes del PS pueden delegar la firma mediante un poder notarial, sino solo los que podríamos llamar los "favorecidos", *nunca los causantes*, lo que es coherente con el resto del articulado del CCC, que no contempla lo que otras legislaciones llaman poder testatorio o testamen-

to por comisario[26]. Teniendo en cuenta que los simplemente favorecidos (o sea, los que no asumen ninguna carga ni obligación) no hace falta que comparezcan. Ahora bien, como es obvio, en todos aquellos PP. SS. en los que haya una transmisión de presente, el beneficiario tendrá que ser también otorgante del pacto (*per se* o por representación), puesto que ningún bien puede ingresar en el patrimonio de un sujeto sin su conformidad al respecto.

b) Más que un poder tendrá que ser un mandato concreto, en el que el mandatario actúa no como un apoderado con facultades decisorias, sino más bien como un *nuntius*. Repárese en que el artículo que comentamos manda que *la escritura pública de apoderamiento recoja el contenido completo de su voluntad*[27].

c) Consecuencia de lo anterior es que nunca servirá para el otorgamiento de un PS el llamado poder general, aunque recoja las más amplias facultades de administración, disposición e, incluso, la de hacer donaciones (cosa que, dicho sea de paso, admitió la DG de los Registros y del Notariado —Res. 25 de octubre de 2016, en el BOE 18 de noviembre— por más que sea muy discutible).

d) Cabría plantearse si un poder para hacer donaciones (si se admite) podría servir para firmar un PS de atribución particular con entrega de presente, puesto que ya hemos visto el artículo 431-29.3 dice literalmente que *"el acto se considera donación"*. La respuesta, a mi juicio, es negativa. Aún diré más, el artículo 431-7.3 CCC confirma, al menos por el Derecho cata-

[26] No se muestran demasiado partidarios de la interdicción del poder respecto a los otorgantes causantes los profesores Egea (RJC, cit., pp. 142-143) y Ferrer Riba (*Comentaris...*, cit., p. 1073). A mí, por contra, me parece correcta dicha prohibición: no se puede dejar a criterio de un tercero (el apoderado) el hecho de testar o no testar (en el fondo, guste o no, un pacto sucesorio no preventivo es, con respecto al causante, un testamento o un codicilo irrevocable); no puede ser que se llegue al caso extremo en que una persona muera sin saber si muere *ab intestato* o no. Si el testamento, que se puede revocar mañana, no puede otorgarse por poder, sería del todo incoherente que se pudiera hacer un pacto sucesorio. Distinto es en aquellas legislaciones, en España el caso del País Vasco, Navarra y Galicia, que admiten el testamento por comisario o el poder testatorio. Pero, insisto, en Cataluña sería una incoherencia. A pesar de la figura del heredero de confianza.

[27] Como dice Puig Ferriol, *Institucions..., op. cit.*, p. 445, la tercera persona no interviene como representante, sino como *nuntius*, puesto que se limita a ser un simple transmisor de una voluntad por completo formada. Por otro lado, como dice Alascio Carrasco (*Los pactos sucesorios..., op. cit.*, p. 67), el poder hace falta que contenga no solo la voluntad del favorecido, sino también la del causante. El "su" no está referido a todos los favorecidos, sino a todos los otorgantes del pacto. Así, a la práctica, el poder notarial tendrá que transcribir todas las cláusulas del pacto.

lán, el criterio de los que entendemos que no cabe la donación por poder si el poderdante no ha señalado, al menos, el donatario o grupo de donatarios (*mis hijos*, por ejemplo).

2. El otorgamiento sucesivo. Volviendo a la vulgar práctica, los operadores jurídicos se encontrarán, con mucha frecuencia, con una sala llena de otorgantes dispuestos a firmar el pacto... pero que falta uno de ellos que no ha podido asistir a última hora. La solución, en principio, parece sencilla, puesto que en la técnica documental hay dos soluciones que están al alcance: a) que uno de los otorgantes asuma el mandato verbal del que no ha podido estar presente, el cual ratificará a posteriori; o b) que la escritura de PS prevea otorgamientos sucesivos mediante la técnica de la adhesión.

A mi juicio, ninguno de ambos instrumentos jurídicos, propios de los actos *inter vivos*, pueden ser aplicados en los PP. SS. Afirmación que con respecto a los otorgantes/causantes hago radicalmente; y, con respecto a los otorgantes no causantes, con alguna duda. Porque:

- ¿Qué fecha tendría la disposición *mortis causa* de los otorgantes / causantes iniciales, la del día en el que otorgaron o la del día de la última ratificación / adhesión?
- ¿Se trataría, entonces, con respecto a los primeros otorgantes de una disposición condicional, o sea, sujeta a la *conditio iuris* de la posterior prestación del consentimiento por el otro o los otros otorgantes?
- ¿Podrían los otorgantes posteriores comparecer ante otro notario, tal y como es habitual en los instrumentos entre vivos?
- ¿*Quid* si en el tiempo intermedio muere alguno de los otorgantes iniciales, valdría entonces "a medias" el pacto?
- ¿*Quid* si *medio tempore* uno de los otorgantes iniciales otorga un testamento? ¿No podrá hacerlo, aunque el PS "no esté acabado"? ¿O se entenderá que el testamento vale, pero queda revocado si "el otorgante posterior" ratifica el PS?

Entiendo que no hace falta dar respuesta a todas estas preguntas. Basta con plantearlas para demostrar que los institutos de la ratificación y de la adhesión no se ajustan en absoluto a los PP. SS.

Nos queda, no obstante, analizar si todas estas razones son también aplicables a los *otorgantes no causantes* y, dentro de este grupo, a los que resultan ser simplemente "favorecidos". Que, dicho sea de paso, son los que más suelen fallar en el acto de la firma, probablemente porque también suelen ser los más jóvenes. Pues bien, con respecto a ellos reconozco que tengo más dudas, porque, si el artículo 431-7.3 permite la concesión con poder especialísimo que *recoja el contenido completo de su voluntad,* cabe argumentar que la posterior ratificación y/o adhesión, por definición, recoge el contenido completo de todo el PS.

Puede ser que nos inspire un poco el artículo 431-4 CCC cuando dice que *"... si un otorgante de un pacto sucesorio tiene solo la condición de favorecido y no le es impuesta ninguna carga, puede consentir en la medida de su capacidad natural o por medio de sus representantes legales o con la asistencia de su curador."* ¿Por qué vengo a este artículo? Porque de él resulta una salvedad muy importante, puesto que: si al favorecido otorgante no se le impone ninguna carga, cabe deducir que no ha influido en la *voluntas mortis causa* del causante, pero que en caso contrario hay un cierto grado de correspectividad, de manera que, sin la aceptación del gravamen, el causante no hubiera hecho la atribución.

En cualquier caso, lo que no se puede admitir es que el causante termine la firma de su PS sin saber si ha dispuesto o si aún no lo ha hecho.

En resumidas cuentas, por lo que hemos dicho, el otorgamiento sucesivo, con muchas dudas (y con mucho miedo si fuera el notario autorizante), solo se podrá admitir con respecto al favorecido "pura y simplemente", o sea, sin ninguna carga que pudiera condicionar el resto de disposiciones.

Las cuestiones aquí planteadas no son teóricas, ni mucho menos. Téngase en cuenta lo que dispone el artículo 431-9.1 CCC: *"Son nulos los pactos sucesorios que no corresponden a ninguno de los tipos que establece este código, los otorgados por personas no legitimadas, o bien sin observar los requisitos legales de capacidad y de forma..."*.

Porque, ¿qué pasará si, dentro de diez, quince o veinte años, una vez fallecido el causante, se impugna el PS por defectos formales como sería, en el caso que analizamos, porque se haya otorgado "de forma sucesiva"? ¿O

si el heredante dispuso por testamento posterior de los bienes que se había reservado, creyendo que podía hacerlo, y la jurisprudencia futura entiende que esta reserva, salvo que sea expresa, solo se puede ejercer por negocio inter vivos? La cuestión fiscal, hoy en día, la habremos solucionado, pero el enredo sustantivo que dejamos para el futuro puede ser enorme. Habremos hecho todo lo contrario de lo que pretendían los otorgantes: complicar al máximo la continuidad de la empresa.

SEGUNDA PARTE: ASPECTOS FISCALES

Hasta ahora hemos analizado los aspectos sustantivos de una modalidad de sucesión que, como dice López Burniol[28], parecía estar destinada a la Cataluña rural y que a estas alturas está siendo profusamente utilizada en las áreas urbanas e industriales y, sobre todo, añadiré yo, por las "familias adineradas". ¿Por qué está pasando esto? La respuesta es sencilla: por el buen tratamiento fiscal que Hacienda dispensa hoy a los PP. SS. Ahora bien, será así hasta que el fisco reaccione o cambie la normativa reguladora del impuesto de sucesiones y donaciones, lo que, de hecho y como veremos al final, ya se ha producido[29].

I. CUESTIÓN PREVIA: LA NATURALEZA *INTER VIVOS* O *MORTIS CAUSA* DE LOS PP. SS.

Antes de adentrarnos en materia fiscal, es obligado tratar una cuestión previa de índole civil: La naturaleza del título adquisitivo del beneficiario por el pacto sucesorio, ¿es *inter vivos* o es *mortis causa*? Porque de la solución que demos a este interrogante dependerá la normativa tributaria aplicable.

Vale la pena recoger aquí las reflexiones del profesor Egea cuando escribe: "*... mentre en l'heretament simple amb donació de present de béns concrets el Codi sembla partir de què hi ha dos negocis que atorguen a*

[28] López Burniol, J. J., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Ed., Bosch, Barcelona, 1994, pp. 328 y ss.

[29] *Vide* lo que se dice en la adenda final.

l'afavorit dos títols adquisitius diferenciats (el d'hereu i el de donatari), en l'heretament cumulatiu hom parteix de què només hi ha un negoci (l'heretament) que confereix un únic títol que és, alhora, la causa de l'adquisició inter vivos de la universalitat dels béns presents i mortis causa respecte de la resta de béns (els exclosos de l'adquisició de present i els adquirits per l'heretant després de l'atorgament de l'heretament —art. 431-28—)"[30].

Es decir, para Egea, en el caso, digamos *máximo*, del heredamiento cumulativo hay algo así como un "título atributivo mixto": *inter vivos*, con respecto a los bienes actuales, y *mortis causa*, con respecto a los bienes futuros y los excluidos (y, con relación a estos, en tanto continúan en el patrimonio del causante al tiempo de su fallecimiento).

Aún más radical es la profesora Solé Resina cuando afirma: *"l'heretament cumulatiu també inclou dos títols, el d'hereu i el de donatari i es caracteritza perquè l'objecte de la donació pot ser tot el patrimoni present de l'heretant. La donació de present un cop acceptada és irrevocable i la transmissió dels bens és definitiva"*[31].

En cambio, ya con la Compilación de 1961, negaron el carácter mixto de los heredamientos los profesores Lluís Puig Ferriol y Encarna Roca Trias (*Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, T. III, 2. Bosch, Barcelona, 1980, p. 177 y ss.), para quienes los PP. SS. tienen naturaleza exclusivamente *mortis causa*. Del mismo criterio participa hoy el notario Enric Brancós, como se pudo ver en la contestación a este discurso en la sesión de mi toma de posesión[32].

[30] Egea, J., RJC, *op. cit.*, p. 29. Del mismo parecer es Alascio Carrasco (*Los pactos sucesorios..., op. cit*., p. 90).

[31] Gete Alonso Calera, M.ª C. y Solé Resina, J., *Lliçons de Dret civil català VII. Dret de successions*. Tirant lo Blanch, València, 2020, p. 189.

[32] Para el derecho vasco y aragonés son de destacar los trabajos del notario de Donostia F. Javier Oñate Cuadros titulados: «Comentario a los artículos 100 a 103 de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco», en Urrutia Badiola (coord.), *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, AVD-ZEA, Colegio Notarial del País Vasco, Dykinson, 2020, pp. 783-818; «Un cambio de paradigma: Los pactos sucesorios», *Egiunea*, Revista del Colegio Notarial del País Vasco, nov-2020, ene-2021, pp. 21-25 y *Los pactos sucesorios: su vigencia hoy y su tratamiento* tributario, en Actas del XXIX encuentro del Foro de Derecho Aragonés, pp. 21-25, 2021.

Para el derecho balear destaca el trabajo del también notario y presidente el Consejo Asesor de Derecho Civil de las Islas Baleares Bartolomé Bibiloni Guasp: *El pacto sucesorio de definición balear otorgado por extranjeros residentes en España,* publicado en la web *notariosyregistradores.com.*

No es el momento de introducirnos ahora en un estudio en profundidad con respecto a qué son actos *inter vivos* y *mortis causa*. Muy brevemente diré que, a mi parecer, hace falta distinguir con claridad: a) los actos *contemplatio mortis*; b) los actos de última voluntad; y c) los actos *mortis causa*. Porque frecuentemente se piensa que son lo mismo y ello no es cierto[33].

Ahora está de moda afirmar en ciertos ámbitos académicos que la teoría general del negocio jurídico está superada, y que es cosa que actualmente nadie trata ni a nadie interesa. Valoración que, para mí, en lo que corresponde al derecho catalán, no puede estar más equivocada. Porque una cosa es lo que sucede en el derecho alemán, en el francés o incluso en el español común, que son derechos "consolidados", por lo menos en lo que afecta a la sucesión *mortis causa*. Pero otra cosa muy diferente ocurre cuando se trata de un "derecho nuevo", como el catalán, sobre todo a partir de la introducción de los PP. SS.

En el derecho común español, por ejemplo, es innecesario plantearse en este ámbito ninguna disyuntiva porque no hay en él más actos de última voluntad ni más actos *mortis causa* que el testamento. Ya sabemos que incluso la donación *mortis causa* está excluida por el artículo 621 del CC común[34]. Pero esto no es así en el derecho catalán, donde hay actos *mortis causa* que pueden no ser de última voluntad. Intentaré explicarme.

a) **La *contemplatio mortis.*** Más que causa de la atribución es motivo que, por otro lado, resulta indiferente a la hora de calificar el acto como *inter vivos* o *mortis causa.* Tanto en el derecho común español como en el catalán un seguro de vida es un acto *contemplatio mortis,* pero no es un acto de última voluntad, aparte que puede ser o puede no ser un acto por causa de muerte; no lo será, por ejemplo, el seguro para el caso de supervivencia.

[33] Para la elaboración de las consideraciones que siguen, y que no figuraban en el discurso inicial, han sido decisivas las aportaciones verbales del Abogado del Estado Alejandro García-Bragado Dalmau, a quien desde aquí quiero agradecer sus críticas constructivas.

[34] Doctrina del derecho común en la que, dicho sea de paso, no estoy demasiado de acuerdo, porque, después de la supresión de los testigos en los testamentos abiertos, no veo gran diferencia entre un legado, en una escritura de testamento, y una escritura de donación *mortis causa* libremente revocable, hasta el punto de que tan mínima diferencia formal justifique que esta segunda sea nula por aplicación del artículo 621 CCE.

Del mismo modo, una donación irrevocable que hace un padre a sus hijos previendo un ahorro en el impuesto de sucesiones, la hace *contemplatio mortis,* pero ni es acto de última voluntad ni es acto *mortis causa*. Incluso una venta que hace un padre de parte de su patrimonio para proveer de fondos a sus herederos para el pago del impuesto sucesorio la hace en contemplación de su fallecimiento y, a pesar de esto, nadie dirá que es un acto ni de última voluntad ni por causa de muerte. Conclusión: la *contemplatio mortis* es del todo indiferente a estos efectos.

b) **El acto *mortis causa.*** La calificación de una transmisión como *inter vivos* o *mortis causa* no depende, aunque parezca contradictorio, del negocio jurídico causa de la transmisión sino "del acto que provoca la atribución". Es la atribución, no el negocio, la que determina la calificación *de inter vivos* o *mortis causa*. Si la transmisión se produce como consecuencia de la muerte, el acto es *mortis causa*; si no depende de esta circunstancia, el acto es *inter vivos*. La adquisición tiene que ser una "consecuencia directa de la muerte y coetánea a esta", no simplemente motivada por una muerte futura que de buen seguro se producirá. Es una *contradictio in terminis* calificar de *mortis causa* una transmisión que se produce en vida del transmitente y que, por otro lado, como veremos en seguida, ni siquiera obedece a un acto de última voluntad.

c) **El acto de última voluntad.** Por definición un acto de este tipo es el que recoge la última voluntad de un transmitente. Si Primus muere el año 2022 bajo testamento otorgado en 1982, este testamento recoge su última voluntad, porque, si no fuera así, lo habría revocado. Ahora bien, si Primus muere bajo un heredamiento (no preventivo) otorgado aquel mismo año, este cabe que no refleje su última voluntad, porque, cuando muere cuarenta años después, puede ser que fuera diferente. Dicho de otra manera: un acto, para poder ser calificado de última voluntad tiene que ser revocable *ad nutum* porque, de lo contrario, recogerá la voluntad del disponente cuando firmó el acto, que cabe no sea su voluntad al tiempo del fallecimiento, puesto que, aunque hubieran podido cambiar sus preferencias no pudo modificarlas. Y esto, no lo dice quien escribe este trabajo, ¡lo dice el propio CCC!

Recordemos el artículo 431-7.1 CCC cuando dispone: *"... La escritura de pacto sucesorio puede contener también estipulaciones propias de un protocolo familiar y otras estipulaciones no sucesorias, pero no disposiciones de última voluntad*. Es decir, para el legislador catalán los PP. SS. no contienen disposiciones de última voluntad, porque esta calificación sólo se ajusta a las testamentarías o codicilares, es decir, a las "esencialmente revocables".

Recopilando lo que antecede:

- La *contemplatio mortis* no determina una categoría autónoma de negocio jurídico. Todo acto de última voluntad o toda transmisión *mortis causa* implica la *contemplatio*, pero no así a la inversa. La *contemplatio* del fallecimiento puede acompañar también a los actos *inter vivos*. No solamente en el caso del seguro de vida, ya que cualquier otro negocio *inter vivos* sujeto a la condición, ora suspensiva ora resolutoria, de la supervivencia de uno de los otorgantes será un negocio hecho *contemplatio mortis.* La *visión* de la muerte será un motivo más (intrascendente, en principio) o se elevará a la categoría de *condictio* pero, en cualesquiera de los casos, no determina la naturaleza *inter vivos* o *mortis causa* del acto.
- En derecho común español, como la atribución *mortis causa* solo se puede hacer por testamento que, además, es el único negocio posible de última voluntad, no hace falta plantearse más problemas. El testamento es, al mismo tiempo, un acto de última voluntad, que determina una adquisición *mortis causa* y que, por supuesto, implica la *contemplatio mortis*. Pero esta doctrina no se puede trasladar sin más al derecho catalán.
- En efecto, en el derecho catalán:
    - Una donación sujeta a la condición suspensiva de supervivencia del donatario, pero "con carácter de irrevocable", es un negocio *inter vivos contemplatio mortis*, pero no es un acto de última voluntad. Es una donación inter vivos, tal como es de ver en el artículo 531-9 CCC[35].

[35] **Artículo 531-9 CCC.** ***Modalidades.***
1. Las donaciones pueden ser entre vivos o por causa de muerte.
2. Son donaciones entre vivos las que los donantes realizan sin considerar el hecho de su muerte.

- Ahora bien, una donación sujeta a la misma condición, pero con carácter de revocable hasta el advenimiento del fallecimiento (lo que se presupone, si nada se dice en contra), sí que es un negocio por causa de muerte, además de un acto de última voluntad, porque, si el donante no la revocó es porque mantuvo esa misma voluntad (art. 431-1 CCC[36]).
- Un heredamiento simple determinará una adquisición *mortis causa*, pero no es un acto de última voluntad, porque no se podrá revocar una vez hecho, aunque el causante cambie de parecer y su última voluntad fuera otra.
- Y un heredamiento cumulativo ni produce una adquisición *mortis causa*, ni es un acto de última voluntad. Porque en él la transmisión se produce en vida y, por otro lado, ontológicamente, no ha podido reflejar una última voluntad de un causante que aún está vivo.

Aunque, como es obvio, en los cuatro casos ha habido *contemplatio mortis*, lo que, por otro lado, resulta totalmente indiferente[37].

---

3. Son donaciones por causa de muerte las que los donantes realizan considerando su propia muerte. El aplazamiento de la entrega del bien dado hasta el momento de la muerte de los donantes o la reserva a su favor del usufructo vitalicio no confiere a la donación el carácter de donación por causa de muerte.

4. Las donaciones por razón de matrimonio y entre cónyuges y las donaciones por causa de muerte se rigen, respectivamente, por las disposiciones del libro segundo y del libro cuarto.

No parece demasiado cuidadosa la redacción de este artículo al hacer depender la naturaleza de la donación "del hecho de la muerte". Cuando lo que quiere decir realmente es que tal naturaleza pende "del hecho de poder revocar hasta la muerte", tal y como demuestra el artículo 432-1 cuando dice "sin que el donante quede vinculado personalmente por la donación".

[36] **Artículo 432-1 CCC.** ***Donaciones por causa de muerte.***

1. Son donaciones por causa de muerte las disposiciones de bienes que el donante, en consideración a su muerte, otorga en forma de donación aceptada por el donatario en vida suya, sin que el donante quede vinculado personalmente por la donación.

2. Las donaciones otorgadas bajo la condición suspensiva de que el donatario sobreviva al donante tienen el carácter de donaciones por causa de muerte y están sujetas al régimen jurídico de estas, sin perjuicio de las disposiciones en materia de pactos sucesorios.

3. La transmisión de la propiedad de la cosa dada se supedita al hecho de que la donación sea definitivamente firme, salvo que la voluntad de las partes sea de transmisión inmediata, con o sin reserva de usufructo por el donante, bajo la condición resolutoria de revocación o premoriencia del donatario.

[37] Véase, y no me cansaré de insistir en ello, el peligro que supone abusar de unos PP. SS. construidos casi exclusivamente por motivos fiscales. Ya veremos qué ocurre cuando Hacienda se

II. LA FISCALIDAD

Volviendo al ámbito de la fiscalidad, el caso es que, para beneficio de los contribuyentes, no es la interpretación de este autor la que a estas alturas prevalece en los tribunales contencioso-administrativos (TS, incluido: veremos más adelante la sentencia de 9 de febrero de 2016). Ni tampoco es el parecer de la administración tributaria, tanto central como autonómica, que en cualquier caso de adquisición derivada de un pacto sucesorio (a no ser que la propia ley civil diga otra cosa, como es el caso del pacto de atribución particular con entrega de presente del CCC) entienden que el título adquisitivo es *mortis causa*.

Las consultas vinculantes de la Agencia Tributaría CV 4733-16, de 8 de noviembre, y CV 2387-18, de 4 de septiembre, son clarísimas a este respeto.

Así, el **CV 4733-16** dice literalmente que "*No cabe duda de que, a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, los contratos y pactos sucesorios son títulos sucesorios, es decir, tributan por el hecho imponible regulado en la letra a) del artículo 3.1 de la LISD, y no por el de la letra b), que corresponde a los negocios jurídicos lucrativos inter vivos. Lo expuesto es plenamente aplicable al pacto sucesorio de heredamiento cumulativo a que se refiere el artículo 431.19.2 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Dicho pacto, por el que se instituyen herederos en la calidad de sucesores a título universal, no pierde ese carácter en el caso de exclusión de determinados bienes de la transmisión de presente que se efectúa con motivo del pacto. Y ello sin perjuicio de que, de acuerdo con el artículo 24 antes reproducido, al producirse adquisición de bienes y derechos en vida del futuro causante el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se devengue el mismo día en que se celebre el referido contrato o pacto sucesorio, pues es en ese momento cuando se produce la adquisición. En este caso, el tratamiento fiscal a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se subordina al que se produce en el Derecho Civil, es decir, la LISD hace depender el devengo*

percate (que acabará sucediendo) que aquellos que contienen atribuciones de presente no son actos *mortis causa* y ni tan solo son actos de última voluntad. Aunque, puestos a ser sinceros, hace falta advertir que ni siquiera el legislador fiscal sabe muy bien por dónde anda. Una muestra es la Ley 11/2021 que, aunque muy brevemente, trataremos al final de este estudio.

del impuesto —que en general se produce en el momento de la adquisición sucesoria de los bienes y derechos por el sujeto pasivo— del momento en que tiene eficacia la adquisición a efectos civiles". Y la **CV 0781-18**, de 21 de marzo, también respecto del heredamiento cumulativo, añade que *"En cuanto al devengo del impuesto, se producirá el día de la firma del pacto sucesorio por todos aquellos bienes y derechos que los hijos de la madre «heredante» adquieran en esa fecha".*

No es menos tajante la **CV 2387-18** al responder: *"... la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2016... recalca que los pactos sucesorios son adquisiciones patrimoniales lucrativas por causa de muerte, sin que su naturaleza jurídica sufra por el hecho de que el efecto patrimonial se anticipe a la muerte". Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial, reiterado en Resolución de 2 de marzo de 2016 por el Tribunal Económico Administrativo Central en recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, cabe entender que la transmisión de bienes de presente que se produzca a través de un pacto sucesorio, le resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, conforme al cual "se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente. En definitiva, será de aplicación dicha norma del IRPF respecto del heredamiento cumulativo del 431.19.2 de la Ley 10/2008".*

No hace falta decir que no estoy demasiado de acuerdo con los tribunales (contencioso-administrativos y, por esto, no demasiado cuidadosos en cuestiones civiles un poco complejas) ni con la Administración tributaria, aunque me alegre de que por esta vez sean extraordinariamente generosos con los contribuyentes.

Veamos, pues, cuál es la fiscalidad actual de los pactos sucesorios.

Como todos sabemos, cualquier transmisión gratuita, no *mortis causa*, sino *inter vivos* (donación, habitualmente) devenga los siguientes impuestos:

a) Impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD).

b) Impuesto de Incremento del Valor de los Inmuebles de Naturaleza Urbana (IIVTNU), la vulgarmente llamada Plusvalía municipal, si la transmisión incluye inmuebles urbanos.

c) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), por el incremento de valor producido entre la entrada y la salida del bien en el patrimonio del transmitente, o sea, por lo que la ley llama "ganancia patrimonial".

Veamos ahora qué pasaría si esta transmisión fuera vía pacto sucesorio:

1. PS de Atribución Particular(PSAP)

Imaginemos que NN quiere "regalar" a su hijo un inmueble urbano y unas acciones y/o participaciones de su compañía.

i. Si firma con el hijo un *PSAP con transmisión de presente*: Tributará exactamente igual que si hiciera una donación (ISD + IIVTNU + IRPF), pues el artículo 431-29.3. CCC, como ya hemos visto, equipara ambas figuras (CCVV de la D.G. de Tributos V-1521/14, V-4733/16 y 3195/17)[38].

[38] La **CV 1521/2014** dice: ... *si el pacto provoca la transmisión de los inmuebles y los productos financieros, el devengo del Impuesto se producirá en dicho momento y la revocación del pacto provocará los efectos propios de una revocación de una donación, que no constituye un nuevo acto jurídico, sino la anulación de un negocio jurídico ya realizado y que se deshace, en este caso, conforme a la Ley, por lo que no puede tener la consideración de un nuevo acto sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Y ello, precisamente, porque no es un acto nuevo, sino la revocación de un negocio jurídico ya realizado, cuya eficacia cesa por la revocación.*

(...)

Por lo que respecta a la transmitente, si el pacto provoca la transmisión de los inmuebles y los productos financieros, esa transmisión comporta, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, una alteración en la composición de su patrimonio que ocasiona una variación en su valor, es decir, se producen unas ganancias o pérdidas patrimoniales por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales, tal como resulta de lo dispuesto en los artículos 33.1 y 34 de la Ley 35/2006.

Ahora bien, respecto a esas ganancias o pérdidas patrimoniales procede realizar las siguientes precisiones:

1. Al producirse la transmisión de los inmuebles por un acto ínter vivos y no en el momento del fallecimiento de la transmitente, las ganancias patrimoniales que en su caso pudieran producirse no se encontrarían amparadas por la excepción de gravamen que el artículo 33.3,b) de la Ley del Impuesto establece para la coloquialmente denominada plusvalía del muerto.

2. Deberá tenerse en cuenta, en caso de que el valor de adquisición fuera superior al de transmisión, lo dispuesto en el artículo 33.5,c) de la Ley del Impuesto, esto es: no se computarán como pérdidas patrimoniales las debidas a transmisiones lucrativas por acto ínter vivos o a liberalidades.

Y añade la **CV 4733/2016**: ... *en el caso del heredamiento (sic) por atribución particular, que también es pacto sucesorio conforme al artículo 431-29 de la propia Ley 10/2008, el apartado 3 de*

E incluso puede ser peor desde el punto de vista de la fiscalidad, porque cabe que hasta se nieguen los beneficios fiscales que corresponden a la sucesión de la empresa familiar, con el reciente argumento de la administración tributaria de que, como no se trata de una atribución *inter vivos* ni *mortis causa*, sino de un *tertius genus*, no goza de los beneficios fiscales de las unas ni de las otras. Es el caso de las sorprendentes consultes vinculantes V1788-20, V1790-20 y V1792-20, de 5 de junio, de la Dirección General de Tributos estatal[39].

dicho precepto establece, frente al silencio que guarda la Ley respecto del heredamiento anterior, que, en el caso de transmisión de presente de bienes, dicho acto de transmisión "se considera donación".

Por la misma subordinación del tratamiento fiscal al Derecho Civil a que antes se hacía referencia, esa calificación comporta que el pacto sucesorio adquiere, por así decirlo, un carácter híbrido en tanto en cuanto, aun siendo una adquisición patrimonial por causa de muerte, la entrega patrimonial en vida del causante no sólo da lugar a un devengo "anticipado" conforme al artículo 24 de la Ley 29/1987 sino que habrá de regirse por la normativa propia de las adquisiciones a título gratuito e "inter vivos".

De resultas de lo anterior, en los supuestos de heredamiento por atribución particular con transmisión de presente de bienes, la inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial en el IRPF para el heredante tendría que canalizarse por la vía de la letra c) del artículo 33.3 de la Ley 35/2006, siempre que la donación se ajuste estrictamente a los requisitos establecidos en el artículo 20.6 de la Ley 29/1987.

[39] Las consultas **CV1789-20, CV1790-20** y **CV1792-20** son, en realidad, una sola, puesto que responden a tres consultas idénticas formuladas por tres hermanos con respecto a un mismo pacto sucesorio de derecho balear. La consulta versaba sobre la tributación del pacto sucesorio balear llamado "de definició" (para Mallorca) o de "finiquito de legitíma" (para Eivissa y Formentera) —en el caso se trataba de este— en virtud del cual el descendiente de un causante, a cambio de una donación de presente que este le hace, renuncia a la legítima futura (arts. 50 y 51 —para Mallorca— y art. 77 —para Eivissa y Formentera— de la Compilación del Derecho Civil de Baleares). Pues bien, al respecto la DGTr hace las siguientes afirmaciones:

No cabe duda de que, desde el punto de vista civil, el finiquito de legítima es un supuesto de pacto sucesorio. En concreto, es un pacto sucesorio de los llamados "de no suceder" o "de renuncia" ... el tratamiento (fiscal) que debe darse al "finiquito de legítima" ... es el que corresponde a las adquisiciones "mortis causa" y, consiguientemente, será de aplicación, en su caso, el supuesto de reducción previsto en el artículo 20.2.c) de la LISD siempre que, como es obvio, se cumplan los requisitos establecidos en dicho precepto...

La cuestión que se suscita ahora es si en el caso de pactos sucesorios de los llamados de presente, es decir, aquellos en los que la adquisición se produce en vida del causante de la adquisición —y, por ello, antes de su fallecimiento—, para determinar la aplicación de una reducción de la base imponible, se han de aplicar las reglas y requisitos de las adquisiciones "mortis causa" o las de las adquisiciones gratuitas "inter vivos", dada la naturaleza híbrida de tal tipo de pactos sucesorios, en el sentido de que se perfeccionan y tienen efectos en vida del futuro causante, pero se realizan con proyección a su futuro fallecimiento... la respuesta ha de ser que deben aplicarse las normas correspondientes a las adquisiciones "mortis causa"... no parece razonable interpretar que, dada la especial naturaleza de los pactos sucesorios de presente, deberían aplicarse las condiciones y requisitos de las adquisiciones lucrativas "inter vivos" con el argumento de que en estos pactos sucesorios el causante de la adquisición aún no ha fallecido. Y ello porque tales pactos sucesorios

ii. Ahora bien, si el generoso NN del ejemplo firma con su hijo un PSAP sin transmisión de presente, el resultado será que no se devenga, de momento, ningún impuesto (CCVV DGTr vistas en el punto anterior). La razón radica en que civilmente tiene el tratamiento de un legado, lo que arrastra el mismo tratamiento fiscal que el que es propio de las atribuciones *mortis causa*[40].

Llegados a este punto, reparemos en que, desde una perspectiva "resultadista", es casi lo mismo donar *inter vivos* un bien con reserva de usufructo (que tributará, desde ya, por los tres conceptos antes dichos), que firmar un

constituyen una modalidad de adquisición "mortis causa", no solo por haberlo establecido así expresamente el artículo 11.b) del RISD, sino también porque así lo ha determinado el Tribunal Supremo en la reseñada sentencia de 9 de febrero de 2016... (no) cabe presumir que se trate de un olvido del legislador, pues si este hubiera querido establecer una regla especial y extender la aplicación de la reducción prevista en el artículo 20.2.c) de la LISD a los llamados pactos sucesorios de presente, así lo habría hecho.

Pues bien, la conclusión de la DGTr es que *"La institución del Derecho Civil de Baleares denominada «finiquito de legítima» es un pacto sucesorio. Los pactos sucesorios son títulos sucesorios a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Por lo tanto, el tratamiento que debe darse al «finiquito de legítima» en este impuesto es el que corresponde a las adquisiciones mortis causa y, consiguientemente, será de aplicación el supuesto de reducción previsto en el artículo 20.2.c) de la LISD. En este sentido (y ahora viene la sorpresa) cabe indicar que la reducción regulada en el referido precepto no resultará aplicable a los llamados pactos sucesorios de presente, como el «finiquito de legítima», al no cumplirse el requisito de que el causante de la adquisición sea una persona fallecida"*.

Comentando estas consultas, dice el fiscalista Santos Crowe (periódico *Expansión*, 9 de septiembre 2020): *"La DGT ha sido reacia a contestar muchas de las consultas vinculantes que se han formulado sobre la tributación de los Pactos Sucesorios, probablemente porque no le gustaba el sentido en el que tenía que pronunciarse, hasta que, después de estos 4 años, alguien ha advertido la utilización de la palabra «fallecido» en la normativa reguladora de la referida reducción y, así, ha elevado el fallecimiento físico a requisito sustancial para aplicar la reducción. La inseguridad jurídica que estas posiciones provocan es manifiesta. Y, además, como el Pacto Sucesorio no es una donación, tampoco aplica, en opinión de la DGT, la reducción prevista para las transmisiones gratuitas inter vivos. ¡Tremendo!... «la consulta nos sitúa en un limbo, ni inter vivos ni mortis causa, y eso solo existe en el purgatorio de Dante»"*.

[40] Así, el devengo ISD está supeditado al momento en que se transmiten los bienes y derechos al beneficiario. Tal y como lo ha asumido la Agencia Tributaria de Cataluña que, en **Consulta número 397E/17**, de 21 de febrero de 2018, concluye: *"... si la celebració d'un contracte o pacte successori produeix alguna adquisició de béns o drets en vida del futur causant, l'impost sobre successions i donacions es meritarà el mateix dia de la celebració del pacte, atès que serà el moment en què es produeixi l'adquisició"*. Y será de aplicación la normativa en vigor en el momento en el que se devengue el impuesto; pero, como apunta la Consulta anteriormente referenciada: *"(si) l'adquisició de la propietat, en virtut del pacte successori, es produirà amb la mort del causant, la qual cosa farà que l'impost es meriti el mateix dia de la mort d'aquest últim i serà aquesta data la que determinarà el tipus aplicable, les reduccions que siguin procedents"*. Igual se manifiesta la más reciente **Consulta ATC V-533/19**.

PS de atribución particular sin entrega de presente, puesto que en este caso el causante seguirá siendo el dueño, por lo que también tendrá los frutos, aunque no podrá disponer sin el consentimiento del beneficiario del pacto, el cual, para mayor seguridad, podrá hacer constar esta limitación por nota marginal al Registro de la Propiedad o, en su caso, al Libro registro de socios o de accionistas. Es decir, la posición económica del beneficiario es bastante parecida a la del donatario de la nuda propiedad (salvando, esto sí, el derecho de voto que correspondería al propietario —donatario, en un caso; causante, en el otro— si se tratara de acciones o participaciones sociales)[41].

Pero, aunque la situación civil sea similar, la diferencia fiscal será muy sustancial ya qué, si se opta por el PSAP con entrega diferida (en vez de por la donación de la nuda propiedad), la fiscalidad será la siguiente:

a) el pago del ISD y de la plusvalía municipal quedará diferida a la muerte del causante transmitente; y

b) no se devengará IRPF por la teórica ganancia patrimonial del transmitente. Tributación esta que sí procedería en caso de optarse por la donación de nuda propiedad con reserva de usufructo.

Así pues, las ventajas de optar por un PSAP con entrega diferida a la muerte, en lugar de por una donación *inter vivos* con reserva de usufructo, son bastante evidentes.

2. PS de atribución universal (heredamiento)

2.1. Heredamiento simple (sin transmisión de presente)

Aquí el heredante se limita a atribuir a una o varias personas la cualidad de heredero, sin que, de momento, haya ninguna transmisión. Es más, la formalización de ese tipo de heredamiento no limita de ninguna manera las

[41] Como dice Alascio Carrasco (*Los pactos sucesorios...*, *op. cit.*, p. 88) "el pacto sucesorio de atribución particular y la donación con aplazamiento de los bienes a la muerte del donante, por un lado, y el pacto sucesorio de atribución particular preventivo y la donación *mortis causa* de la otra, son instituciones con una regulación y unos efectos diversos, pero que, materialmente, producen un resultado similar".

facultades del heredante para disponer de sus bienes a título oneroso entre vivos (para las disposiciones a título gratuito, ver art. 431-25 CCC).

Lógicamente, por el hecho de otorgar este tipo de PS no se devenga ningún impuesto. Es decir, se tributará al tiempo de la muerte de causante exactamente igual que si se hubiera dispuesto por testamento. Y si además de la institución hubiera alguna donación de presente, esta tributaría como tal. Ninguna ventaja, pues, desde la perspectiva estrictamente fiscal.

Es decir, el heredamiento simple no pierde este carácter por el hecho de que, dentro del mismo, haya una donación de presente de bienes concretos a favor de la persona instituida (art. 431-19.1). En este caso la "donación de presente" tributará "desde ya" como cualquier otra donación (ISD + IIVTNU, a cargo del donatario/heredero, + IRPF a cargo del causante/donante).

No obstante, la cosa varía radicalmente en el caso del heredamiento cumulativo, tal y como pasamos a examinar.

2.2. Heredamiento cumulativo (con transmisión de presente)

El heredamiento cumulativo, por definición, implica una transmisión de presente.

Supongamos un empresario cuyo patrimonio se compone, aparte del ajuar doméstico, de: **a)** dinero y activos financieros; **b)** participaciones en sus empresas; y **c)** tres viviendas ubicadas, respectivamente, en Barcelona, Madrid y Valencia. El empresario quiere transmitir a su hijo único, ya desde ahora, sus compañías y la vivienda de Madrid, excluyendo, de acuerdo con el artículo 431-19.2. CCC, el resto de sus bienes.

Insistiré en que, a mi juicio, un heredamiento bien hecho no debe decir "*Instituyo heredero a mi hijo en las acciones, participaciones sociales y en el piso de Madrid... y me reservo la disposición del resto de mis bienes"*; sino que *la* redacción correcta tiene que ser la inversa*:* "*Instituyo heredero a mi hijo, mediante este heredamiento cumulativo, en todos mis bienes* (*añadiendo, si se quiere: —entre lo que se incluyen las acciones participaciones sociales del Grupo ZZ y el piso de Madrid—*) *y me reservo la propiedad del dinero y activos financieros y de los dos pisos que tengo, uno en Barcelona*

y el otro en Valencia". Y esto, interpretando ampliamente el art. 431-19.2 en el sentido que la expresión bienes concretos abarca los conjuntos, como es el caso del dinero y los activos financieros, cosa que, reconozco, puede ser discutida, pero que encuentra amparo en el artículo 431-22.1 CCC. Vemos, pues, como tributaría este heredamiento cumulativo.

La tributación en ISD e IIVTNU (plusvalía municipal), a cargo del favorecido, será la misma que en una herencia, si bien teniendo presente que ambos impuestos se devengan al tiempo de la firma del heredamiento cumulativo, que es cuando se produce la transmisión.

Vayamos ahora con las ventajas, cosa por la que seguiremos los criterios ya asentados en las CCVV DGTr V-0781/18 y V-2618/18; y la CV ATC 286/19, entre otras:

a) El causante no tributará nada por las ganancias patrimoniales al IRPF por la diferencia entre el valor "histórico" y el actual de sus empresas y de su piso en Madrid. Concepto por el que sí tendría que liquidar, si en lugar de un heredamiento, hubiera hecho una donación. Solo esto ya supone para el transmitente un ahorro fiscal importantísimo.

b) Y se mantienen, por supuesto, los beneficios fiscales aplicables a la transmisión de la empresa familiar[42].

Todo esto justifica el actual éxito de los PP. SS. Pero resulta que aún hay más "privilegios", tal y como se puede ver en una consulta recientemente resuelta por la Agencia Tributaria de Cataluña: **CV ATC 286/19**.

En el caso consultado a la Hacienda catalana, además de las cuestiones antes tratadas y de otras que no vienen al caso, el empresario contribuyente

[42] Hasta la Ley 11/2021, a la que aludo al final, había una ventaja añadida: todo aquello que el heredero recibía de presente no se acumulaba a los bienes que recibiera, *en su día, por el resto de la herencia (con la consecuente rebaja del tipo impositivo aplicable, dada la fuerte progresividad del ISD), puesto que, según la resolución vinculante de la Dirección General de Tributos,* **CV 2235/2019**: *La adquisición de distintos bienes inmuebles realizada mediante pactos sucesorios... no han de acumularse a los efectos de determinar la cuota tributaria del impuesto ya que los supuestos de acumulación aplicables se circunscriben a negocios jurídicos gratuitos e inter vivos, pero no a supuestos de acumulación de títulos sucesorios.*

pregunta si la doctrina que acabamos de ver se mantendría también en el supuesto que él transmitiera a los hijos una parte muy mayoritaria de sus sociedades y retuviera una pequeña parte de las participaciones, pero con voto plural, de manera que, de facto, el empresario, padre y heredante, habría transmitido el 95 % (por ejemplo) de sus empresas, pero continuaría manteniendo el control por medio de su voto mayoritario[43].

[43] Por su indudable interés, incluso desde la perspectiva del Derecho civil, cabe destacar la respuesta a la consulta 286/19 de la Agencia Tributaria de Cataluña:

Consulta n.º 286/19, de 14 de octubre de 2019.

L'heretant es planteja formalitzar un heretament cumulatiu, instituint hereus als seus tres fills, atribuint-los de present per parts iguals un percentatge majoritari de les participacions que posseeix en la Societat A, i excloent de la transmissió de present la resta del seu patrimoni, amb aplicació de la reducció assenyalada del 95% la transmissió de participacions.

(Respuestas de la ATC)

Quant a l'impost sobre la renda de les persones físiques, si a la transmissió de béns de present que es produeixen a través d'un heretament cumulatiu li resulta d'aplicació allò disposat a l'article 33.3.b) de la Llei 35/2006, conforme al qual "s'estimarà que no existeix guany o pèrdua patrimonial en ocasió de transmissions lucratives a causa de mort del contribuent", tal i com ha reconegut la Direcció General de Tributs del Ministeri d'Hisenda en la consulta V2436-18 d'11 de setembre de 2018, entre d'altres.

(...)

En resposta a les consultes formulades en l'àmbit de l'impost sobre successions i donacions, i, amb caràcter previ a l'anàlisi de la reducció del 95% de la base imposable de l'impost, es fa avinent el següent:

- La figura civil de l'heretament encaixa dins els anomenats pactes successoris i es caracteritza per contenir la possibilitat d'instituir un o més hereus amb caràcter irrevocable, en principi. Aquesta institució es troba regulada en els articles 431-18 i següents de la Llei 10/2008, del 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. Quant als heretaments cumulatius, cal estar al contingut de l'art. 431-19 de la Llei 10/2008:

(...)

- Pel que fa al seu tractament en l'impost sobre successions i donacions, la Direcció General de Tributs del Ministeri d'Hisenda s'ha pronunciat en diferents consultes vinculants en què conclou que l'heretament cumulatiu és una institució successòria que tributa en la modalitat impositiva de successions i que es merita en el moment de l'atorgament del pacte successori:

(...)

Lo expuesto es plenamente aplicable al pacto sucesorio de heredamiento cumulativo a que se refiere el artículo 431.19.2 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Dicho pacto, por el que se instituyen herederos en la calidad de sucesiones a título universal, no pierde ese carácter en el caso de exclusión de determinados bienes de la transmisión de presente que se efectúa con motivo del pacto. Y ello sin perjuicio de que ... al producirse adquisición de bienes y derechos en vida del futuro causante el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se devengue el mismo día en que se celebre el referido contrato o pacto sucesorio, pues es en ese momento cuando se produce la adquisición.

En este caso, el tratamiento fiscal a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se subordina al que se produce en el Derecho Civil, es decir, la LISD hace depender el devengo del impuesto —que en general se produce en el momento de la adquisición sucesoria de los bienes y derechos por el sujeto passivo— del momento en que tiene eficacia la adquisición a efectos civiles" —consulta V4733-16, de 8 de novembre—.

En el mateix sentit, les consultes V0781-18, de 21 de març, i V2387-18, de 4 de setembre, entre d'altres.

D'acord amb aquest criteri:

- L'heretament cumulatiu, en què, a més d'instituir-se hereu, hi ha lliurament de present de determinats béns i drets, tributa en la modalitat de l'impost sobre successions;

- Com a adquisició de naturalesa mortis causa, el termini de presentació de l'autoliquidació és de sis mesos a comptar de la data d'atorgament de l'heretament (article 10 del 414/2011, de 13 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de l'impost sobre successions i donacions).

- D'altra part, i respecte la no acumulació entre sí de pactes successoris atorgats per un heretant a favor de la mateixa persona s'ha pronunciat la Direcció General de Tributs del Ministeri en la consulta V3087-13, de 17 d'octubre; tampoc permet l'acumulació del pacte cumulatiu a la posterior adquisició de l'herència en el moment de la mort de l'heretant-causant (consulta V1206-14, de 30 d'abril). És a dir, no hi cap l'acumulació d'adquisicions mortis causa.

(...)

Quant a l'aplicació de la reducció del 95% per l'adquisició de les participacions en virtut d'un heretament cumulatiu, cal tenir en compte el següent:

Partint, com s'ha conclòs anteriorment, que es tracta d'una adquisició mortis causa, cal estar, en principi, a la regulació de la reducció del 95% continguda en els articles 10 i següents de la Llei 19/2010, del 7 de juny, de regulació de l'impost sobre successions i donacions...

(...)

La qüestió concreta que es planteja en la consulta se centra en determinar si l'heretant pot continuar exercint funcions de direcció en l'entitat amb posterioritat a l'atorgament de l'heretament cumulatiu.

(...)

La resposta a la qüestió només es pot donar efectuant una interpretació integradora de la norma en la que s'ha de tenir en compte la finalitat del benefici fiscal: el seu objectiu és reduir la càrrega tributària per tal d'afavorir el relleu intergeneracional dels negocis familiars, i això només té sentit en la mesura que el donant deixi d'exercir la direcció de l'entitat; és evident que en l'article que regula la reducció en seu de l'adquisició mortis causa el legislador no ho explicita, perquè resulta obvi que el causant no exercirà més funcions i perquè el requisit de cessament en l'activitat està implícit en la norma. Aquest criteri és el que també ha estat assumit pel Tribunal Superior de Justícia de Galícia (sentències 30/2012, de 30 de gener; 998/2011, de 21 de novembre; 924/2010, de 4 de novembre, 552/2010, de 2 juny) quan analitza el règim tributari de les "apartaciones" gallegues...

(...)

Per tot l'exposat, es conclou que en els heretaments cumulatius amb lliurament de present de participacions en entitats, i per tal de gaudir de la reducció del 95% de la base imposable, cal que l'heretant deixi d'exercir funcions de direcció en l'entitat de la que es transmeten participacions.

En el cas objecte de consulta, no és obstacle per a l'aplicació de la reducció, que l'heretant desenvolupi tasques de direcció en altres entitats filials (com ja s'ha manifestat aquest centre directiu en les consultes 70/17, de 19 de setembre, o V233/18, d'1 d'agost, entre d'altres.

Quant al fet que es reservi una participació minoritària en la Societat A, que mitjançant vot plural o una altra fórmula, li permeti mantenir la majoria dels drets de vot en l'esmentada entitat, no és un obstacle per a gaudir de la reducció sempre i quan no comportin l'exercici de funcions de direcció...

(...)

La mera pertinença al consell d'administració, és a dir, el simple nomenament com a conseller o consellera de l'entitat no acredita l'exercici de funcions de direcció.

(...)

Finalment, i pel que fa a la regla de manteniment, seguint la mateixa línia interpretativa

La respuesta de la administración tributaria catalana es muy clara: los beneficios fiscales se mantienen, aunque el causante continúe "mandando" (por medio del voto mayoritario) en la empresa. Solo pide la ATC que el empresario cese en las funciones ejecutivas de dirección (si, además de los beneficios que supone el heredamiento, quiere disfrutar —*rectius,* sus hijos— de la bonificación del 95 % por la transmisión de la empresa familiar). Y, vuelvo a insistir, aunque continúe manteniendo el control político de sus negocios a través del voto plural.

Parece, pues, queda muy clara la razón del éxito actual de los pactos sucesorios; más en concreto de dos de sus modalidades: la de atribución particular con transmisión de futuro y el heredamiento cumulativo.

CONCLUSIONES

1) Los PP. SS., permítanme la petulancia, se están haciendo, sobre todo en el ámbito empresarial, muy a la ligera. Se firman pensando solo en los aspectos fiscales, y no se aquilatan suficientemente las consecuencias sustantivas que conllevan a medio o largo plazo.

2) Es muy importante ser conscientes de que en un heredamiento, sobre todo si es cumulativo, el heredero "acumula", por definición, el resto de bienes no reservados. No es correcta, a juicio de este ponente, la técnica de reservarse el heredante *"el resto de sus bienes"*, porque ese "resto", el *universum ius*, pertenece al heredero "instituido desde ahora". No se olvide que el artículo 431.19.2 CCC habla de la exclusión de *"bienes concretos"*[44] [45].

---

exposada al llarg de la consulta, no hi cap sinó concloure que el gaudi definitiu resta condicionat no només al manteniment de les participacions durant el termini de cinc anys a comptar des de l'atorgament del pacte (llevat que mori dins el termini) sinó també al compliment, durant el mateix termini i amb la mateixa excepció, dels requisits previstos per a les transmissions lucratives inter vivos (regulats en l'article 43)...

(...)

[44] Nótese que la consulta fiscal, ante la Agencia catalana, se redacta así: *L'heretant es planteja formalitzar un heretament cumulatiu, instituint hereus els seus tres fills, atribuint-los de present per parts iguals un percentatge majoritari de les participacions que posseeix en la Societat A, i excloent de la transmissió de present la resta del seu patrimoni...*

[45] ¿Habría la posibilidad que, ante un heredamiento cumulativo con transmisión de sólo bienes concretos (aunque sea toda una empresa) y con exclusión de todo el resto del patrimonio del heredante,

3) Si hay reserva (o sea, exclusión de bienes del heredamiento cumulativo) es muy aconsejable concretar el alcance de la reserva: ¿para disponer sólo entre vivos o también para disponer *mortis causa*?

4) Si la reserva, como es razonable en un heredamiento cumulativo, es para disponer libremente el heredante de los bienes excluidos, entre vivos y a título oneroso, convendrá pactar la exclusión de la nota marginal en el Registro de la Propiedad que prevé el artículo 431-8.2 CCC. Es decir, la no necesidad del consentimiento del heredero instituido, porque esto es lo que querrá el heredante en el 99% de los casos[46].

5) Muchas veces convendrá causalizar cuidadosamente el PS, en previsión de una futura alteración de las circunstancias que pueda favo-

los tribunales civiles entendieran, no que el heredamiento sea nulo, sino —con base a la doctrina del mantenimiento de las disposiciones *mortis causa*— que interpretaron que ese heredamiento es, en realidad, un PS de atribución particular con transmisión de presente? La deriva fiscal de tal doctrina sería escandalosa, puesto que entonces no se darían ninguna de las ventajas fiscales que hemos visto, sino, todo lo contrario: la transmisión pasaría a tributar como si se tratara de una donación "pura y dura", visto lo que dispone el artículo 431-29.3 CCC.

Pero, duerman tranquilos los asesores fiscales, porque esa "conversión material" parece casi imposible. Nadie, ni siquiera los Tribunales, puede convertir un llamamiento a título universal en otro a título singular. El llamado heredero contractual ya de presente continuará siéndolo: por un lado, por la doctrina del *semel heres*, de otra porque en Cataluña no hay ningún obstáculo en admitir *el heres ex re certa*. Problema aparte será que los Tribunales admitan o no la "reserva universal" del heredante, que, por las razones que se detallan al texto, yo no admitiría.

Ahora bien, vuelven a sufrir los fiscalistas, lo que sí cabrá (osaría decir que con toda probabilidad) es la que se dice "conversión formal" del negocio jurídico (a modo de la conversión del testamento cerrado nulo, que puede valer como ológrafo). Es decir, que un heredamiento cumulativo —que realmente no lo es si el causante se reserva *el universum ius*— pueda valer, como heredamiento simple con donación de presente de bienes concretos a la persona instituida, de acuerdo con el artículo 431-19.1 CCC. Porque esto es lo que son en realidad una gran parte de los heredamientos que hoy se están vistiendo bajo la forma de cumulativos. No hace falta decir que, puesto que la calificación civil arrastra la fiscal, el resultado práctico de esa "conversión", el impacto a los efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones sería enorme.

[46] No corresponde entrar en este trabajo en los efectos con respecto a terceros (especialmente del artículo 34 LH) de la nota marginal practicada al Registro de la Propiedad (*vide* al respecto: E. Brancós, *Los pactos ..., op. cit.,* pp. 131-132, y *Comentarios ..., op. cit.,* p. 836). Desde mi punto de vista, esta nota es clara (en el sentido que sí afecta al tercero hipotecario) con respecto al PS de atribución particular (PSAP) con efectos diferidos; y no es nada clara en el caso de heredamiento simple y en el cumulativo con respecto a los bienes excluidos (preguntad, si no, a los heredantes). Teniendo en cuenta que en el heredamiento cumulativo y en los PSAP con efectos de presente lo que procede es un asiento de inscripción en favor del favorecido, y no una simple nota marginal.

recer, o no, su revocación. En cualquier caso, hay que evitar, en la medida de lo posible, futuros pleitos.

6) Conviene prever qué pasará si alguno de los herederos instituidos premuere, porque no siempre se ajustarán a las previsiones del heredante las soluciones ex artículo 431-24 CCC[47].

7) Hace falta tener mucho, muchísimo cuidado, con los aspectos formales. No está tan lejana la jurisprudencia del Tribunal Supremo declarando, antes de la modificación legal de las normas testamentarias, la nulidad de un testamento por el nimio motivo de no consignarse la hora del otorgamiento. Excedería en mucho esta ponencia el análisis de si un PS nulo por defecto de forma podría valer como otro tipo de disposición *mortis causa*[48].

En resumidas cuentas: todos sabemos que tenemos un socio con el que hay que contar siempre, la Hacienda pública. Pero, de aquí a ordenar nuestra sucesión pensando prioritariamente en "el socio", en lugar de en el bienestar presente y futuro de la familia, hay un abismo.

---

[47] **Artículo 431-24 CCC. Transmisibilidad de la cualidad de heredero**

1. Si el heredero instituido en heredamiento premuere al causante, el heredamiento deviene ineficaz, salvo que se haya convenido otra cosa y en los supuestos regulados por el presente artículo.

2. En defecto de disposición expresa en contra, si el heredero instituido en heredamiento es descendiente del causante y premuere a este dejando descendientes llamados a su herencia, transmite a estos su calidad de heredero contractual, de la misma forma en que sean sus herederos. Si existen varios hijos o descendientes herederos del heredero premuerto ab intestato, el heredante puede escoger a uno, en escritura pública irrevocable o en testamento, como sustituto en el heredamiento.

3. En el heredamiento cumulativo, los bienes recibidos de presente por el heredero premuerto son transmitidos a sus sucesores, salvo que se haya estipulado un pacto reversional. Respecto a los bienes no transmitidos en vida por el heredante, se aplica a este heredamiento lo establecido por los apartados 1 y 2.

[48] Por ejemplo, en caso de declaración de nulidad del PS porque ha intervenido un otorgante que no debería haberlo hecho, de acuerdo con el artículo 431-2; o porque contiene disposiciones que el otorgante declara expresamente revocables; o porque no se estima válida la reserva para disponer *mortis causa* del resto del patrimonio.

¿Podrían, entonces, valer estas declaraciones del causante como si hubieran sido hechas en testamento abierto? Brancós parece inclinarse por la tesis positiva; yo lo veo bastante dudoso, dado lo dispuesto en el artículo 422-1 CCC*: "Es nulo el testamento que no corresponde a ninguno de los tipos que establece el artículo 421-5"*. También se muestra favorable a la conversión Ferrer Riba (*Comentarios...,* cit., pp. 1059-1061), cuando en el pacto sucesorio una parte ocupa la posición de futuro causante y la otra solo de favorecido; y con más dudas en el resto de casos.

ADDENDA

Este trabajo fue redactado cuando ya estaba anunciada una nueva reforma fiscal de lucha contra el fraude, que hoy ya está en vigor por mor de la **Ley 11/2021, de 9 de julio** (publicada en el BOE del siguiente día), de *Medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal.* De la nueva ley resultan, básicamente, las siguientes novedades en lo que afecta al tema de este trabajo:

A) **Se modifica del artículo 36 (*Transmisiones a título lucrativo*) de la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre***, *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*, añadiendo un nuevo párrafo que dice:

"... en las adquisiciones lucrativas por causa de muerte derivadas de contratos o pactos sucesorios con efectos de presente, el beneficiario de los mismos que transmitiera, antes del transcurso de cinco años desde la celebración del pacto sucesorio o del fallecimiento del causante, si fuera anterior, los bienes adquiridos, se subrogará en la posición de este, respecto al valor y fecha de adquisición de aquellos…".

B) **Se modifica también el artículo 30 (*Acumulación de donaciones y contratos y pactos sucesorios*) de la *Ley 29/1987, de 18 de diciembre***, *del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, que queda redactado así:

"1. Las donaciones y demás transmisiones «inter vivos» equiparables que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario, así como las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios formalizados entre las mismas personas, todas ellas dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, se considerarán como una sola transmisión a los efectos de la liquidación del impuesto. Para determinar la cuota tributaria se aplicará, a la base liquidable de la actual adquisición, el tipo medio correspondiente a la base liquidable teórica del total de las adquisiciones acumuladas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de la determinación de la cuota tributaria, será igualmente aplicable a las donaciones y demás transmisiones «inter vivos» equiparables y a las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios acumulables a la sucesión que se cause por el donante o causante a favor del donatario o sucesor «mortis causa», siempre que el plazo que medie entre ésta y aquéllas no exceda de cuatro años.

3. A estos efectos se entenderá por base liquidable teórica del total de las adquisiciones acumuladas la suma de las bases liquidables de las donaciones y demás transmisiones «inter vivos» equiparables anteriores, de las herencias, legados o cualesquier otros títulos sucesorios y la de la adquisición actual".

Es decir, publicadas las nuevas reformas legales, el buen tratamiento fiscal de los PP. SS. ha sufrido un doble recorte:

I. Cabe la posibilidad de que el beneficiario del pacto reciba los bienes por su valor histórico, sin actualización, lo que significa que tendrá que tributar mucho más en el momento que los enajene. No obstante, tal efecto se producirá sólo si los transmite:

a) O dentro de los cinco años siguientes a la donación.

b) O antes de la muerte del causante.

La norma no tiene una sintaxis demasiado esmerada, pero lo lógico es entender que, una vez producido el fallecimiento del causante, no hace falta completar los cinco años, si la muerte haya tenido lugar con anterioridad. Dicho de otra manera, si el favorecido por el pacto se espera a la muerte o deja transcurrir cinco años (en el supuesto de que el causante sobreviva durante este tiempo), sí habrá actualización de valor, de modo que, cuando en un futuro transmita, generará muchas menos ganancias sujetas a tributación en el impuesto sobre la renta[49].

[49] La razón de ser de la reforma legal radica en evitar un *truco fiscal* que se ha venido utilizando frecuentemente hasta ahora. Con un ejemplo se entenderá mejor en qué consiste: supongamos un ciudadano que ha levantado de la nada una empresa y que, después de muchos años de trabajo, ha

La reforma, por lo que respecta a Cataluña, afecta de lleno los heredamientos cumulativos, ahora bien, tiene su aspecto positivo: la ley fiscal ha bendecido, aunque con algunos recortes, el buen tratamiento tributario de los PP. SS.. Ya no hace falta plantearse, desde la perspectiva tributaria, si las transmisiones derivadas de un heredamiento cumulativo son *inter vivos* o *mortis causa*; porque, sean lo que sean civilmente, la Ley 11/2021 los confirma fiscalmente (que no sustantivamente) como actos *mortis causa*. De lo contrario, la reforma legal no se habría producido.

Incluso, podrían resultar afectados por la reforma los PP. SS. de atribución particular con entrega de presente. Ya sabemos que civilmente, en Cataluña (no así en Galicia, por ejemplo) estos pactos "se consideran donación" (art. 431-29.3 CCC), pero lo cierto es que fiscalmente el nuevo artículo 36 de la ley estatal 35/2006 no hace ninguna salvedad cuando habla de "*las adquisiciones lucrativas por causa de muerte derivadas de contratos o pactos sucesorios con efectos de presente.* Y, de lo que no cabe duda es que estamos ante un pacto sucesorio. ¿Por causa de muerte? De nuevo volveremos a la discusión de si un pacto sucesorio catalán de atribución particular con entrega actual es o no un acto *mortis causa*. Hago remisión a lo que se ha dicho a lo largo de este trabajo.

¿Y qué pasará si el favorecido por el pacto enajena "antes de tiempo" (de la muerte del causante o de los cinco años)? ¿Reviviría, entonces, la "plusvalía del muerto", de modo que el causante se vería obligado a tributar

encontrado un comprador que le paga un muy buen precio, lo que le permitirá vivir con tranquilidad el resto de días que le queden. Si este empresario hace una venta directa, verá como Hacienda, vía incremento de patrimonio al IRPF, se le lleva aproximadamente la cuarta parte de los esfuerzos de toda una vida. Pues bien, los PP. SS., el heredamiento cumulativo en concreto, le ofrecía, antes de la reforma, una vía para evitar que esta plusvalía tributara como renta, así que todo el beneficio quedase, sino con él, sí dentro de la familia.

La "solución fiscal" consistía —insisto, con la legislación antes vigente— en transmitir la empresa vía heredamiento cumulativo al/los hijo/s o al cónyuge, que la recibían, con una tributación muy pequeña, a valor de ahora (pero con las bonificaciones fiscales que corresponden a la transmisión de la empresa familiar), o sea, con valor actualizado —sin que el transmitente haya tributado por "plusvalía del muerto", tal y como se explica al texto—. Una vez la empresa estaba en el patrimonio del/s favorecido/s por el pacto sucesorio (que tenía que ser un heredamiento cumulativo en Cataluña), a las pocas semanas o meses (si hacía falta se intercalaba una opción de compra para el que el comprador definitivo estuviera tranquilo durante todo el proceso), estos favorecidos por el PS vendían sin que se generara ninguna plusvalía sujeta a IRPF, puesto que la venta la hacían los beneficiarios por el mismo valor por el que la empresa había ingresado vía herencia a su patrimonio.

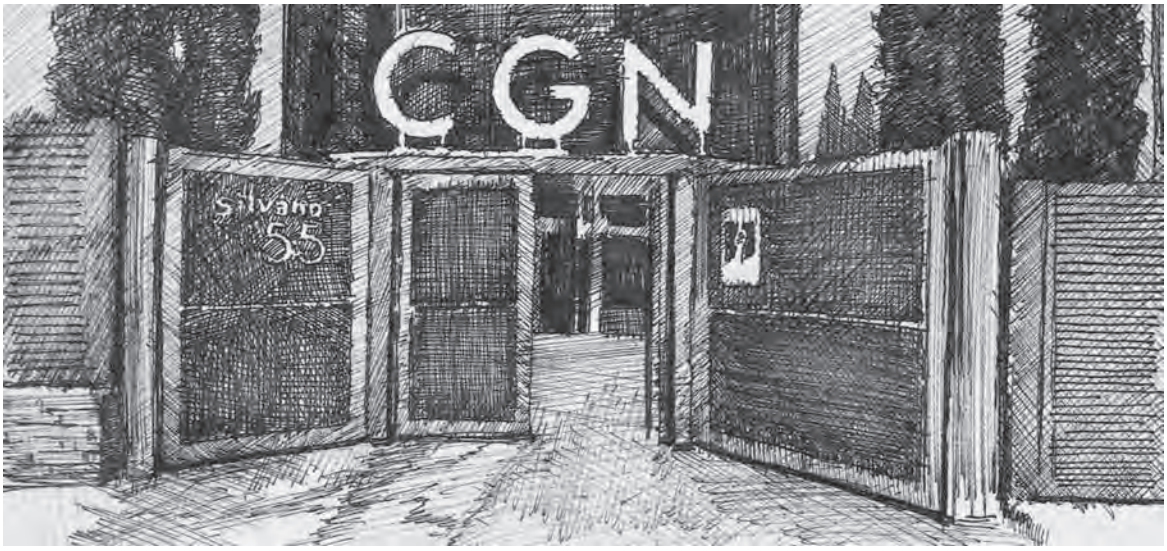
Evitar en el futuro este tipo de "jugadas" es, básicamente, la razón de ser de la reforma.

el IRPF? Sin duda no es esta la respuesta correcta. No lo establece así la reforma. Además, sería absurdo, porque la "sanción" a la venta anticipada es para el adquiriente, que recibe por el valor histórico, el de adquisición de su causante, por lo que no tendría ningún sentido que este (el causante) tuviera que tributar, además, por un valor que ni siquiera se actualiza y que no depende de ninguna manera de su voluntad.

II. La segunda modificación legal parece razonable, la acumulación a la base, a efectos del cálculo del tipo del ISD, de donaciones, pactos sucesorios y herencia. Con lo cual, todas las atribuciones hechas en vida vía pacto sucesorio durante un plazo se acumularán: ya a la herencia (sumándole todas las atribuciones gratuitas hechas en los últimos cuatro años previos a la muerte), o ya acumulando entre si las donaciones *inter vivos* y los PP. SS. de atribución actual (computando tres años entre todos ellos en este último supuesto).

En resumidas cuentas: a pesar de la modificación legal recientemente habida, los PP. SS. continúan teniendo un tratamiento fiscal muy favorable. Ahora bien, que esto no lleve a olvidar su tratamiento civil y los muchos resultados indeseables que de una redacción poco esmerada puedan derivarse.

Derecho notarial



ESTUDIOS DOCTRINALES

LA IDENTIFICACIÓN EN EL OTORGAMIENTO EN LÍNEA DE DOCUMENTOS NOTARIALES

IDENTIFICATION IN THE ONLINE GRANTING OF NOTARIAL DOCUMENTS

José Carmelo Llopis Benlloch
Notario

Resumen: La función notarial está atravesando un nuevo período de transición digital que cambiará el modo de otorgar, conservar y gestionar los instrumentos públicos. Este cambio debe respetar el grado actual de seguridad jurídica preventiva que ofrece el notariado, por lo que deben aplicarse a cualquier regulación sobre la materia los principios de neutralidad tecnológica y neutralidad jurídica. Especialmente, debe adaptarse el criterio de comparecencia para exigir que siempre exista un componente físico, ya sea inmediato (en presencia directa) o mediato (por videoconferencia).

Palabras clave: identificación electrónica, Reglamento eIDAS, juicio de identidad, juicio de capacidad, firma electrónica, confianza, notarios, videoconferencia, otorgamiento en línea.

Abstract: The notarial function is going through a new period of digital transition that will change the way of granting, keeping and managing public instruments. This change must respect the current degree of preventive legal security offered by notaries, so the principles of technological neutrality and legal neutrality must be applied to any regulation on the matter. In particular, the appearance criteria must be adapted to require that there always be a physical component, either immediate (in direct presence) or mediate (by videoconference).

Keywords: electronic identification, eIDAS Regulation, identity judgment, capacity judgment, electronic signature, trust, notaries, videoconference, online granting.

SUMARIO

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COMPARECENCIA ANTE NOTARIO

II. SITUACIÓN NORMATIVA PREVIA AL OTORGAMIENTO A DISTANCIA

1. Medidas de flexibilización aplicables a las personas jurídicas de Derecho privado
2. La propuesta del Consejo General del Notariado
3. La Ley 3/2020, de 18 de septiembre
4. Directiva 2019/1151, de 20 de junio de 2019
   4.1. El necesario respeto a las tradiciones jurídicas de los Estados miembro
   4.2. La transposición en los ordenamientos jurídicos europeos
   4.3. La transposición de la Directiva en el Anteproyecto

III. EL OTORGAMIENTO TELEMÁTICO NOTARIAL

1. Limitación de la comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras
2. Compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial
3. Comparecencia física mediata e inmediata
   3.1. Primer momento: identificación técnica
      3.1.1. La sede electrónica notarial
      3.1.2. Sistemas de identificación admitidos
      3.1.3. Reflejo en la escritura de la identificación técnica
   3.2. Segundo momento: identificación jurídica, o juicio de identificación
      3.2.1. Juicio de identificación
      3.2.2. Las videocomparecencia y la fotografía
   3.3. Tercer momento: juicio de capacidad
      3.3.1. Juicio de capacidad notarial
      3.3.2. La capacidad en los certificados electrónicos
      3.3.3. La comprobación del poder de representación
   3.4. Cuarto momento: firma electrónica
      3.4.1. Firma electrónica de los otorgantes y del notario
      3.4.2. La regulación del protocolo informático

IV. CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFÍA

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COMPARECENCIA ANTE NOTARIO

Una de las funciones principales del notario ha sido siempre dar fe de la identidad de las personas que comparecen ante él. No obstante, esa dación de fe ha ido evolucionando y adaptándose a las circunstancias identificativas y técnicas de cada época.

Por eso, la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado, reguló en el artículo 23 el deber del notario de dar fe del conocimiento de los otorgantes, asegurándose de su identidad, bien de un modo personal y directo o por la intervención de testigos.

Obviamente, en esta primera redacción no se hacía ninguna referencia los documentos de identidad, puesto que lo único que existía eran documentos expedidos con una finalidad concreta: cartas de seguridad, pasaportes interiores o salvoconductos, certificados de nacimiento, carnets profesionales o militares, y la cédula personal, si bien no tenían carácter nacional, no se expedían para todos los ciudadanos, no tenían fotografía, y, en el mejor de los casos, contenían una descripción física de su titular, por lo que carecía de eficacia indubitada.

Todos ellos quedaron en segundo plano, cuando no derogados, cuando se puso en marcha la implantación del Documento Nacional de Identidad, creado por Decreto de 2 de marzo de 1944 y expedido por primera vez en Valencia el 20 de marzo de 1951.

Por eso, fue durante esa época cuando la normativa notarial comenzó a asumir la existencia de documentos que podían servir para identificar a las personas: el Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, en el artículo 187, mantenía la fe de conocimiento (*"de ciencia propia o por medio de testigos de conocimiento"*, decía) como el medio adecuado de identificación,

pero ya recogió la posibilidad de utilizar documentos de identidad para todo aquello que la fe de conocimiento no cubría: edad, estado, profesión y vecindad.

De hecho, lo reconoció antes el Reglamento Notarial que la Ley del Notariado, por lo que la Ley de 18 de diciembre de 1946 tuvo que modificar su artículo 23 para darle la redacción que más o menos conocemos hoy, y que mantiene la fe de conocimiento como medio de identificación principal, pero estableciendo como medio supletorio, entre otros, la referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas.

Consecuentemente, hubo que modificar de nuevo el artículo 187 del Reglamento Notarial, lo que se hizo por artículo 1 del Decreto 2310/1967, de 22 de julio, con una remisión directa al artículo 23 de la Ley, con una redacción que ha perdurado hasta hoy.

Después de eso, sin ánimo de ser exhaustivo, se ha desarrollado la firma digital y la identificación electrónica, que ha pasado ya por tres normas nacionales, una Directiva y un Reglamento, el Documento Nacional de Identidad electrónico, que va desde 2015 por la versión 3.0 y actualmente por la 4.0, el Pasaporte electrónico, se ha desarrollado el concepto de identidad digital, llevándonos ante un concepto de identidad digital soberana, basándose en tecnologías de registro distribuido con *blockchain* e incluso estamos en puertas de tener una identidad digital europea con la propuesta publicada el 3 de junio de 2021 de revisión del Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

II. SITUACIÓN NORMATIVA PREVIA AL OTORGAMIENTO A DISTANCIA

Nuestra Ley y nuestro Reglamento han seguido hasta épocas muy recientes con las redacciones dadas a esos preceptos en 1946 y 1967, siendo las únicas modificaciones introducidas en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, con objeto de exi-

gir la indicación en los documentos públicos del Número de Identificación Fiscal, por la Ley 8/2021, de 2 de junio, con objeto de sustituir en su letra a *"capacidad civil"* por *"mayores de edad"* y por la Ley 11/2021, de 9 de julio, con objeto de exigir la comprobación por el notario de la revocación de los Números de Identificación Fiscal, peo que, por otro lado, con evidente falta de coordinación entre normas, revierte el último cambio producido en la letra a.

La razón de esa falta de modificación, en lo que a los medios de identificación se refiere, no es otra que la prestación de la función notarial no se ha trasladado al ámbito electrónico y no hemos tenido otorgantes que tuviéramos que identificar a distancia, pese a que el artículo 111 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ya previó la formalización por medios electrónicos de un único negocio jurídico a distancia entre dos o más notarios, empleando su respectiva firma electrónica, si bien nunca llegó a producirse el desarrollo reglamentario de dicho artículo, que se preveía *"determinara las condiciones y el procedimiento para la integración de las distintas declaraciones de voluntad en el negocio unitario, así como la plasmación del mismo en un único documento público"*.

De hecho, el único reconocimiento de la videoconferencia que, colateralmente, tenía relación con la actividad notarial fue la Instrucción SEPBLAC, de 12 de febrero de 2016, que estableció para todos los sujetos obligados en materia de blanqueo de capitales la posibilidad de identificar mediante videoconferencia con la exhibición del documento de identidad a la webcam. No obstante, al no estar prevista en ese momento la actuación remota del notario, no tuvo efectos en la práctica.

Esta afirmación está actualmente en proceso de cambio, debido a los cuatro siguientes factores, que se han acelerado indudablemente debido a la pandemia global de COVID-19 de padecemos:

1. Medidas de flexibilización aplicables a las personas jurídicas de Derecho privado

De conformidad con el artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, durante la vigencia del período de alarma las juntas o asambleas

de asociados o de socios y las sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las personas jurídicas podrán celebrarse mediante videoconferencia siempre que asegure la autenticidad y la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real y con imágenes de los asistentes en remoto. Los notarios podrán ser requeridos para asistir y levantar acta de las sesiones utilizando para ello los sistemas de comunicación a distancia que garanticen adecuadamente el cumplimiento de la función notarial, siempre que el sistema de videoconferencia empleado por la persona jurídica asegure la autenticidad y la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real y con imágenes de los asistentes en remoto.

La Disposición Final cuarta del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, extiende la medida una vez finalizado el estado de alarma, hasta el 31 de diciembre de 2020, y el artículo 3 del Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, extiende dicha medida durante todo 2021.

La última novedad en este punto la encontramos en la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Se modifica el artículo 182, antes circunscrito a sociedades anónimas, y ahora con una previsión genérica en estatutos, por tanto para todas las sociedades, exigiendo que la identidad y legitimación de los socios y de sus representantes se halle debidamente garantizada y que todos los asistentes puedan participar efectivamente en la reunión mediante medios de comunicación a distancia apropiados, como audio o vídeo, complementados con la posibilidad de mensajes escritos durante el transcurso de la junta.

2. La propuesta del Consejo General del Notariado

El Consejo General del Notariado, en el inicio de la pandemia del año 2020, adoptó por unanimidad un acuerdo que permitiría a los notarios la autorización electrónica por videoconferencia, en la Sede Electrónica Notarial que antes comentábamos, de las pólizas ICO para la financiación de empresas y particulares y otros documentos como testamentos en caso de epidemia, ciertos poderes especiales, revocaciones de poderes (lo que impediría su utilización fraudulenta), y determinados actos societarios. Todo

ello permitiría reducir los desplazamientos físicos a las notarías hasta un 40 por ciento.

3. La Ley 3/2020, de 18 de septiembre

Dicha propuesta del Consejo General del Notariado se acogió positivamente en la Disposición Final decimoprimera de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que prevé una regulación integral de la intervención telemática de notarios y registradores: *"El Gobierno remitirá a las Cortes Generales en el plazo más breve posible, no superior a nueve meses, un proyecto de ley, oídos el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de España, para habilitar la intervención telemática notarial y registral con el objetivo de facilitar la prestación de los servicios notariales y registrales sin necesidad de presencia física"*.

El desarrollo de esta norma se realiza por el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, publicado el 29 de octubre de 2021 (APLED), como así reconoce su Exposición de Motivos en su justificación de la reforma de la Ley Hipotecaria y la Ley del Notariado a fin de habilitar la intervención telemática notarial y registral.

4. Directiva 2019/1151, de 20 de junio de 2019

El artículo 13 *octies* 1 de la Directiva 2019/1151, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades dice que *"los Estados miembro se asegurarán de que la constitución en línea de sociedades pueda llevarse a cabo íntegramente en línea sin necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución de una sociedad"*.

Según su artículo 2 debía haber sido objeto de transposición a más tardar el 1 de agosto de 2021, con posibilidad de prórroga por un año más siempre que medie causa justificada.

4.1. El necesario respeto a las tradiciones jurídicas de los Estados miembro

La transposición de la Directiva inevitablemente debe llevarse a cabo manteniendo la competencia notarial, por lo que es imprescindible que su incorporación al ordenamiento jurídico español lleve aparejada la introducción de un sistema de otorgamiento notarial por videoconferencia. Las razones del necesario mantenimiento de la competencia notarial son las siguientes:

Precisamente el artículo 13 *octies* y el artículo 10 admiten que, con la salvedad de la no comparecencia física en el otorgamiento de la escritura, esta es la parte central del procedimiento constitutivo, ya que esta es en la que se plasma el control preventivo de identidad y capacidad.

Por ello, el artículo 1.4 fija la definición de *"constitución"* como *"todo el proceso de fundación de una sociedad con arreglo al Derecho nacional, incluidos el otorgamiento de la escritura de constitución y todas las fases necesarias para la inscripción de la sociedad en el registro"*. Ese concepto exacto es el que toma el legislador español para su transposición.

Consecuentemente, el artículo 13 *quater* en su número 2 dice que la Directiva no pretende incidir en los procedimientos y requisitos establecidos en Derecho nacional para el otorgamiento de los instrumentos de constitución y, en el mismo sentido, su número 3 dice que tampoco afectará a los requisitos en virtud del Derecho nacional aplicable en relación con forma jurídica adecuada de los documentos, siempre que sea posible realización en línea del procedimiento.

Es congruente con lo dispuesto en el Considerando 19, que admite el necesario respeto a las tradiciones de los Estados miembro en materia de Derecho de sociedades. Este principio se positiviza en el artículo 13 *quater*.1 reitera que "*la Directiva debe entenderse sin perjuicio de la normativa na-*

cional que, con arreglo a los sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembro, designen a cualquier persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades, el registro en línea de sucursales y la presentación en línea de documentos e información".

También es congruente con el Considerando 20 cuando dice que, *"(...) deben incluir también controles de la identidad y la capacidad jurídica de las personas que deseen constituir una sociedad o registrar una sucursal, o presentar documentos e información. Tales controles pueden formar parte del control de la legalidad que exigen algunos Estados miembro. Debe dejarse a los Estados miembro el desarrollo y la adopción de los medios y los métodos para llevar a cabo esos controles. A tal efecto, los Estados miembro deben estar facultados para requerir la participación de notarios o abogados en cualquier fase de los procedimientos en línea. Sin embargo, dicha participación no debe impedir que se complete el procedimiento íntegramente en línea".* Como se puede apreciar, el texto del Considerando 20 tiene por razón de ser el reconocer que la intervención en el control de identidad y capacidad, que en el ordenamiento jurídico español corresponde en exclusiva al notariado, proporciona una garantía de seguridad que se traduce en que, una vez inscrita la escritura, se puede tener la certeza de que los datos que se publican son correctos. La Directiva está aquí pensando claramente en el Síndrome GIGO (*Garbage In Garbage Out*), ya que admite que sin el control de identidad y capacidad, que se produce exclusivamente en el momento del otorgamiento, y no en ningún otro, los datos de los que se nutre el registro serán inexactos, poniendo en peligro la integridad de la información que se publicita.

Recordemos, además, que la presencia física del compareciente no está del todo excluida, puesto que la propia Directiva establece excepciones derivadas del interés público, como sospecha de fraude en materia de identidad. Por tanto, en los casos en los que eso ocurra, es obvio que debe ser la propia autoridad ante la que se presenta físicamente el socio el que realice tal control, que no es otra que el notario.

Apoya también esta idea el hecho de que la Directiva tenga una relación tan estrecha, como no podía ser de otra manera, con el Reglamento (UE)

910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE (Reglamento eIDAS), cuyo artículo 2.3, aclara que *"no afecta al Derecho nacional o de la Unión relacionado con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimiento relativos a la forma"*. Dicho Reglamento incide en la identificación electrónica de los contratantes y en el modo de asegurase de la misma, pero no incide ni en los requisitos del contrato (que alguien tiene que controlar que existan sin vicios), ni en las normas relativas a la forma pública (que están entre otras cosas para realizar ese control) ni, como consecuencia de lo anterior, a la inscripción en el Registro de títulos que puedan ser ineficaces por faltar dichos requisitos (que supondría dar publicidad a derechos irregularmente constituidos).

En ese sentido, es relevante la Exposición de Motivos del APLED, que admite que la Directiva parte del principio de neutralidad tecnológica, cuestión que es de sobra conocida, pero añade un dato más importante, y es el reconocimiento de que se inspira en el principio de neutralidad jurídica, que es el reverso del principio de neutralidad tecnológica aplicada al derecho, implica que la digitalización de un proceso que vaya a producir efectos en el ámbito jurídico no debe cambiar la configuración de los requisitos ni los efectos de la institución jurídica a la que afecte, ni rebajar la seguridad jurídica previa al proceso de digitalización.

4.2. La transposición en los ordenamientos jurídicos europeos

La transposición va a diferentes velocidades entre los Estados miembro de la Unión Europea, entre los que podemos citar los siguientes.

a) En Italia, la Ley de 22 de abril de 2021 establece una delegación legislativa en el Gobierno para la transposición de varias directivas europeas, centrándose en la que nos ocupa el artículo 29. Esta norma obliga al legislador italiano a realizar la transposición respetando las siguientes bases: que la constitución online se reserve, al menos de momento, a sociedades de responsabilidad limitada con capital desembolsado mediante aportaciones

en metálico y reconociendo expresamente el requisito de la escritura pública autorizada mediante el uso de una plataforma que permita videoconferencia y firma electrónica cualificada.

b) En Austria, la Ley de desregulación en materia mercantil, que afectó a la competencia notarial para la constitución de sociedades, hizo que el notariado austríaco intentara situarse de nuevo como parte central del esquema constitutivo, presentando un proyecto para competir con la constitución de sociedades mediante identificación bancaria. Ese proyecto se basaba en la idea de crear una sala virtual de acceso restringido al que solo pueden acceder los futuros socios. Una vez los socios ya han acordado los términos estatutarios, todos deben "comparecer" ante el notario, ya sea personalmente o por videoconferencia. Una vez firmada electrónicamente, el contenido de la sala virtual se cierra, se encripta y se destruye, guardando una copia el notario para posibles necesidades judiciales de acceso al contenido con posterioridad. Ese sistema, que ha pasado por diferentes grados de complejidad, especialmente en materia de identificación electrónica, ha sido la base del que tienen preparado para la constitución de sociedades en línea, que finalmente se introdujo en la Sección 69b en la Ley de notarios de Austria en enero de 2019, habilitando la constitución de sociedades de responsabilidad limitada mediante el uso de un medio de comunicación electrónico.

c) En Alemania, el Ministerio de Justicia presentó a finales de 2020 su proyecto de transposición, publicado el 13 de agosto de 2021 y que entrará en vigor el 1 de agosto de 2022, ya que Alemania, pese a ser el país con la transposición más avanzada, sí ha pedido expresamente la prórroga. La normativa alemana no parte de una gran modificación en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, sino de la regulación del procedimiento notarial de constitución telemática que se recoge en los recién introducidos artículos 16a a 16e de la Ley del Notariado alemana, que suponen un apoyo expreso al sistema telemático notarial desarrollado por la *Bundesnotarkammer*, que será el único medio válido para la constitución en línea de sociedades.

d) En España, está prevista su transposición en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, cuya primera redacción es de 19 de octubre de 2021.

4.3. La transposición de la Directiva en el Anteproyecto

La Disposición final decimosexta reconoce que se produce con ella la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.

No obstante, la transposición no se realiza creando un sistema de otorgamiento a distancia propio para las Sociedades de Responsabilidad Limitada, sino que se enmarca en un esquema mucho más ambicioso que coordina la transposición con la ya comentada Disposición Final decimoprimera de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, relativa a la regulación integral de la intervención telemática de notarios y registradores.

En consecuencia, el APLED regula el otorgamiento telemático en general en sede de normativa notarial, con independencia de la constitución electrónica o constitución en línea (así lo denomina) en particular, que introduce como no puede ser de otra manera, mediante una reforma del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que se introduce en la Disposición final undécima, cuyas características más destacadas son las siguientes:

- El otorgamiento de la escritura pública y su inscripción se realizará conforme a la normativa notarial y registral, respectivamente (artículo 40 *bis*).
- El procedimiento se aplica únicamente a las sociedades de responsabilidad limitada, siempre sin perjuicio de la posibilidad de utilizar cualquier otro tipo de procedimiento legalmente establecido, como la constitución en papel o el establecido para la Sociedad Limitada Nueva Empresa (artículo 22 *bis*).
- De acuerdo con el texto de la Ley de Sociedades de capital, el procedimiento se aplica únicamente respecto de la constitución. No obstante, el artículo 17 *ter* b) de la Ley Orgánica del Notariado lo amplía a los *"nombramientos y apoderamientos, así como el otorgamiento de actos societarios que no contengan aportaciones inmobiliarias o de establecimiento mercantil"*.

- Los otorgantes podrán utilizar en la escritura pública notarial el modelo de constitución con estatutos tipo, cuyo contenido se determinará reglamentariamente (artículo 22 *bis*).
- No podrá utilizarse el procedimiento íntegramente en línea cuando la aportación de los socios al capital social se realice mediante aportaciones que no sean dinerarias (artículo 22 *bis*), regulándose en el artículo 40 *ter* la forma en la que se deben justificar las aportaciones dinerarias, que serán instrumentadas electrónicamente mediante un instrumento de pago electrónico *"de amplia disposición en la Unión Europea"*, excepto que los socios fundadores opten por la aplicación de lo establecido en el apartado 2 del artículo 62 si manifiestan en la escritura que responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de las aportaciones.
- No se establecen criterios de competencia territorial en materia notarial, pero se mantiene, como hasta ahora, el criterio del domicilio social de la sociedad a constituir para determinar el Registro Mercantil competente (artículo 40 *quater*).
- Tampoco se establecen criterios arancelarios especiales para la constitución en línea.
- Se regula de manera más amplia que en la Directiva la posibilidad de que el notario exija la presencia física de los otorgantes, sin que se vincule a indicios de fraude fundado, sino a razones de interés público y en orden a evitar falsificación de identidad, comprobación de la capacidad del otorgante o de sus poderes de representación, debiendo en ese caso anexar a la escritura los motivos por los que se ha exigido la presencia física (artículo 40 *quinquies*).

III. EL OTORGAMIENTO TELEMÁTICO NOTARIAL

El otorgamiento telemático ante notario se incorpora al ordenamiento jurídico español mediante la reforma de la Ley Orgánica del Notariado que prevé el APLED. Dicha reforma, aunque afecte a pocos artículos, es de gran calado, porque junto con el otorgamiento a distancia la normativa

notarial se actualiza incorporando el protocolo electrónico, potenciando la sede electrónica notarial y permitiendo la circulación de copia autorizada electrónica a los particulares, entre otras medidas en el ámbito electrónico.

No obstante dicha amplitud, vamos a centrar la exposición en el otorgamiento telemático de escrituras, actas y pólizas mercantiles ante notario, por lo que necesariamente lo que primero debemos preguntarnos es qué documentos van a estar incluidos en el ámbito de aplicación de la norma.

1. Limitación de la comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras

La cuestión relativa a la limitación de la comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras se recoge en el número 10 del Decálogo para las escrituras notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

10) Considerar la posibilidad de limitar la utilización de los sistemas de comparecencia "a distancia" a las escrituras que, por su carácter unilateral o su carácter asociativo, no presenten intereses opuestos (en particular los poderes y los actos constitutivos o modificatorios de asociaciones o sociedades).

Ello no impide que los estudios en la materia avancen hacia la posibilidad de autorizar bajo la modalidad de escritura pública virtual todo tipo de negocios jurídicos, en el respeto de los demás principios mencionados anteriormente, cuando las herramientas tecnológicas lo permitan, sin límite alguno en función de la naturaleza del acto y/o del número de participantes en el mismo.

Al tratar la cuestión del otorgamiento a distancia, una de las preguntas que suelen aparecer con más frecuencia es la inclusión o la exclusión de determinados tipos de documentos públicos en el sistema. Dicho de otro modo: si el sistema de otorgamiento a distancia debe ser previsto para todos los negocios jurídicos en general o si algún tipo negocial puede o debe ser excluido.

La primera opción es entender que, si aplicamos el principio de neutralidad tecnológica, cualquier actuación que se realice en el mundo físico podría replicarse del mismo modo en el ámbito virtual, con los mismos estándares y medidas de seguridad. La segunda es entender que, pese a que el otorgamiento virtual es seguro, no es el medio más adecuado para absolutamente todos los negocios jurídicos.

Entendemos que la segunda opción es la correcta, y que el otorgamiento virtual, aunque tenga potencialidad para expandirse a todos los negocios jurídicos, debe ser tratado con cautela y paso a paso, aplicando además ciertas restricciones tal y como ocurre por ejemplo en el mundo, digamos analógico, con el empleo de poderes, que están vetados en ciertos actos y negocios jurídicos.

Ello nos lleva, por lógica, a plantear entonces qué negocios podrían quedar incluidos y qué negocios y por qué podrían quedar excluidos, lo cual quedará fijado en los siguientes actos o negocios jurídicos, mediante la introducción de un nuevo artículo 17 ter el la Ley Orgánica del Notariado por APLED:

a) Las pólizas mercantiles. En este caso, la remisión de la póliza por la entidad de crédito delegada del Banco de España a la sede electrónica notarial, implicará su consentimiento al negocio documentado, salvo que en el texto de la póliza se dispusiere lo contrario.

b) La constitución de sociedades, nombramientos y apoderamientos, así como el otorgamiento de actos societarios que no contengan aportaciones inmobiliarias o de establecimiento mercantil.

c) Los poderes de representación procesal, para actuar ante la Administración Pública, así como los electorales, los poderes para actos concretos y cualesquiera otros que no sean generales.

d) La revocación de poderes.

e) Las cartas de pago y cancelación de hipotecas.

f) Los requerimientos iniciales de las actas y aquellas diligencias que fueren susceptibles de practicarse por videoconferencia.

g) Los testimonios de legitimación de firmas.

h) Los testamentos en situación de epidemia con arreglo a la legislación civil aplicable.

i) Aquellos actos y negocios jurídicos que, conforme a su naturaleza, puedan otorgarse mediante videoconferencia previa Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Podemos extraer varias conclusiones de la enumeración del artículo 17 *ter*:

– Se excluyen los actos personalísimos. Estos actos, como el testamento, los expedientes matrimoniales y el divorcio, no admiten, o no admiten bien, el otorgamiento que no sea absolutamente personal. El testamento, de hecho, no puede ser realizado mediante poder en derecho español, aunque el matrimonio sí que lo admite, pero no el divorcio según la mayor parte de la doctrina y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

– Lo anterior nos llevaría a excluir del ámbito del teleotorgamiento los actos que deben necesariamente realizarse en persona, por lo que se crearía un concepto de acto no solo personalísimo, sino también inmediatísimo, en el que no cabría el otorgamiento a distancia y la inmediatez personal sería consustacial al mismo.

– Cabe preguntarse si podrían ser objeto de otorgamiento a distancia los complementos o apoyos que se prestan a las personas con discapacidad. La ley 8/2021 sustituye la tutela por curatela representativa y convierte la curatela en lo que denomina curatela asistencial, además de reconocer la figura del guardador de hecho con un ámbito más amplio que la normativa anterior, y reconocer la figura de los apoyos. En nuestra opinión, todas estas actuaciones son personalísimas y, también podía defenderse que deben ser, por su trascendencia para la persona con discapacidad, inmediatísimas.

– Se excluyen actos que quedarían excluidos que son aquellos en los que comparecen varias partes y existe contraposición de intereses entre ellos, porque quizás la videoconferencia no sea el medio más adecuado para limar las diferencias que puedan existir. No se aplicaría, por tanto, a los actos en los que, existiendo una pluralidad de

partes, estos tienen un sentido que confluye, esto es: intereses comunes. El caso prototípico sería el de constitución de una sociedad o de cualquier otra persona jurídica en la que los intereses son comunes entre los socios.

– No deberían excluirse del otorgamiento a distancia los documentos de subsanación, complemento o aclaración de otro documento que haya sido autorizado ante el mismo notario y en el que este haya identificado a las partes. Por supuesto, tanto si las ha identificado presencialmente (puesto que ya ha habido una primera actuación física identificadora) como si las ha identificado electrónicamente (puesto que para ese acto también se permitiría el otorgamiento electrónico). Tampoco deberían excluirse las contestaciones a requerimientos de todo tipo ni las declaraciones unilaterales de voluntad que tengan contenido patrimonial.

– La mención amplia a los actos de carácter mercantil que incluye el artículo 17 *ter* está en línea con el contenido y objeto de la Directiva 2019/1151, pero es mayor que lo que reconoce la transposición a nuestro ordenamiento jurídico, que únicamente parece centrarse en la constitución de la persona jurídica.

2. Compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial

La cuestión relativa a la compatibilidad del sistema con la jurisdicción territorial se recoge en los números 7 y 8 del Decálogo para las escrituras notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

7) Hay que considerar atentamente el impacto que la introducción de la escritura "a distancia" puede tener en las normas que rigen la competencia territorial de los notarios, en los casos en que existan. Dado que el ciberespacio no tiene fronteras, se pueden considerar nuevos factores de vinculación para la videoconferencia o para todo otro medio técnico electrónico basados, por ejemplo, en la residencia o la nacionalidad de las partes o en la ubicación del bien objeto del contrato.

Se puede considerar que es el propio notario quien debe estar dentro del territorio de su competencia dentro de un concepto "ampliado": el lugar de ejecución de la escritura notarial es el lugar donde se encuentra la oficina notarial, siempre dentro de los límites territoriales asignados por la ley, a pesar de la geolocalización factual de las partes de la escritura notarial.

8) Evaluar la posibilidad, para las escrituras "a distancia", de permitir el acceso a todos los ciudadanos, especialmente a favor de los usuarios que viven en el extranjero, bajo las mismas condiciones que los residentes. La legislación nacional debe determinar en sus normas de derecho internacional privado los factores di vinculación para determinar la validez del acto remoto sometido a su sistema jurídico cuando las partes se encuentran fuera del país.

Además, es importante evaluar la posibilidad de incorporar disposiciones legislativas relativa a los instrumentos tecnológicos nacionales y transfronterizos que permitan la comunicación entre las diferentes plataformas notariales digitales, (por ejemplo, para el uso transfronterizo de los medios de identificación nacionales), para la aceptación de los actos digitales, su circulación y ejecución, y de conocer las diferentes normativas de aceptación y reconocimiento por parte del legislador competente.

En este ámbito, se puede considerar la diferencia entre los actos auténticos digitales que, por su naturaleza o uso, están destinados a la circulación (como los poderes) y los actos auténticos digitales que deben ser extendidos por un notario designado en el Estado en el que se utiliza el acto (por ejemplo, en el ámbito del derecho inmobiliario y de sociedades).

Actualmente, la competencia territorial del notario español está regulada en el Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. El último párrafo del artículo 3 dice que *"la jurisdicción notarial, fuera de los casos de habilitación, se extiende exclusivamente al Distrito Notarial en que está demarcada la Notaría"*. Añade el primer párrafo del artículo 60 que *"el Notario, una vez que obtenga el título y tome posesión de su Notaría, tendrá en el distrito a que corresponda la demarcación de la misma el carácter de funcionario público y autoridad en todo cuanto afecte al servicio de la*

función notarial, con los derechos y prerrogativas que conceden a tales efectos las Leyes fundamentales tanto de carácter civil como administrativo y penal". Finalmente, el primer párrafo del artículo 116 dice que *"los Notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial, salvo en los casos de habilitación especial"*, regulando los artículos siguientes las aplicaciones concretas de dicho principio.

Esta normativa de competencia territorial permite la libre elección de notario de los interesados, pudiendo dirigirse a cualquier notario para realizar casi cualquier negocio jurídico, excepto aquellos que, por razones concretas, quedan restringidos a la competencia de un grupo de notarios concretos.

Estas restricciones, que no son regla general, se derivan del turno de reparto de documentos y, normalmente, de la mayor vinculación que un negocio puede tener con un territorio determinado, ya sea porque el notario debe practicar diligencias ligadas con el territorio (notificaciones o publicaciones) o por facilitar a los posibles involucrados en el procedimiento el ejercicio de sus derechos. Pese a ello, las últimas modificaciones normativas han tendido a ampliar el número de notarios competentes, ampliándolos normalmente a los notarios de distritos colindantes, como ocurrió con los expedientes notariales en materia hipotecaria de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, y también en los expedientes notariales en materia de jurisdicción voluntaria que se regulan en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Pero como es obvio, las reglas de territorialidad aplicables a la presencia física no son extrapolables al ámbito virtual de manera completa, y puede existir la tentación de, utilizando como pretexto la actuación mediante videoconferencia, eliminar o excepcionar de manera amplia los criterios de competencia territorial, lo cual sería un error, pues garantizaría la concentración de firmas y supondría un duro golpe al principio de libre elección de notario. Esa es la idea que plantea el artículo 126 del Reglamento Notarial cuando, al regular la libre elección de notario, exceptúa la imposición de una de las partes a la otra de un notario que *"carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio"*.

En consecuencia, lo lógico es mantener esa norma y exigir que exista una conexión razonable con los elementos del negocio jurídico también en los

casos de otorgamiento a distancia. La cuestión, por tanto, se reconduce a dejar el criterio abierto, en sentido amplio, como lo está el del artículo 126 del Reglamento Notarial, o predeterminar la conexión en un texto positivo. El Decálogo antes citado opta por esta segunda opción, mencionando *"la residencia o la nacionalidad de las partes o en la ubicación del bien objeto del contrato"*.

La primera restricción debe venir determinada por la ubicación del notario. Bajo ningún concepto el otorgamiento a distancia debe suponer alteración de las normas de extensión de la fe pública al Distrito Notarial, por lo que el sistema de conexión debe imponer al notario para el otorgamiento a distancia que este esté físicamente en su despacho, conectado a su plataforma segura utilizando su Red Privada Notarial y su Firma Electrónica Reconocida.

Se debe eliminar expresamente la posibilidad de que el notario no solo no esté físicamente dentro de su ámbito competencial, sino incluso de que esté fuera del territorio nacional. En ese sentido, acierta el Decálogo al decir que *"es el propio notario quien debe estar dentro del territorio de su competencia (…) a pesar de la geolocalización factual de las partes de la escritura notarial"*.

Los otros elementos subjetivos del negocio, las partes, sí pueden estar físicamente en cualquier lugar, sin que existan razones que impidan limitarlo al territorio de competencia del notario o al territorio nacional. No creemos que un criterio subjetivo, de ubicación, residencia o nacionalidad, sea procedente, al menos como criterio principal cuando exista un criterio objetivo al que acudir. De no existir, sí podría plantearse como una cláusula de cierre.

Por tanto, nos inclinamos a un criterio objetivo de fijación para cada tipología de negocios jurídicos concretos: por ejemplo, en materia societaria, el notario competente en función del domicilio social; en materia inmobiliaria, el notario competente en función de la ubicación del inmueble; o en materia sucesoria, el notario competente para tramitar la correspondiente declaración de herederos abintestato del causante.

En caso de concurrencia de varios criterios objetivos, cualquiera de los notarios competentes se entendería con vinculación suficiente para el otorgamiento. En caso de no existir ninguno de ellos (por ejemplo, un poder

otorgado telemáticamente), sí cabría acudir a atribuir competencia al notario que pueda actuar en el domicilio o residencia del poderdante.

Dicho lo anterior, lo cierto es que la actual reforma de la normativa notarial por el APLED no establece ningún tipo de criterio, subjetivo u objetivo, de competencia territorial, más allá de una mención general a la "geolocalización" de los otorgantes. Tampoco se establece criterio particular para la constitución de sociedades en la transposición de la Directiva 2019/1151.

3. Comparecencia física mediata e inmediata

La reforma de la normativa notarial supone un cambio significativo en la forma en la que el notario debe proceder a identificar al otorgante, enjuiciar su identidad y capacidad, y proceder a la firma del documento público correspondiente. Pese a la trascendencia del cambio, no hay modificaciones sustantivas ni de procedimiento notarial, por lo que la reforma se centra en cuestiones que afectan a esos cuatro momentos: identificación, juicio de identidad, juicio de capacidad y firma.

Los dos primeros (identificación y juicio de identidad), forman parte de la comparecencia de todo documento público. Comparecer puede ser definido como presentarse o acudir a un lugar, generalmente ante otra persona que también se encuentra, al mismo tiempo, en el mismo lugar. Por esa definición, la única comparecencia posible es la comparecencia física, pues debe confrontarse quien comparece (el otorgante) con la persona ante la que se comparece (el notario), debiendo desecharse la idea de que la comparecencia meramente instrumental electrónica sea verdadera comparecencia.

Esta comparecencia física puede ser inmediata o mediata: la comparecencia física inmediata supone la presencia simultánea de la persona con otra en el mismo lugar, mientras que la mediata supone la presencia simultánea de la persona con otra en lugares distintos, como ocurre cuando se emplean medios de transmisión de audio y vídeo en tiempo real, como la videoconferencia.

La base de la comparecencia física en el ámbito notarial es que el notario se cerciore de quién es la persona que aparece ante él, y consta de dos

partes: una que podemos denominar externa, que es la presentación de un medio de identificación válido, y otra, que podemos denominar interna, que es el convencimiento al que llega el notario de que la persona que presenta el medio de identificación es la misma persona que aparece en este.

En el mundo físico e inmediato, en que el otorgante está a la vez que el notario en el mismo espacio físico (normalmente, la oficina notarial), la parte externa se cumplimenta mediante la exhibición de un medio de identificación físico (documento nacional de identidad, pasaporte, tarjeta de residencia, etc.), mientras que la parte interna se realiza cuando el notario llega a la conclusión, tras haber cotejado el documento presentado con la apariencia física y firma de la persona, de que aquel pertenece a esta, y que por tanto no hay suplantación de identidad. El notario se cerciorará, además, de que es capaz mediante la interacción con el mismo y, una vez explicado y leído el documento, firmará físicamente la matriz en papel con el otorgante.

En el mundo físico pero mediato, en que el otorgante está a la vez que el notario en el mismo espacio virtual (la sede electrónica notarial), la parte externa se cumplimenta mediante la autenticación de un medio de identificación electrónico, mientras que la parte interna se realiza cuando el notario llega a la conclusión, tras haber cotejado virtualmente la imagen digitalizada de dicho documento, o la imagen digitalizada del sujeto y de su firma, con la apariencia física (y en ocasiones la firma) de la persona que comparece por videoconferencia, de que aquel pertenece a esta, y que por tanto no hay suplantación de identidad. El notario se cerciorará, además, de que es capaz mediante la interacción con el mismo utilizando el mismo sistema audiovisual en tiempo real que ha utilizado para el control de identidad y, una vez explicado y leído el documento en pantalla compartida, firmará electrónicamente la matriz con el otorgante.

Vamos a analizar por separado cada uno de esos cuatro pasos o momentos.

3.1. Primer momento: identificación técnica

El APLED introduce el artículo 17 *ter*, cuyo número 2 dice que *"El otorgante accederá a la aplicación abierta en la sede electrónica notarial utilizando los sistemas de identificación electrónica previstos en el artículo 9 de*

la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas".

En el mismo sentido se manifiesta el último párrafo del artículo 23, también modificado por el APLED, pero añadiendo que el otorgante deberá *"proporcionar su teléfono, correo electrónico y, en su caso, los datos expresivos de su representación"*.

En consecuencia, el esquema que prevé la normativa notarial para proceder a la identificación exige la conexión por medio de la sede electrónica notarial, y la utilización de un sistema de identificación electrónica de los admitidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3.1.1. La sede electrónica notarial

En España, tenemos reciente la discusión jurídica y doctrinal sobre el tipo de plataforma a emplear cuando se trata del ejercicio de la función pública notarial: concretamente con la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en la que el legislador no dejaba claro ni calificaba el tipo de plataforma, pública o privada, que había que emplear para realizar las comunicaciones entre las entidades de crédito, el notario y los consumidores. El legislador, y los intérpretes de la norma, fijaron la distinción entre lo público y lo privado no en la plataforma, sino en la concreta actuación que la entidad y el notario realicen.

Así se reconoce en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 2019 cuando dijo que *"han de emplearse unos medios telemáticos seguros que deben cumplir una serie de requisitos, que se derivan (...) en aquello que se refiera a la función pública notarial, de los artículos 107 y siguientes, en particular el artículo 108 in fine, de la Ley 24/2001"* y se consolida en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de julio de 2019, cuando exige de que las comunicaciones y mensajes estén "*firmados electrónicamente por el notario, y dotados de sello de tiempo y garantía de conservación"* por lo que *"deben dirigirse (…) empleando la red telemática notarial que es de uso obligatorio para el desempeño de la función notarial, de acuerdo*

con los artículos 107 y siguientes de la Ley 24/2001". En ese sentido, la Nota del Consejo General del Notariado de 1 de agosto de 2019.

Esta idea consolidada de que todo aquello que esté directamente relacionado con el ejercicio de la función notarial, especialmente las comunicaciones, debe ser vehiculado a través de una red telemática segura exclusivamente notarial, sirve para justificar que la única vía válida de interconectarse con los otorgantes para realizar una videconferencia, ya sea para asesoramiento, ya sea para otorgamiento, es una plataforma notarial pública.

Debido a ello, la sede electrónica notarial debería configurarse como un punto de acceso seguro, en el sentido del artículo 60.3 APLED cuando dice que *"la atención al público y a los profesionales requerirá la participación del ciudadano o profesional desde un punto de acceso seguro"*. Los puntos de acceso y los lugares seguros se regulan en el artículo 63 APLED, definiéndolos como "*los dispositivos y sistemas de información que cumplan los requisitos que se determinen por la normativa del Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica, que en todo caso deberán reunir, al menos, los siguientes:*

a) Permitir la transmisión segura de las comunicaciones y la protección de la información.
b) Permitir y garantizar la identificación de los intervinientes.
c) Cumplir los requisitos de integridad, interoperabilidad, confidencialidad y disponibilidad de lo actuado".

Esta cuestión también ha sido reconocida en los números 3 a 5 del Decálogo para las escrituras notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

3) Debe utilizarse una plataforma informática suministrada por el Estado o aprobada por la institución notarial para la conexión con las partes y la gestión de la sesión a distancia. La plataforma ha de permitir la confidencialidad de los intercambios personales, así como una interacción segura y clara. Debe respetar de manera estricta el secreto profesional y todas las normas de protección de datos personales, en particular lo referido a la transferencia transfronteriza de datos sensibles.

4) En consideración de la función pública que desempeña el notario al extender un instrumento auténtico, la plataforma utilizada debe ser pública y de no ser posible, la utilización de plataformas privadas debe evaluarse con sumo cuidado, en particular en lo que respecta a la seguridad de la transmisión de información sensible y la gestión segura de la conferencia.

5) La plataforma debe, de ser posible, y para garantizar el control de la legalidad y de los datos sensibles, ser administrada o controlada directamente por el notariado o predispuesta expresamente para este fin.

El concepto de plataforma pública notarial es equiparable al de sede electrónica notarial, que efectivamente reconoce y bendice repetidamente el texto modificado por el APLED y que, además, se alinea con los conceptos y funciones del resto de sedes electrónicas administrativas, judiciales o registral.

No obstante, la sede electrónica notarial no es de nueva creación, sino que nace con dos importantísimas normas: la normativa sobre firma electrónica introducida por la Ley 14/1999, de 17 de septiembre y, sobre todo, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que supuso la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva.

En ese sentido, el embrión de la sede electrónica notarial que ahora reconoce el APLED lo encontramos precisamente en el artículo 107 de la Ley 24/2001, que establece la implantación obligatoria de sistemas telemáticos para notarios y registradores que permitan la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información a otros notarios o registradores, las Administraciones públicas o cualquier órgano jurisdiccional. Dichos sistemas deberán desarrollarse con tecnologías periódicamente actualizadas que garanticen que se impida el televaciado y la manipulación del núcleo central de sus respectivos sistemas de almacenamiento de la información. Tanto el acceso como el uso cotidiano de dichos sistemas se realizan con firma electrónica.

Por tanto, desde 2001 encontramos cobertura normativa explícita a un sistema electrónico de intercomunicación de los notarios con otros funcionarios públicos, pero también con potencial expansión a los particulares. Esa expansión a los particulares ha sido desarrollada recientemente en el

denominado Portal Notarial del Ciudadano, cara visible y exterior de la sede electrónica notarial, que cuenta con las siguientes características:

- Cumple con las exigencias de seguridad del artículo 107 de la Ley 24/2001 y garantiza la protección de datos de carácter personal.
- El acceso como ciudadano es multiplataforma (móvil, tableta, pc, portátil), gratuito para el usuario (sin licencias ni costes adicionales) y seguro.
- El usuario puede ser simplemente registrado, en cuyo caso tiene limitadas las funciones que puede realizar, o acreditado (cuando ha procedido al registro con un certificado cualificado o por comparecencia personal ante el notario).
- Cuando el ciudadano ha sido acreditado, permite su identificación electrónica y por tanto el envío y la recepción de documentación por medio telemático seguro. Desde el punto de vista opuesto, también garantiza que ante quien se accede a la plataforma es efectivamente un funcionario público competente: un notario. Esa es la razón de que se exija que se emplee como requisito la identificación personal del notario mediante su certificado electrónico notarial.
- Está organizado de modo que el usuario pueda dirigirse a cualquier notario de su libre elección, dentro de los que sean competentes. Para el ejercicio de ese derecho, no hay otra ni mejor manera de asegurar en todo momento la conexión con la totalidad de los notarios, que aquella en que los notarios están legalmente obligados a integrarse, que no es otro que el sistema telemático notarial regulado en los artículos 106 y siguientes de la Ley 24/2001.
- La videoconferencia que incluye se basa en un sistema propio y cerrado que se aloja en los sistemas centrales de Ancert. El notario mantiene el control de la sesión de videoconferencia en todo momento.
- Según el nuevo artículo 17 ter 3 de la Ley Orgánica del Notariado *"en el acto del otorgamiento mediante videoconferencia, el Notario habrá de exhibir al compareciente el documento a través de la pla-*

taforma, de modo que pueda hacer uso de su derecho a leerlo, sin perjuicio de la lectura alternativa por parte del Notario y del asesoramiento que debe prestar acerca de su contenido".

También encontramos ciertos principios generales en materia de videoconferencia en los artículos 61 y 68 APLED, con los siguientes puntos destacables:

- Las personas intervinientes en una videoconferencia deberán identificarse al inicio del acto, lo cual se realizará preferentemente mediante identificación electrónica.
- Cuando una actuación realizada por videoconferencia exija la firma electrónica se requerirá, de manera general, la verificación previa de la información a firmar por parte de la persona interviniente, y la autenticación de la persona interviniente de conformidad con lo establecido en esta ley.
- No podrán emplearse sistemas o aplicaciones que alteren o distorsionen la imagen y el sonido transmitido, salvo excepciones relativas a la salvaguarda de la identidad (…).
- Se deberán observar las mismas normas de decoro, vestimenta y respeto exigidas en las actuaciones realizadas presencialmente.
- Se deberá respetar la normativa de protección de datos.
- No se podrá grabar, tomar imágenes o utilizar cualesquiera medios que permitan una posterior reproducción del sonido y/o de la imagen de lo acontecido.

Finalmente, es posible que sean además aplicables algunos de los principios de la Orden ETD/465/2021, de 6 de mayo, por la que se regulan los métodos de identificación remota por vídeo para la expedición de certificados electrónicos cualificados antes vista. Por ejemplo:

El proceso se interrumpirá o no se considerará válido cuando concurra, entre otras, alguna de las siguientes circunstancias:

- Existan indicios de coacción o intimidación, de falta de validez del documento de identificación o de falta de correspondencia entre el titular del documento y el solicitante.
- La calidad de la imagen o el sonido impidan o dificulten verificar la autenticidad e integridad del documento de identificación y la correspondencia entre el titular del documento y el solicitante.
- Existan indicios de uso de archivos pregrabados, de que la transmisión de vídeo no se ha realizado en tiempo real o de que el proceso no se ha realizado en unidad de acto.
- Cualquier otra en la que exista una duda razonable sobre la seguridad del proceso de identificación que se está realizando.

Se deberá comprobar la introducción de un código único, aleatorio e impredecible y de un solo uso generado al efecto y remitido al solicitante.

Se exigirán interacciones y actuaciones físicas con el solicitante.

3.1.2. Sistemas de identificación admitidos

A) *Sistemas y medios de identificación electrónica*

El Reglamento 910/2014 define el sistema de identificación electrónica como *"un régimen para la identificación electrónica en virtud del cual se expiden medios de identificación electrónica a las personas físicas o jurídicas o a una persona física que representa a una persona jurídica"*. Por tanto, el sistema de identificación electrónica es el régimen o marco normativo y técnico que permite la expedición de medios de identificación, les atribuye niveles de seguridad, valor y efectos.

El Reglamento 910/2014 no establece un sistema unificado de identificación, ya que eso es materia competencia de los Estados miembro, limitándose a establecer los requisitos para que se produzca el reconocimiento mutuo de los medios de identificación electrónica que estén incluidos en un sistema de identificación electrónica notificado: por tanto, lo que se notifica es el sistema y lo que se reconoce los medios:

- Medio de identificación electrónica es *"una unidad material y/o inmaterial que contiene los datos de identificación de una persona y que se utiliza para la autenticación en servicios en línea"*.
- Datos de identificación de la persona es *"un conjunto de datos que permite establecer la identidad de una persona física o jurídica, o de una persona física que representa a una persona jurídica"*.

Por tanto, un sistema de identificación electrónica puede estar compuesto de diferentes medios de identificación electrónica, con su diferente valor y efectos, cada uno de los cuales incluirán los datos necesarios para que una persona se identifique electrónicamente y se pueda realizar su autenticación.

- Identificación electrónica es *"el proceso de utilizar los datos de identificación de una persona en formato electrónico que representan de manera única a una persona física o jurídica o a una persona física que representa a una persona jurídica"*.
- Autenticación es *"un proceso electrónico que posibilita la identificación electrónica de una persona física o jurídica, o del origen y la integridad de datos en formato electrónico"*

La identificación y la autenticación son conceptos, como vemos, distintos, pero íntimamente entrelazados en seguridad informática, cumpliendo ambos la misión de asegurar que quien está intentando acceder a un servicio en línea es quien dice ser. Realizadas ambas actuaciones, que son unidireccionales e íntegramente electrónicas queda acreditada la identidad del emisor.

- El primer paso es la identificación, en virtud de la cual el usuario utiliza su medio de identificación electrónica para expresar en formato electrónico quien es, recibiendo el sistema esos datos.
- El segundo paso, en su caso, es la autenticación, que es el proceso en virtud del cual se comprueba que el medio utilizado es correcto y que el usuario tiene facultades para acceder al servicio, de modo que se puede probar que ese usuario es quien dice ser.

B) *Medios admitidos por la Ley 39/2015, de 1 de octubre*

Cumplido el primer requisito y, por tanto, existiendo ya operativa la sede electrónica notarial, el ciudadano que quiera otorgar telemáticamente un documento notarial, deberá además estar provisto de un medio de identificación que esté incluido entre los admitidos por el artículo 9 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

b.1) Sistemas basados en certificados cualificados

El artículo 9.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, reconoce los sistemas basados en certificados electrónicos cualificados de firma electrónica (a) y de sello electrónico (b) expedidos por prestadores incluidos en la ‘‘Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación’’.

Pese a que no lo reconoce expresamente la normativa notarial modificada, entendemos que no puede desconocerse además lo dispuesto en el artículo 10.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al decir que *“cuando los interesados utilicen un sistema de firma de los previstos en este artículo, su identidad se entenderá ya acreditada mediante el propio acto de la firma”.* En el mismo sentido, el artículo 20.3 APLED, al decir que *“cuando se utilice un sistema de firma de los previstos en este artículo para relacionarse con la Administración de Justicia, la identidad se entenderá ya acreditada mediante el propio acto de la firma”.*

En consecuencia, tanto los certificados electrónicos de identificación cualificados, como las firmas electrónicas cualificadas, deben obligatoriamente ser válidos para la identificación en línea en la sede electrónica notarial. En relación a los primeros, los dos documentos de identificación expedidos oficialmente con función identificadora son el documento nacional de identidad y el pasaporte electrónicos.

- *Documento Nacional de Identidad electrónico*

En ese sentido, no se puede desconocer el artículo 5.2 letra (i) APLED, que reconoce que los ciudadanos tienen, entre otros, derecho a utilizar los sistemas de identificación y firma electrónica ante la Administración de Jus-

ticia del documento nacional de identidad y los demás determinados en la presente ley.

El medio de identificación admitido para los españoles en el ámbito electrónico es, como no puede ser de otra manera, el Documento Nacional de Identidad electrónico. Así lo reconoce expresamente la Disposición adicional tercera de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, cuando dice que permite acreditar electrónicamente la identidad personal de su titular y que todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, reconocerán su eficacia para acreditar la identidad y los demás datos personales del titular que consten en el mismo.

No parece establecer dicho artículo una diferencia en los efectos identificadores del Documento Nacional de Identidad en función de que este se utilice de manera presencial o de manera electrónica. Tampoco la hace el artículo 1.4 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del DNI y sus certificados de firma electrónica.

La penúltima versión del Documento Nacional de Identidad electrónico (el DNI 3.0) está provisto de tecnología NFC (*Near Field Communication*) que permitía el uso del certificado de identificación del Documento Nacional de Identidad electrónico sin necesidad de dispositivo físico.

El DNI 4.0 es la actual versión del Documento Nacional de Identidad español. Una evolución tras el DNI 3.0, que incorporaba un chip NFC que permitía el uso del certificado de identificación del Documento Nacional de Identidad electrónico sin necesidad de dispositivo físico, se aproxima la llegada del carnet que se podrá llevar en el teléfono móvil, de modo similar a la iniciativa de la Dirección General de Tráfico que permite que los conductores puedan llevar el carnet integrado en la aplicación miDGT, eliminando la necesidad de portar el original físicamente.

La entrada en vigor de este nuevo Documento Nacional de Identidad (también llamado "DNI Europeo") se produce para cumplir con el Reglamento 2918/1157, de 20 de junio de 2019, sobre el refuerzo de la seguridad de los documentos de identidad de los ciudadanos de la Unión y de los documentos de residencia expedidos a ciudadanos de la Unión y a los miembros

de sus familias que ejerzan su derecho a la libre circulación. De acuerdo con el artículo 3.1 debe tenerse en cuenta las especificaciones del documento 9303 de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) que garantizan la interoperabilidad global, tanto para la legibilidad mecánica como para su inspección visual.

El nuevo modelo de Documento Nacional de Identidad, el DNI 4.0, se enmarca dentro del Programa de Identidad Digital DNIE de la Policía Nacional, mantiene la ya conocida tarjeta con microchip que incluye, en cumplimiento del artículo 3.5 del Reglamento, un medio de almacenamiento de alta seguridad que contiene una imagen facial del titular del documento y dos impresiones de las huellas dactilares en formatos digitales interoperables (excepto para los menores de 12 años y las personas a las que sea físicamente imposible tomar las impresiones dactilares), sin perjuicio de, además, mantener la imagen digitalizada de la firma manuscrita y los certificados de autenticación y firma electrónica.

Pese a contener las huellas dactilares, como es lógico, su acceso únicamente se realizará de manera controlada. En ese sentido, el artículo 11.6 del Reglamento dice que los datos biométricos almacenados solo se utilizarán de conformidad con la legislación nacional y de la Unión, por parte de personal debidamente autorizado a fin de verificar la autenticidad del documento y la identidad del titular mediante características comparables accesibles directamente, cuando las leyes exijan la presentación del documento de identidad o del documento de residencia. Por ello, el artículo 17 dice que los Estados miembro mantendrán y comunicarán anualmente a la Comisión una lista de autoridades competentes con acceso a los datos biométricos, que la Comisión publicará.

No obstante, va un paso más allá, puesto que se añade el desarrollo de una aplicación para dispositivos Android e iOS, prevista para este año 2021, llamada "DNIe en el móvil" que permitirá utilizar los dispositivos móviles como soporte de identificación con la misma validez que la tarjeta física.

- *Pasaporte electrónico*

En relación a los españoles no residentes, el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, añade que el pasaporte español (...) acredita

la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles fuera de España, y dentro del territorio nacional, las mismas circunstancias de los españoles no residentes, ya sea en formato físico o electrónico.

Por tanto, un español residente en España podrá identificarse electrónicamente y firmar con el Documento Nacional de Identidad electrónico, no pudiendo, en sentido estricto, utilizar para la identificación el Pasaporte, como ocurre en relación a la presentación física del mismo. Un español no residente podrá utilizar para identificarse tanto el Documento Nacional de Identidad como el Pasaporte electrónicos, pero para la firma de documentos únicamente podrá utilizar el primero, porque el segundo carece de ella.

b.2) Sistemas de clave concertada

El artículo 9.2.c de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, reconoce también los sistemas de clave concertada y cualquier otro sistema que las Administraciones consideren válido en los términos y condiciones que se establezca, siempre que cuenten con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad, previa autorización por parte de la Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Política Territorial y Función Pública.

Por ejemplo, en el ámbito administrativo encontramos la plataforma Cl@ve, inicialmente regulada por Resolución de 17 de noviembre de 2011, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y actualmente por la Resolución de 4 de junio de 2014, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se aprueban sistemas de identificación y autenticación de los ciudadanos para relacionarse electrónicamente con el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y por la Resolución de 24 de julio de 2014, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se aprueba el sistema de identificación, autenticación y firma electrónica, para relacionarse electrónicamente con la Tesorería General de la Seguridad Social.

En el ámbito notarial, podríamos entender que el procedimiento de registro y acreditación en la sede electrónica notarial que es el Portal Notarial del Ciudadano es uno de esos sistemas:

– El ciudadano puede primero proceder a registrarse, introduciendo sus datos personales por sí mismo de manera telemática. Pero como

el simple registro no emplea una identificación cualificada, el ciudadano tendrá restringidas las acciones a realizar en la sede electrónica notarial, al no haber quedado acreditada su identificación.

– Para desbloquear la totalidad de las actuaciones que pueden realizarse por medios electrónicos, el ciudadano debe proceder a acreditarse. Esto se puede realizar de dos maneras:

    • Bien utilizando un certificado cualificado de identificación (lo cual, en definitiva, nos devuelve al artículo 9.2 letras a y b antes vistas).

    • Bien compareciendo una única vez físicamente ante cualquier notario, que lo identificará mediante la exhibición de un medio de identificación físico, que quedará escaneado y validado por el funcionario público, de modo que la imagen digitalizada de dicho documento de identidad quedará indisolublemente unida a los datos del ciudadano.

Este sistema además permite dar efectividad a la necesaria asistencia que los funcionarios públicos deben dar a las personas que carecen de medios de identificación electrónicos: el artículo 29 APLED dice que cuando los ciudadanos no dispongan de medios de identificación electrónica, esta podrá ser válidamente realizada por funcionario público habilitado al efecto, siempre que el ciudadano se identifique y preste su consentimiento expreso. Si la constancia se obtiene utilizando una firma, esta podrá ser manuscrita, bien en papel, bien utilizando dispositivos técnicos idóneos para su captura que gestionen la firma con medidas de seguridad equivalentes a la firma avanzada definida en el Reglamento 910/2014. Esta afirmación no es nueva, puesto que ya estaba reconocida en el artículo 12.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, con objeto de facilitar a los sujetos que carecen de sistemas de identificación y firma electrónica el acceso a los servicios prestados en línea por las Administraciones públicas.

Sistemas de identificación notificados con arreglo al Reglamento eIDAS. El APLED admite también en la Administración de Justicia, para la identificación en el artículo 19 y para la firma en el artículo 20.1, los establecidos en el Reglamento 910/2014, sin perjuicio del reconocimiento de los siste-

mas de firma de otros países con los que la Administración de Justicia pueda llegar a un acuerdo, en el marco de lo establecido por la Comisión Europea. Se añade que por vía reglamentaria podrán habilitarse otros sistemas de identificación digital.

En el artículo 13 *ter* de la Directiva 2019/1151 se dice que son válidos los expedidos por un sistema de identificación electrónica aprobado por el propio Estado miembro (en nuestro caso, el DNI y el pasaporte electrónico) y los expedidos en otro Estado miembro pero reconocidos a efectos de la autenticación transfronteriza (los que reconoce el Reglamento eIDAS).

El todavía vigente Reglamento eIDAS

En cuanto a los extranjeros, no sería objeto de aplicación el artículo 13 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, sino directamente el reconocimiento de los medios electrónicos del Reglamento eIDAS que hayan sido notificados.

Con objeto de que existan unos medios de identificación conocidos y seguros que permitan a los nacionales de los Estados miembro acceder a servicios en línea prestados por los demás, fija el artículo 1.a del propio Reglamento eIDAS como primer ámbito de aplicación el establecimiento de las condiciones en que los Estados miembro deberán reconocer los medios de identificación electrónica de las personas físicas y jurídicas pertenecientes a un sistema de identificación electrónica notificado de otro Estado miembro. El Reglamento se está refiriendo, exclusivamente, al reconocimiento mutuo de los medios de identificación electrónicos notificados de otros Estados miembro para la identificación y el acceso a los servicios públicos que se prestan *online* por el propio Estado.

La lista de Estados miembro que han notificado sistemas de identificación se publica actualizadamente en un documento cuya última versión es la 2020/C 276/02, de 21 de agosto de 2020. Han notificado Alemania (alto), Italia (alto, sustancial y bajo para el Sistema Público de Identidad, pero alto para la carta electrónica de identidad), Croacia (alto), Estonia (alto), España (alto, notificado desde el 7 de noviembre de 2018 el DNI electrónico), Luxemburgo (alto), Bélgica (alto), Portugal (alto), Reino Unido (sustancial y bajo, facilitada la identificación entre otros por Barclays), Chequia (alto),

Países Bajos (alto y sustancial para empresas), Eslovaquia (alto) Letonia (alto y sustancial), Dinamarca (sustancial) y Lituania (alto).

El artículo 1.4 de la Directiva 2019/1151 inserta en la Directiva 2017/1132 el nuevo artículo 13 *ter*, relativo al reconocimiento de medios de identificación a efectos de los procedimientos en línea. De este, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Los medios de identificación electrónica deben poder ser utilizados por los solicitantes que sean ciudadanos de la Unión.
- Los medios de identificación electrónica admitidos son los expedidos por un sistema de identificación electrónica aprobado por el propio Estado miembro y los expedidos en otro Estado miembro pero reconocidos a efectos de la autenticación transfronteriza de conformidad con el artículo 6 del Reglamento 910/2014, pudiendo denegar dicho reconocimiento si los niveles de seguridad no cumplen las condiciones establecidas en el artículo 6.1 del Reglamento 910/2014.

  En ese sentido, el Considerando 10 dice que los Estados miembro deben garantizar un nivel de confianza elevado en situaciones transfronterizas, por lo que solo deben reconocerse los medios de identificación electrónica que sean conformes con el artículo 6 del Reglamento 910/2014, eliminando la mención que se hacía en la Propuesta de "*otros medios de identificación, como una copia escaneada de un pasaporte"*.

  Concretamente, el artículo 6 establece el principio de reconocimiento mutuo de identificación electrónica entre Estados miembro, admitiendo que, cuando se exija esta para el acceso a un servicio en línea prestado por una administración pública, será válido el expedido en otro Estado miembro, siempre que haya sido expedido en virtud de un sistema incluido en la lista publicada por la Comisión, que el nivel de seguridad se corresponda a un nivel de seguridad igual o superior al requerido por el organismo del sector público para acceder a dicho servicio en línea en el primer Estado miembro (siempre que el nivel de seguridad corresponda a un nivel de seguridad sustancial o alto) y que el organismo público en cuestión utilice

un nivel de seguridad sustancial o alto en relación con el acceso a ese servicio en línea.

Aunque no se mencione en la Propuesta de Directiva, cabe recordar aquí que según el artículo 8 del Reglamento (UE) 910/2014, el nivel de seguridad sustancial (o el alto) se referirá a un medio de identificación electrónica, en el contexto de un sistema de identificación electrónica, que establece un grado sustancial (o superior al sustancial, en caso de que sea alto) de confianza en la identidad pretendida o declarada de una persona y se describe en referencia a las especificaciones técnicas, las normas y los procedimientos del mismo, entre otros, los controles técnicos, y cuyo objetivo es reducir sustancialmente el riesgo de uso indebido o alteración de la identidad.

– Dichas especificaciones técnicas se encuentran el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1502 de la Comisión, de 8 de septiembre de 2015. Las exigencias de uno u otro nivel de seguridad dependerán del servicio al que se quiera acceder con la identificación electrónica.

    • Para cumplir con el nivel de seguridad *bajo* solamente es necesario que se pueda suponer que la persona está en posesión de pruebas reconocidas por el Estado y que representan la identidad reclamada.

    • Para cumplir con el nivel de seguridad *sustancial*, ya no es suficiente que se pueda suponer, sino que fundamentalmente se debe verificar que la persona está en posesión de pruebas reconocidas por el Estado y que representan la identidad reclamada, recayendo dicha responsabilidad en lo que el Reglamento, llama "fuente auténtica": cualquier fuente, independientemente de la forma, en la que se pueda confiar para proporcionar datos, información o pruebas exactos que se puedan utilizar para demostrar la identidad, o bien se presente un documento de identidad habiendo tomado medidas para reducir al mínimo el riesgo de suplantación de personalidad.

    • Para que pueda reconocerse que el nivel de seguridad es *alto*, además de lo dispuesto en el sustancial, se debe haber

verificado que la persona está en posesión de pruebas de identificación fotográficas o biométricas, de nuevo, según una fuente auténtica.

La revisión del Reglamento eIDAS

Nos hemos referido en múltiples ocasiones al fundamental Reglamento eIDAS, que es del año 2014. La Comunicación de la Comisión Europea de 29 de enero de 2020 en materia de nuevas tecnologías, bajo el nombre de *"Una Europa adaptada a la Era Digital"*, entre las iniciativas incluyó para el último trimestre de 2020 la revisión del Reglamento, del que ya se ha publicado una Evaluación de Impacto Inicial, una Consulta Pública que finalizó el 2 de octubre de 2020 y una Propuesta el 3 de junio de 2021.

Se justifica la necesidad de una revisión con la afirmación de que solo 15 de los 27 Estados (el 50 %, aproximadamente, de la población) ofrece identificación digital transfronteriza a sus ciudadanos, por lo que los ciudadanos deben acudir a otras vías de identificación que *"están desconectadas de una verificación física de la identidad, lo que hace que amenazas de fraude (como el robo de identidad) y de ciberseguridad sean más difíciles de mitigar"*, como identificarse mediante Google, Facebook u otras grandes compañías, de ahí que se promueva una Identidad Digital Europea que permita la identificación electrónica segura para ciudadanos y empresas.

El esquema de identificación electrónica se divide ahora en tres secciones: la primera tiene como título "Identificación electrónica", e incluye la derogación del reconocimiento mutuo del artículo 6, dividiéndose ahora en los artículo 6a-6d que regulan las *wallets* de identidad digital europea. La segunda tiene como título "Sistemas de identificación electrónica", e incluye los artículos 7 a 12a. La tercera tiene como título "Confianza transfronteriza en los medios de identificación electrónica", e incluye el artículo 12b y el 12c.

Sección I: Identificación electrónica

Uno de los objetivos principales está definido en el Considerando 7: establecer un marco para las *wallets* de identidad digital europeas que deben emitir los Estados miembro, con objeto de que todos los ciudadanos puedan

compartir los datos relacionados con su identidad de una manera segura, cómoda, fácil y bajo su control exclusivo.

Lo primero que hace la reforma es establecer la correspondiente definición en el artículo 3.42, al decir que *wallet* europeo de identidad digital es un producto y servicio que permite al usuario almacenar datos de identidad, credenciales y atributos vinculados a su identidad, proporcionárselos a las partes de confianza que lo soliciten y utilizarlos para la autenticación, en línea y fuera de línea, para un servicio de conformidad con el artículo 6 bis; y crear sellos y firmas electrónicas cualificadas.

El artículo 6a.1 obliga a cada Estado miembro a emitir (gratuitamente para personas físicas, según el artículo 6a.6) una *wallet* de identidad digital europea (con nivel de seguridad alto —high— según el artículo 6a.4 y el 6a.6) dentro de los doce meses siguientes a la entrada en vigor del Reglamento, siendo la emisión realizada, de acuerdo con el artículo 6a.2 por el propio Estado miembro, por mandato o por reconocimiento de este.

El artículo 6a.3 dice que deben permitir al usuario gestionar tanto los datos de identificación como los atributos, en línea y fuera de línea, tanto para servicios públicos como privados, además de firmar mediante firma electrónica cualificada. De hecho, conforme al artículo 6a.7, el usuario debe tener control total y además debe ser accesible para las personas con discapacidad según el artículo 6a.10.

En ese sentido, esas *wallets* de identidad digital, según el Considerando 9, deben permitir a los usuarios identificarse y autenticarse electrónicamente en línea y fuera de línea (mediante códigos QR o tecnologías similares) para acceder a servicios públicos y privados (por ejemplo, según el Considerando 28, transporte, energía, servicios bancarios y financieros, seguridad social, salud, agua potable, servicios postales, infraestructura digital, educación o telecomunicaciones). También debe permitir utilizar firmas y sellos electrónicos cualificados que se acepten en toda la UE.

El artículo 6.c, como explica el Considerando 10, delega la conformidad de dichas wallets digitales a los organismos acreditados del sector público o privado designados por los Estados miembro, mientras que el artículo 6.d regula la publicación por parte de la Comisión de una lista de *wallets*

de identidad digital europea certificadas. Finalmente, el Considerando 12 alienta a los Estados miembro a establecer *sandboxes* para probar soluciones innovadoras en un entorno controlado y seguro.

Sección II: Sistemas de Identificación electrónica

Los artículos 7 a 12a se centran en regular, como hacían hasta ahora, los sistemas de identificación electrónica. No ha cambiado la definición del artículo 3.4 de sistemas de identificación electrónica como un régimen para la identificación electrónica en virtud del cual se expiden medios de identificación electrónica a las personas físicas o jurídicas o a una persona física que representa a una persona jurídica.

No obstante, sí ha cambiado la definición del artículo 3.2 de medios de identificación electrónica para definirlos ahora como una unidad material y/o inmaterial, incluyendo las *Wallets* de Identidad Digital Europea o las cartas de identidad reconocidas en el Reglamento 2019/1157 que contiene los datos de identificación de una persona y que se utiliza para la autenticación en servicios en línea y fuera de línea (lo subrayado es lo incluido por la reforma).

El artículo 7 ha sido modificado en su inciso inicial, para sustituir la posibilidad por la obligación de notificar de conformidad con el artículo 9.1, dentro de los doce meses siguientes a la entrada en vigor del Reglamento, al menos un sistema de identificación electrónica que incluya al menos un medio de identificación, que será publicado por la Comisión.

Sección III: Confianza transfronteriza en los medios de identificación electrónica

Derogado el sistema de reconocimiento mutuo que reconocía el artículo 6, ahora se ha desarrollado de manera más compleja en los artículos 12b (para las *wallets* de identidad digital) y 12c (para el resto, con el contenido del anterior artículo 6), bajo las siguientes características:

12b.1. Cuando los Estados miembro exijan una identificación electrónica mediante un medio de identificación electrónica y autenticación de conformidad con la legislación nacional o la práctica administrativa para acceder a un servicio en línea prestado por un organismo del sector público, también aceptarán *wallets* de identidad digital europeas.

12.b.2. Cuando la legislación nacional o de la Unión exija a las partes privadas que prestan servicios que utilicen una autenticación de usuario sólida para la identificación en línea, o cuando una obligación contractual exija una autenticación de usuario sólida, también aceptarán *wallets* de identidad digital europeas. De acuerdo con el artículo 3.50, autenticación de usuario sólida es una autenticación basada en el uso de dos o más elementos (conocimiento del usuario, posesión e inherencia), de tal manera que el incumplimiento de uno no compromete la confiabilidad de los demás.

12.c.1 Cuando la legislación nacional o la práctica administrativa requieran identificación electrónica mediante un medio de identificación electrónica y autenticación para acceder a un servicio en línea prestado por un organismo del sector público en un Estado miembro se reconocerán los medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro en el primer Estado miembro a efectos de la autenticación transfronteriza para ese servicio en línea, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) el medio de identificación electrónica se emite con arreglo a un sistema de identificación electrónica incluido en la lista a que se refiere el artículo 9,

b) el nivel de seguridad de los medios de identificación electrónica corresponda a un nivel de seguridad igual o superior al nivel de seguridad exigido por el organismo del sector público pertinente para acceder a ese servicio en línea en el Estado miembro de que se trate y, en cualquier caso, no inferior a un nivel de garantía "sustancial",

c) el organismo del sector público pertinente del Estado miembro de que se trate utilice el nivel de garantía "sustancial" o "alto" en relación con el acceso a ese servicio en línea.

No admisión de las identidades digitales sobre blockchain

La Comisión Europea está absolutamente convencida de que *blockchain* es lo que llaman "una tecnología fundacional", por lo que va a invertir una gran cantidad de recursos económicos en su desarrollo y adopción, como ya ha hecho mediante la creación del Observatorio y Foro de *Blockchain*, la *International Association of Trusted Blockchain Applications* (INATBA) y la *European Blockchain Services Infrastructure* (EBSI), en la que ha invertido

4 millones de euros para llevar a *blockchain* cuatro casos de uso seleccionados (lo que llama notarización e identidad internacional entre ellos). Toda esta actividad deja claro que la Comisión apuesta por *blockchain* de manera decidida y está preparando el terreno para una regulación, que podría incluir una regulación de la identidad digital soberana sobre *blockchain* con efectos jurídicos.

Eso sería importante, puesto que el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, dice que no serán admisibles en ningún caso los sistemas de identificación basados en tecnologías de registro distribuido (*blockchain*), en tanto que no sean objeto de regulación específica por el Estado en el marco del Derecho de la Unión Europea.

Dice la Exposición de Motivos, sobre este punto, que las restricciones impuestas a los sistemas de identificaciones y firmas basados en tecnologías de registro distribuido en ningún caso suponen una prohibición general. Simplemente, se restringe puntualmente y de forma meramente provisional su uso mientras no haya un marco regulatorio *ad hoc* de carácter estatal o europeo.

3.1.3. Reflejo en la escritura de la identificación técnica

A diferencia de lo que ocurre en el mundo analógico, en que es el propio notario el que comprueba que el documento presentado es válido y está vigente, en el mundo digital esta identificación técnica no la puede realizar el notario por sí mismo, sino valiéndose de los medios técnicos necesarios que le permitan confiar en que la identificación y la autenticación se han realizado correctamente por la plataforma. En consecuencia, será la plataforma por la que se conecte el otorgante, la que deberá comprobar los certificados de identificación electrónica, su validez, vigencia y no revocación.

Pese a ello, es conveniente que el notario deje constancia del medio de identificación electrónica empleado, no siendo estrictamente necesario, aunque sí puede ser altamente recomendable, que se incorpore a la escritura un resumen de las funciones electrónicas que se hayan realizado para comprobar la existencia y validez del certificado de identificación, y de que la autenticación realizada ha dado un resultado positivo.

Este requisito puede entenderse incluido en la exigencia que establece el artículo 156 número 5º del Reglamento Notarial cuando exige *"la indicación de los documentos de identificación de los comparecientes".*

3.2. Segundo momento: identificación jurídica, o juicio de identificación

3.2.1. Juicio de identificación

A) El juicio de identificación en el Reglamento 910/2014

El esquema identificación-autenticación que hemos comentado, y que se establece en el Reglamento 910/2014, está pensando exclusivamente para el acceso por parte de los ciudadanos a los servicios que presta un Estado y que se ofrecen íntegramente en línea y de manera automatizada. Por tanto, está pensando en una actuación estrictamente técnica, no jurídica.

La razón es que el Reglamento circunscribe la identificación electrónica a un procedimiento electrónico en sentido estricto, en el que no interviene físicamente ningún funcionario y, por tanto, en que no hay necesidad de emitir juicios de identidad o de capacidad. Cuando esto ocurre, a la actuación estrictamente técnica se superpone cumulativamente una actuación estrictamente jurídica, en virtud de la cual el funcionario, bajo su responsabilidad, emite una valoración sobre la identidad de la persona y sobre su capacidad.

Esta cuestión está explícitamente reconocida en el artículo 2.3 del propio Reglamento 910/2014, que dice que la normativa contenida en el Reglamento no afecta al Derecho nacional o de la Unión relacionado con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimiento relativos a la forma. En consecuencia, según el propio Reglamento eIDAS, este incide expresamente en la identificación electrónica de los contratantes y en el modo de acreditar la misma mediante la autenticación, pero no incide ni en los requisitos del contrato (por ejemplo, en el juicio de capacidad o de legitimación del contratante), ni en los procedimientos relativos a la forma pública (como el juicio de identidad notarial que hace el notario) ni, como consecuencia de lo anterior, a la inscripción en el Registro de títulos que puedan ser ineficaces por faltar dichos requisitos (que supondría dar publicidad a derechos irregularmente constituidos).

Pero no solo el Reglamento eIDAS lo observa. También la Directiva 2019/1151, de 20 de junio de 2019, cuando claramente dice en su Considerando 20 que *"(...) deben incluir también controles de la identidad y la capacidad jurídica de las personas (…). Tales controles pueden formar parte del control de la legalidad que exigen algunos Estados miembro. (…). A tal efecto, los Estados miembro deben estar facultados para requerir la participación de notarios o abogados en cualquier fase de los procedimientos en línea"*.

En ese sentido, también es destacable el Considerando 22 de la Directiva 2019/1151, de 20 de junio de 2019, cuando dice que "*los Estados miembro también deben poder permitir a sus autoridades, personas u organismos competentes, comprobar, mediante controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad, si se cumplen todas las condiciones para la constitución de una sociedad. Dichos controles pueden incluir, entre otros, videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real"*.

B) *El juicio de identificación en la normativa notarial*

El juicio de identificación está intrínsecamente reconocido en el artículo 156 del Reglamento Notarial cuando separa su número 5º, que recordemos exige *"la indicación de los documentos de identificación de los comparecientes"*, del número 7º que exige consignar además *"la fe de conocimiento por el notario o medios sustitutivos utilizados"*. Dicha fe de conocimiento, de manera congruente, se regula en el artículo 187 del Reglamento Notarial.

En el mismo sentido se manifiesta el artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado, cuando dice que *"los notarios darán fe (…) de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos. Serán medios supletorios de identificación, en defecto del conocimiento personal del Notario, los siguientes (...) c) La referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas. El Notario en este caso responderá de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente"*. Además, dice en su último

inciso, modificado por APLED que *"(...) el Notario verificará la documentación remitida para su identificación por el otorgante".*

Por tanto, en ambos casos se está exigiendo del notario una actuación activa de comprobación del medio de identificación aportado por el compareciente, de modo que sea el funcionario público el que enlace dicho medio de identificación con la persona, siempre que se haya cotejado por el notario de manera positiva dicho medio con los rasgos de fotografía y firma de la persona que comparece ante él. Como novedad, la reforma del artículo 23 del Reglamento Notarial por el APLED atribuye una herramienta extra al notario para que consume esa fe de conocimiento, que es la consulta de "*la información obrante en el índice único y las bases de datos del Ministerio del Interior"*.

Si el notario, tras esa actuación, no considera acreditada la identidad del compareciente, de acuerdo con el nuevo artículo 17 *ter* 5, *"habrá de denegar la intervención o autorización del documento"*.

Por otro lado, y sin que se vincule a indicios de fraude fundado, sino a razones de interés público y en orden a evitar falsificación de identidad, si el notario tuviera dudas acerca de la identificación del otorgante, podrá exigir la comparencia física ante él, debiendo en ese caso anexar a la escritura los motivos por los que se ha exigido dicha presencia física, conforme dice el artículo 40 *quinquies* de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma operada por APLED. Esta excepción está prevista en el Considerando 21 de la Directiva 2019/1151 que, sin embargo, la restringe al decir que no debe exigirse sistemáticamente, sino solo caso por caso cuando existan motivos para sospechar una falsificación de identidad. Esta situación se positiviza en la Directiva en el artículo 13 *ter* 4.

C) *El juicio de identificación en el Decálogo UINL*

La cuestión relativa al juicio de identificación de las partes en el ámbito virtual por el notario se recoge en los números 1 y 2 del Decálogo para las escrituras notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

1) Cualquier sistema de identificación digital que se utilice, debe coexistir con el juicio directo y personal por parte del notario de la identidad o identificación del compareciente/requirente conforme su legislación de fondo. La ejecución a distancia también debe permitir que el notario efectúe, con los medios adecuados, la comprobación de la capacidad y otros controles requeridos por su legislación nacional.

La constante evolución de la tecnología debe apoyar al notario en su proceso cognitivo de identificación de los comparecientes, con una función complementaria: se puede pensar en el uso de documentos de identidad electrónicos o en el acceso a una base de datos oficial.

En la apreciación de sus datos personales digitalizados o digitales para identificar a su titular, el notario puede recurrir a ellos como un elemento más para formar convicción, pero nunca el único.

2) El notario debe seguir siendo el único responsable de la identificación de las partes, incluso si decide proceder con el apoyo de instrumentos digitales. También debe tener la facultad de elegir los instrumentos que utiliza para confirmar la identificación de las partes, ya sea su conocimiento personal o los medios digitales de identificación en el marco que establezca el legislador competente.

3.2.2. Las videocomparecencia y la fotografía

Debido a lo anterior, la normativa nacional en materia de forma debe seguir siendo observada, especialmente el control que en materia de identidad establece la normativa notarial cuando la forma de escritura pública es necesaria.

No es necesario, por tanto, aclarar que el juicio de identidad del notario va mucho más allá de simplemente hacer constar una "autenticación" de la existencia de un medio de identidad concreto (gráficamente, de decir que se le ha exhibido el DNI), sino que debe hacer un juicio de validez de ese documento y un juicio de correlación de los datos contenidos en el mismo con el sujeto que comparece ante el mismo, mediante el cotejo de dos elementos esenciales: la fotografía y la firma manuscrita que aparecen en dicho documento.

Entonces, para que el notario pueda cumplir con dicha obligación, se requiere que se cumplan dos circunstancias: que el documento presentado para la identificación contenga fotografía y que el sujeto comparezca ante notario, de modo que el notario pueda cotejar la fotografía que incluye el documento con la imagen física del sujeto que comparece ante él. El cotejo de la firma será la segunda fase, al expresar el consentimiento, como luego veremos.

No obstante, si la acreditación en la sede electrónica notarial se ha realizado mediante la exhibición de un medio de identificación físico validado por el notario, al quedar la imagen digitalizada de dicho documento de identidad indisolublemente unida a los datos del ciudadano, dicha imagen será suficiente para que el notario pueda realizar el juicio de identificación.

En consecuencia, el único modo posible de proceder en la actuación a distancia es mediante la utilización de medios de transmisión de audio y vídeo en tiempo real, como reconoce el Considerando 22 de la Directiva 2019/1151, cuando dice que *"los Estados miembro también deben poder permitir (…) comprobar, mediante controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad, si se cumplen todas las condiciones para la constitución de una sociedad. Dichos controles pueden incluir, entre otros, videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real"*.

Esta actuación se realizará en sede electrónica notarial y permitirá al notario comprobar que el sujeto que está al otro lado de la cámara es efectivamente el titular de la imagen digitalizada de documento físico que se ha presentado en el proceso de acreditación en la sede electrónica notarial, o bien del documento electrónico de identificación cuyos datos se han remitido para la identificación técnica que hemos expuesto antes.

En este último caso, podríamos afirmar que el nivel de seguridad exigible para los documentos de identificación electrónicos debe ser alto, porque así tenemos la mayor certeza posible de que el certificado de identificación se ha expedido a la persona correcta. Eso implica que dichos documentos necesariamente deban incluir fotografía digitalizada del sujeto y que esta imagen aparezca en pantalla en la sede electrónica junto con la imagen en tiempo real del sujeto, de modo que permita al notario su cotejo con la persona que tiene frente a él.

Ese criterio sigue la Orden ETD/465/2021, de 6 de mayo, por la que se regulan los métodos de identificación remota por vídeo para la expedición de certificados electrónicos cualificados aprobada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Recordemos que esta norma desarrolla tanto el Reglamento 910/2014 como la Ley de Servicios de Confianza para permitir la expedición de certificados de identificación cualificados sin presencia física del interesado, lo que hasta ahora se realizaba bien presencialmente bien mediante legitimación de firma notarial (que, por otro lado, se mantiene). Esta norma exige que el documento de identidad del solicitante incluya fotografía. Recuerda en este punto el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de abril de 2021 que podría utilizarse la identificación de la aplicación "DNI en el móvil" de la que hemos hablado antes.

Por lo anterior, debemos analizar si los documentos de identificación electrónica presentan o no fotografía digitalizada:

- *Documento Nacional de Identidad*

El artículo 11 del Real Decreto 1553/2005 fija el contenido de datos del Documento Nacional de Identidad electrónico, siendo necesario que contenga, entre otras, las imágenes digitalizadas de la fotografía y de la firma manuscrita y la plantilla de la impresión dactilar.

El nuevo Documento Nacional de Identidad 4.0 mantiene la ya conocida tarjeta con microchip que incluye, en cumplimiento del artículo 3.5 del Reglamento 2918/1157, de 20 de junio de 2019, un medio de almacenamiento de alta seguridad que contiene una imagen facial del titular del documento y dos impresiones de las huellas dactilares (excepto para los menores de 12 años y las personas a las que sea físicamente imposible tomar las impresiones dactilares), sin perjuicio de además mantener la imagen digitalizada de la firma manuscrita y los certificados de autenticación y firma electrónica.

- *Pasaporte electrónico*

En sentido similar (pero no idéntico), el artículo 10.5 del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características dice que el pasaporte llevará incorporado un chip electrónico con, entre otras, la imagen digitalizada de

la fotografía, impresiones dactilares pero no la imagen digitalizada de la firma.

- *Otros medios de identificación electrónica admitidos por el Reglamento 910/2014*

Los medios de identificación amparados por el Reglamento 2918/1157 de 20 de junio de 2019 (en el que se basa nuestro DNI 4.0) sí incorporan fotografía del titular.

Para las *wallets* o carteras, y el resto de medios de identidad electrónicos notificados a la Unión Europea de acuerdo con el Reglamento eIDAS, deberemos estar a los datos que cada uno de ellos establezca según su normativa interna para ver si se incluye o no fotografía, lo cual probablemente nos lleve a la admisión exclusivamente de los que tienen un sistema de seguridad alto, como el español, en los términos que vimos.

A) *Un apunte en materia de biometría*

Finalmente, en materia de biometría, debemos tener en cuenta que el artículo 11 del Real Decreto 1553/2005 dice que el DNI debe contener la plantilla de la impresión dactilar. En el mismo sentido el artículo 10.5 del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte. En consecuencia, tanto el DNI 3.0 como el 4.0 y el pasaporte electrónico también permiten realizar una identificación biométrica del titular mediante huella dactilar, si bien esta función soolo estará disponible en puntos de acceso controlados. En ese sentido, el artículo 11.6 del Reglamento eIDAS, tras la reforma, dice que los datos biométricos almacenados solo se utilizarán por parte de personal debidamente autorizado a fin de verificar la autenticidad del documento y la identidad del titular mediante características comparables accesibles directamente.

B) *Reflejo en la escritura del juicio de identificación*

No se recoge de manera separada, más allá de lo establecido en los artículos que hemos visto del Reglamento Notarial, un reflejo concreto del juicio de identificación, excepto cuando el notario afirma en la comparecencia de la escritura que ha identificado al otorgante.

Ante la falta de regulación de esta materia en el APLED, nos debemos plantear si, en los otorgamientos por videoconferencia, el notario debe indicar expresamente que el juicio de identificación ha sido realizado. No parece que se requiera una actuación diferente a la que hacemos en el mundo analógico, si bien debería valorarse que el notario haga constar expresamente en la comparecencia que tanto el notario como el otorgante se han constituido en la sede electrónica notarial.

3.3. Tercer momento: juicio de capacidad

Llegados a este punto, el notario que haya identificado técnicamente a un otorgante, y que además haya verificado su identidad mediante la fe de conocimiento, debe proceder a realizar el control de capacidad del otorgante, del mismo modo que ocurre en los otorgamientos presenciales. Dicha valoración se realiza mediante la interacción con el compareciente, la lectura y explicación de la escritura, acta o póliza y la pregunta del notario acerca de la comprensión de lo contenido en ella.

3.3.1. Juicio de capacidad notarial

Inevitablemente, en el otorgamiento por videoconferencia se debe proceder exactamente del mismo modo, tal y como reconoce el último párrafo del artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado cuando dice que *"La sede electrónica notarial deberá permitir al otorgante ejercer su derecho a la elección de Notario con arreglo a la legislación aplicable, así como la apreciación de su capacidad jurídica, asegurando la inmediación electrónica y su geolocalización"*.

Esta cuestión también se recoge en el párrafo primero del número 1 del Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, cuando dice que *"la ejecución a distancia también debe permitir que el notario efectúe, con los medios adecuados, la comprobación de la capacidad y otros controles requeridos por su legislación nacional"*.

En el mismo sentido, en la Directiva 2019/1151 se manifiestan el ya visto Considerando 20 al decir que *"las disposiciones relativas a los procedimientos en línea establecidos en la presente Directiva deben incluir también controles de la identidad y la capacidad jurídica de las personas"*, y así el artículo 13 *octies* 2 y 3.a dicen que los Estados miembro establecerán normas detalladas para garantizar que los solicitantes tienen la capacidad jurídica necesaria y el poder para representar a la sociedad.

La razón de lo anterior es que no cabe pensar que existe una presunción general de capacidad absoluta y eterna de todos los titulares de identificaciones electrónicas. Por no poder presuponerse, no puede presuponerse ni que estén efectivamente vivos en el momento de firmar, si se ha cedido las claves a un tercero o se ha accedido a estas de manera irregular ¿Cómo sabemos que quien se identifica electrónicamente, aun siendo el mismo, está capaz y entiende los efectos del acto concreto? Del mismo modo, si la capacidad depende de la ley personal de la persona identificada, y no del lugar donde el procedimiento vaya a efectuarse. ¿Cómo se puede controlar este aspecto?

Y es que todo lo anterior incide de lleno en el ya visto artículo 2.3 del Reglamento eIDAS, pues establecer una presunción general de capacidad entra de lleno en el campo de derecho civil y es una materia completamente alejada del derecho de sociedades, que ni siquiera ha establecido con carácter general la reforma en materia de capacidad operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por otro lado, y sin que se vincule a indicios de fraude fundado, sino a razones de interés público, si el notario tuviera dudas acerca de la capacidad del otorgante, podrá exigir la comparencia física ante él, debiendo en ese caso anexar a la escritura los motivos por los que se ha exigido dicha presencia física, conforme dice el artículo 40 *quinquies* de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma operada por APLED. Esta excepción está prevista en el Considerando 21 de la Directiva 2019/1151 que, sin embargo, la restringe al decir que no debe exigirse sistemáticamente, sino solo caso por caso cuando existan motivos para sospechar un incumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica. Esta situación se positiviza en la Directiva en el artículo 13 *octies* 8.

3.3.2. La capacidad en los certificados electrónicos

No obstante lo anterior, los propios certificados electrónicos que se utilicen para identificar a los otorgantes pueden, por sí mismos, darnos soluciones al problema de apreciación de la capacidad: el artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, reconoce la existencia en el Documento Nacional de Identidad de dos efectos: identificación electrónica y firma de documentos, estableciendo ciertas cautelas para el uso de los certificados de firma electrónica, puesto que solo se admite su uso para los españoles mayores de edad que gocen de plena capacidad de obrar y a los menores emancipados, al ser la expresión de un consentimiento que solo mayores edad y emancipados, aún con limitaciones, pueden prestar. Añade que las personas con capacidad modificada judicialmente podrán ejercer esas facultades cuando expresamente lo solicite el interesado y no precise actuación de figura protectora. Dicho artículo no ha sido modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El prestador de servicios de certificación procederá a revocar el certificado de firma electrónica a instancia del Ministerio del Interior, tras recibir este la comunicación del Encargado del Registro Civil de la inscripción de la resolución judicial que determine la necesidad del complemento de la capacidad para obligarse o contratar, del fallecimiento o de la declaración de ausencia o fallecimiento de una persona.

En el mismo sentido, el artículo 1.4 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del DNI y sus certificados de firma electrónica vuelve a establecer esa diferencia de efectos, al decir que para los españoles menores de edad, o que no gocen de plena capacidad de obrar, el documento nacional de identidad contendrá únicamente la utilidad de la identificación electrónica, emitiéndose con el respectivo certificado de autenticación activado.

En conclusión: que un español tenga activo el certificado de autenticación a los efectos de la identidad no significa en absoluto que este esté vivo y sea capaz, por lo que es necesario que se produzcan cumulativamente el juicio de identidad y el de capacidad notarial.

3.3.3. La comprobación del poder de representación

Íntimamente ligado al juicio de capacidad se encuentra la valoración por parte del notario de la legitimación del otorgante y, en particular, la valoración de que puede comparecer representando a un tercero.

El artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado, en su modificación realizada por el APLED, dice que el interesado deberá proporcionar "*su teléfono, correo electrónico y, en su caso, los datos expresivos de su representación"*, lo cual deberá verificar el notario, quedando este legitimado *"para, bajo su responsabilidad, solicitar de otro Notario, para esta concreta finalidad, copia electrónica de los documentos justificativos de la representación del compareciente"*.

También es relevante el nuevo artículo 17.3 *in fine* de la Ley Orgánica del Notariado, cuando dice que *"los Notarios podrán, a instancia de persona con derecho a copia, consultar el índice único informatizado para la preparación de los documentos que deban autorizar o intervenir. El Consejo General del Notariado deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar la integridad del índice y la trazabilidad de la consulta"*.

En el mismo sentido, en la Directiva 2019/1151, el ya comentado artículo 13 *octies* 2 y 3.a, dice que los Estados miembro establecerán normas detalladas para garantizar que los solicitantes tienen el poder para representar a la sociedad.

De hecho, en materia societaria, si el notario tuviera dudas acerca de la suficiencia de los poderes, sin que se vincule a indicios de fraude, podrá exigir la presencia física de los otorgantes para comprobar sus poderes de representación, debiendo en ese caso anexar a la escritura los motivos por los que se ha exigido la presencia física, conforme dice el artículo 40 *quinquies* de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma operada por APLED. Esta excepción está prevista en el Considerando 21 de la Directiva 2019/1151, que sin embargo la restringe al decir que no debe exigirse sistemáticamente, sino solo caso por caso, cuando existan motivos para sospechar un incumplimiento de las normas sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad. Esta situación se positiviza en la Directiva en el artículo 13 *octies* 8.

3.4. Cuarto momento: firma electrónica

Del mismo modo que la videoconferencia va unida indisolublemente al juicio de identificación y de capacidad, la cuestión relativa a la firma electrónica de los comparecientes y del notario, y el soporte documental del instrumento público también deben estudiarse de manera conjunta.

Así lo hace el número 9 del Decálogo para las escritura notariales a distancia, según texto aprobado por el Consejo de Dirección de la Unión Internacional del Notariado de 26 de febrero de 2021, del siguiente modo:

9) Debe desarrollarse un sistema que sea fiable pero también fácil de usar para todos. Los países que ya están familiarizados con la redacción de escrituras en soporte electrónico pueden adaptar su sistema con la introducción de una firma electrónica para los usuarios del más alto nivel de seguridad que se encuentre reconocida en el ordenamiento jurídico del notario que expide el documento que también puede ser emitida puntual y directamente por el notario.

En los países en los que aún no se han previsto escrituras en soporte digital, se puede considerar que el documento sea firmado únicamente por el notario, quien, tras haber obtenido expresamente la declaración de consentimiento de las partes, transcribirá sus dichos en el documento notarial.

Se puede plantear un acto con notarios presentes con cada una de las partes, que reciban sus declaraciones, a condición de que todas las legislaciones nacionales implicadas en el negocio jurídico lo permitan expresamente.

También se puede disponer que sea el propio notario quien se encargue de proporcionar la firma digital a las partes que requieran sus servicios.

3.4.1. Firma electrónica de los otorgantes y del notario

Comenzamos por el estudio de la firma electrónica: superada la identificación electrónica y la autenticación, como parte técnica, y el juicio de identidad y de capacidad como parte jurídica, en los supuestos en los que deba emitirse una declaración de voluntad, como es el que nos ocupa, el

sujeto que se ha identificado debe proceder a firmar el documento, con su firma electrónica.

La firma es el final del procedimiento, la plasmación en el documento de la expresión de un consentimiento. Por tanto, la firma no es el consentimiento en sí mismo, sino la proyección externa de este que hace el sujeto, que como requisito previo, debe haber sido identificado y tener capacidad suficiente para prestarlo y no estar sometido a ninguno de los vicios que invalidan el consentimiento. Eso ocurre tanto en los documentos con firma electrónica como manuscrita.

Es indudable que para actos de trascendencia jurídica tan relevantes como los que se otorgan ante notario, la identificación y la capacidad de la persona es tan importante como el hecho de que la declaración de voluntad que se acepta con la firma se pueda predicar de quien realmente ha querido realizarla, con el riesgo de que el firmante no sea realmente el emisor de la declaración voluntad. Por ello, la firma electrónica debe producirse en presencia (mediata, por videoconferencia) del notario.

Hay que destacar que el sujeto puede identificarse electrónicamente con un certificado y firmar electrónicamente con otro, puesto que no todos los documentos incorporan ambas posibilidades: recordemos que el DNI electrónico permite identificarse y firmar (salvo las excepciones vistas) y el Pasaporte electrónico solo firmar.

A) *Conceptos básicos sobre firma electrónica*

Como sabemos, el artículo 3 del Reglamento 910/2014 distingue entre firma electrónica simple, avanzada y cualificada. Los requisitos de cada una de ellas se desarrollan partiendo de la definición de firma electrónica simple, a la que se va añadiendo capas de seguridad que permitirán un efecto más fuerte, y por tanto más seguro, de la firma electrónica, lo cual se trasladará después a los efectos del documento electrónico y, como consecuencia de ello, a su oponibilidad.

– Firma electrónica son los datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar (artículo 3.10).

- Firma electrónica avanzada es la firma electrónica que está vinculada al firmante de manera única y permitir su identificación, haber sido creada utilizando datos de creación de la firma electrónica que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su control exclusivo, y estar vinculada con los datos firmados por la misma, de modo tal que cualquier modificación ulterior de los mismos sea detectable (artículo 3.11 en relación con el 26).
- Firma electrónica cualificada es una firma electrónica avanzada que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de firmas electrónicas y que se basa en un certificado cualificado de firma electrónica (artículo 3.12).

También prevé el Reglamento en el Considerando 52 el desarrollo de soluciones de firma electrónica en la nube: debido a sus múltiples ventajas económicas, debe desarrollarse la creación de firmas electrónicas a distancia en un entorno de creación de firma electrónica gestionado por un prestador de servicios de confianza en nombre del firmante.

La firma electrónica está regulada en los artículos 25 a 34 del Reglamento 910/2014. Concretamente, el artículo 25 dice que

1. No se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una firma electrónica por el mero hecho de ser una firma electrónica o porque no cumpla los requisitos de la firma electrónica cualificada.

2. Una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita.

3. Una firma electrónica cualificada basada en un certificado cualificado emitido en un Estado miembro será reconocida como una firma electrónica cualificada en todos los demás Estados miembro.

No obstante, el Considerando 49 matiza esta afirmación diciendo que *"corresponde a las legislaciones nacionales determinar los efectos jurídicos de las firmas electrónicas en los Estados miembro, salvo para los requisitos establecidos en el presente Reglamento según los cuales una firma electrónica cualificada debe tener el efecto jurídico equivalente a una firma manuscrita".*

Como hemos comentado, existe una equiparación legal total de la firma electrónica cualificada a la manuscrita, por lo que la suscripción de cualquier documento con esas firmas producirá el mismo efecto que si hubieran sido suscritas con firma manuscrita tradicional. No obstante, no se puede desechar el efecto jurídico que pueden producir el resto de firmas, que también vinculan lo firmado al firmante, si bien es cierto que, a mayor seguridad técnica (es mayor en la avanzada que en la simple, y aún mayor en la cualificada), mayores efectos presuntivos y probatorios se dan.

B) *Firmas electrónicas admitidas*

Debemos analizar qué firmas electrónicas son las que la normativa permite utilizar en la sede electrónica notarial: así como la reforma que se incluye en APLED sí menciona expresamente los sistemas de identificación electrónicos, remitiéndose al artículo 9 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin embargo,, no menciona los sistemas de firma electrónica admitidos, por lo que hay que analizar las posibilidades que abre la normativa, sobre todo cuando el APLED introduce un nuevo artículo 17 *ter*, cuyo número dice que *"si el otorgante no dispusiera de firma electrónica, se le podrá dotar gratuitamente de la misma, conforme a los medios previstos en el artículo 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El sistema proporcionado deberá limitar su ámbito y vigencia al documento público objeto de autorización o intervención"*.

En consecuencia, cabe partir de la idea de que la normativa principal en materia de firma electrónica es la que debe aplicarse, y por tanto, aplicando la teoría general de la firma electrónica cualificada en el Reglamento 910/2014 de manera congruente con los artículos 9.2 y 10.2. De la Ley 39/2015, de 1 de octubre, se debe admitir la firma electrónica cualificada expedida por prestadores incluidos en la ''Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación", que es la única que produce los mismos efectos que la manuscrita.

Solo en caso de que el sujeto no disponga de firma electrónica cualificada, parece que se podrá acudir a los medios supletorios y no cualificados del artículo 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a saber:

(a) y (b) Firma o sello avanzado, basados en certificados electrónicos cualificados de firma o sello electrónico (respectivamente) expedidos por prestadores incluidos en la "Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación".

(c) Cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido en los términos y condiciones que se establezca, siempre que cuenten con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad, previa autorización por parte de la Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Política Territorial y Función Pública.

Añade el artículo 10 en su número 4 que *"Cuando así lo disponga expresamente la normativa reguladora aplicable, las Administraciones Públicas podrán admitir los sistemas de identificación contemplados en esta Ley como sistema de firma cuando permitan acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad y consentimiento de los interesados"*.

Los sellos electrónicos están regulados en los artículos 35 a 40 del Reglamento 910/2014, siendo definidos como los datos en formato electrónico anejos a otros datos en formato electrónico, o asociados de manera lógica con ellos, para garantizar el origen y la integridad de estos últimos (artículo 3.25). De manera análoga a la firma, existen sellos electrónicos simples, avanzados y cualificados, y sus efectos son, *mutatis mutandi*, los mismos, salvo que, como no cabe la equivalencia total con las firmas electrónicas, no se puede equiparar la firma manuscrita al sello electrónico cualificado, razón por la cual el efecto de este es el que indica el artículo 35.2: *"un sello electrónico cualificado disfrutará de la presunción de integridad de los datos y de la corrección del origen de los datos a los que el sello electrónico cualificado esté vinculado"*. También inciden en los efectos de los sellos electrónicos los siguientes Considerandos del Reglamento 910/2014:

Considerando 58: Cuando una transacción exija un sello electrónico cualificado de una persona jurídica, debe ser igualmente aceptable una firma electrónica cualificada del representante autorizado de la persona jurídica.

Considerando 59: Los sellos electrónicos deben servir como prueba de que un documento electrónico ha sido expedido por una persona jurídica, aportando certeza sobre el origen y la integridad del documento.

Considerando 60: Los prestadores de servicios de confianza que expidan certificados cualificados de sello electrónico deben instaurar las medidas necesarias para poder determinar la identidad de la persona física que representa a la persona jurídica a la que se entregue el certificado cualificado de sello electrónico, cuando se requiera tal identificación a nivel nacional en el contexto de procedimientos judiciales o administrativos.

Pese a lo anterior, y como dice ALAMILLO, *"aunque sabemos que para el Reglamento eIDAS el sello electrónico debe servir como prueba de que un documento electrónico ha sido expedido por una persona jurídica, aportando certeza sobre el origen y la integridad del documento —Considerando 59— y para autenticar cualquier activo digital de la persona jurídica, por ejemplo, programas informáticos o servidores —Considerando 65—, de ahí no se puede desprender que se pueda emplear para toda actuación jurídicamente vinculante para la persona jurídica, en especial a tenor de las normas de representación de los diferentes tipos de personas jurídicas"*.

No obstante, continúa ALAMILLO diciendo que *"los Estados miembro pueden determinar en su legislación los efectos jurídicos que produzcan los sellos electrónicos"*. En consecuencia, si la normativa aplicable reconoce a los sellos electrónicos los efectos de la firma para alguna actuación concreta, estos deberían ser admitidos, y eso es lo que ocurre en el artículo 10.2 de la Ley.

En otro sentido, Enric HERNÁNDEZ entiende que el sello electrónico está pensado para actuar como un sello físico de empresa, y que, si bien es teóricamente posible incorporarle un certificado de identidad electrónico, eso no quita su verdadera naturaleza, que es, como su nombre indica "sellar" documentos electrónicos. Entiende que el sello sirve, por tanto, para actuaciones automatizadas en que la identificación de la persona jurídica no es esencial. Por el contrario, el certificado de persona física representante de persona jurídica está precisamente pensado para expedirse a las personas físicas que, por su cargo, pueden obligar a la persona jurídica.

En ese sentido, las propias FAQ del Ministerio admiten que el certificado de sello es parcialmente similar al certificado de persona jurídica de la Ley de Firma Electrónica, con las diferencias de no tener custodio o responsable y estar orientado al sello y de que cuando una transacción exija un sello

electrónico cualificado de una persona jurídica, debe ser igualmente aceptable una firma electrónica cualificada del representante autorizado de la persona jurídica, pero no a la inversa.

Esa parece ser también la postura de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza. De acuerdo con la Exposición de Motivos: *"Esta Ley deroga la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, y con ella aquellos preceptos incompatibles con el Reglamento (UE) 910/2014. Así sucede con los antiguos certificados de firma de personas jurídicas, introducidos por la citada Ley de firma electrónica. El nuevo paradigma instaurado por el mencionado reglamento implica que únicamente las personas físicas están capacitadas para firmar electrónicamente, por lo que no prevé la emisión de certificados de firma electrónica a favor de personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica. A estas se reservan los sellos electrónicos, que permiten garantizar la autenticidad e integridad de documentos tales como facturas electrónicas. Sin perjuicio de lo anterior, las personas jurídicas podrán actuar por medio de los certificados de firma de aquellas personas físicas que legalmente les representen"*.

Permitiría, asimismo, optar por dicha tesis el artículo 5.3 APLED, cuando reconoce a las personas jurídicas también el derecho a utilizar los sistemas de identificación y firma electrónica de la letra (i) del artículo 5.2 APLED, si bien, para la firma, añade el artículo 21 que *"las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica podrán utilizar sistemas de firma electrónica con atributo de representante para todos los procedimientos y actuaciones ante la Administración de Justicia"*.

Por tanto, coexisten en relación a las personas jurídicas los sellos electrónicos y los certificados de persona física representante de persona jurídica, siendo concretamente tres los expedidos en España por la FNMT:

– Representante de Persona Jurídica (PJ), certificado que se expide a las personas físicas como representantes (cuando no se trate de Administradores únicos o solidarios) de las sociedades anónimas y limitadas (si el representante de la sociedad es mancomunado, apoderado, socio único, presidente, consejero, consejero delegado soli-

dario, administrador conjunto, liquidador, etc., y tiene poderes específicos de representación que le permitan obtener este tipo de certificado), colectivas, comanditarias, cooperativas, asociaciones de la Ley 1/2002, fundaciones, partido político, sindicato, asociación de consumidores y usuarios, organización empresarial, federación deportiva y otras asociaciones distintas de las anteriores con personalidad jurídica, así como para otras asociaciones, sociedades civiles, entidades extranjeras con personalidad jurídica, EO procedente EORI, In procedente IVA no establecidos, NR procedente no residentes 210, sociedades anónimas europeas, sociedades cooperativas europeas, corporación, asociación o ente con personalidad jurídica con presencia en España, embajadas, consulados u oficina comercial país extranjero en España, organismos públicos, congregaciones e instituciones religiosas, gobiernos de las CC. AA., Ayuntamientos o diputaciones y sociedad agraria en transformación, agrupación de interés económico, agrupación europea de interés económico, etc.

- Representante para Administradores Únicos y Solidarios (RAUS). Los certificados de Representante para administradores únicos o solidarios de sociedades anónimas y limitadas si el representante de la sociedad es administrador único o solidario inscrito correctamente en el Registro Mercantil.
- Representante de Entidad sin personalidad Jurídica (ESPJ). Este certificado se expide a las personas físicas como representantes de las entidades sin personalidad jurídica para su uso en sus relaciones con aquellas Administraciones Públicas, Entidades y Organismos Públicos, vinculados o dependientes de las mismas.

C) *Imagen digitalizada de la firma*

Visto lo anterior, podemos concluir que el sujeto podrá firmar electrónicamente en sentido estricto, con los medios vistos, o podrá firmar con imagen digitalizada, de manera supletoria y siempre que esta sea al menos avanzada. En el primer caso, se cierra el círculo técnico-jurídico, pues esa firma es inatacable desde cualquier punto de vista, pese a que el notario no pueda "cotejar" la misma con la manuscrita con arreglo al artículo 23.c de

la Ley del Notariado. Entendemos que los efectos de una firma electrónica cualificada son, *per se*, suficientes para ser admitidos sin fisuras.

En el segundo caso, no obstante, el notario, en sentido estricto, observará cómo el sujeto firma, pero si el medio electrónico de identificación no tiene imagen digitalizada de esta, el notario no podrá cotejar y por tanto no podrá cumplir con el artículo 23.c de la Ley del Notariado.

Recordemos que el artículo 11 del Real Decreto 1553/2005 exige que el Documento Nacional de Identidad electrónico contenga, entre otras, la imagen digitalizada de la firma manuscrita, pero el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, no lo exige en el caso del Pasaporte electrónico. Por otro lado, los medios de identificación notificados con arreglo al Reglamento eIDAS están pensados para la identificación, no necesariamente para la firma.

No obstante, puede entenderse que la fotografía del sujeto es absolutamente imprescindible para que se produzca la correlación que debe hacer el notario entre el otorgante y el documento de identidad, y que el cotejo de firma es un requisito subsiguiente, a mayor abundamiento de seguridad, pero no imprescindible. Es el problema que existe, por ejemplo, en las Cartas de Identidad de Rumanía, que carecen de firma y en las personas que han cambiado de firma desde la expedición o renovación del Documento de Identidad y el momento del otorgamiento. Además, el artículo 23.c se encuentra en sede de identificación, no de expresión de consentimiento, por lo que puede entenderse que, superado dicho control por el notario, no es imprescindible un cotejo entre firmas.

Además, el hecho de que se hayan superado todos los controles anteriores, minimiza el riesgo de que una persona utilice los datos de firma electrónica de otra.

A) *Sello de tiempo en la firma electrónica*

La firma electrónica puede tener varios formatos. La firma básica, que cumple con los requisitos básicos, incluye los formatos AdES (CAdES, XAdES, PAdES) - BES. Entre los datos obligatorios a incluir está la fecha de la firma, pero con efectos de mera marca de tiempo, no con los efectos de sello de tiempo, por lo que la información es proporcionada por una de las partes firmantes.

Entre los datos opcionales está la fecha de la firma, pero ya con efectos de sello de tiempo, en lo que la información es proporcionada por un tercero ajeno a las partes, concretamente por una autoridad de sellado de tiempo (TSA), siendo un servicio de confianza. En consecuencia, si la firma incluye sellado de tiempo, ya no es simplemente AdES, sino AdES T (T de TimeStamp), y está regulada por la norma europea TS 101 733.

No obstante, existen otros formatos además del T que pueden incidir en la fijación de un sello de tiempo a una firma: AdES X —de eXtendida— añade sello de tiempo a AdES C —de Cadena— que añade la base para una certificación longeva; y también AdES A —de Archivo— permite la adición de sellos de tiempo periódicos para garantizar la integridad de la firma archivada o guardada para futuras verificaciones.

B) *Reflejo de la firma electrónica en el documento notarial*

La firma electrónica deberá ser validada por el notario, entendiendo dicha validación en el sentido del artículo 3 número 41 del Reglamento 910/2014 como *"el proceso de verificar y confirmar la validez de una firma o sello electrónicos"*. Al igual que ocurre con la identificación electrónica, el proceso meramente técnico de validación no puede realizarlo el notario por sí, sino que debe ser la propia plataforma la que realice los controles necesarios para admitir la firma electrónica de los comparecientes y del notario.

No obstante, la solución puede ser distinta a la planteada en el caso de la identificación, en el que concluimos que sería conveniente incorporar el resumen de las funciones realizadas por la plataforma, ya que no queda trazabilidad electrónica del medio de identificación empleado. La firma electrónica sí queda incrustada en el documento electrónico en formato pdf, por lo que, siempre que se conserve dicho documento electrónico en formato original, se podrá acudir a la comprobación de la firma del otorgante.

No obstante, tampoco estaría de más incorporar un resumen de las funciones de validación de la firma electrónica a la escritura, dada la longevidad de los efectos jurídicos que producen los negocios jurídicos contenidos en las escrituras, al menos hasta que exista una forma contrastada y segura de preservación a largo plazo de la información utilizada para la validación, en el sentido del Considerando 61 de la Directiva 2019/1151, que dice que

se debe garantizar la conservación a largo plazo de la información, es decir, la validez jurídica de la firma electrónica y los sellos electrónicos durante períodos de tiempo prolongados, garantizando que se puedan validar independientemente de la evolución futura de la tecnología.

3.4.2. La regulación del protocolo informático

Las normas que tratan el soporte de las escrituras matrices en nuestro ordenamiento jurídico son la Ley y el Reglamento Notarial. Debemos partir de la idea de que la normativa notarial ha presupuesto siempre que las escrituras matrices y sus copias se realizan en formato papel.

Concretamente, el artículo 152 del Reglamento Notarial dice que los instrumentos públicos deberán extenderse con caracteres perfectamente legibles, pudiendo escribirse a mano, a máquina o por cualquier otro medio de reproducción, cuidando de que los tipos resulten marcados en el papel en forma indeleble. Otras previsiones de la normativa notarial también presuponen que el documento se realice en papel, por ejemplo, al diferenciar por caras, al regular la encuadernación del protocolo, declarar la nulidad de las adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados, prever los márgenes en blanco para notas, establecer la base de minutación en función de los folios de la actuación notarial y exigir que los instrumentos públicos se extiendan en papel timbrado (que, dicho sea de paso, sirve para la exacción de la cuota fija del impuesto de Actos Jurídicos Documentados, que grava las matrices y copias autorizadas de escrituras, actas y testimonios, según el artículo 31.1 del TRITPAJD, a razón de 0,30 euros por pliego o 0,15 euros por folio a elección del fedatario).

Las sucesivas reformas de la normativa notarial han ido introduciendo la tecnología a los despachos notariales, pero no fue hasta la Ley 24/2001, que entró en vigor el 1 de enero de 2002, que se menciona ya la posibilidad de una matriz y un protocolo electrónico en el artículo 17 *bis*, números 1 y 2 de la Ley, que dicen lo siguiente:

1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el solo hecho de estar redactados en sopor-

te electrónico con la firma electrónica avanzada del Notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de Notarios y demás normas complementarias.

2. Reglamentariamente se regularán los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto en este artículo. En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el Notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes.

Estas previsiones legales únicamente están dando espacio y reconocimiento jurídico al documento matriz electrónico en su aspecto teórico, ya que la misma norma que introdujo esta posibilidad, a la vez la pausó, pues la Disposición Transitoria Undécima, dice expresamente que hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico contenida en este artículo se entenderá aplicable, exclusivamente, a las copias de las matrices de escrituras y actas así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas.

Actualmente, el marco tecnológico y social en que nos desenvolvemos parece que ya es propicio al desarrollo de dicha norma, dando el APLED un paso al frente importantísimo con el desarrollo de la autorización o intervención y conservación de la matriz digital. Es una regulación genérica y poco detallada,

entendiendo que los detalles que afectan a la actuación notarial, y que son muchos, se desarrollarán por una parte mediante una gran modificación del Reglamento Notarial, por imperativo del artículo 17.2 ya comentado y, por otra, por acuerdo del Consejo General del Notariado comunicado a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por disposición del nuevo artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Notariado. A ese desarrollo normativo por ejemplo se remite el nuevo artículo 43.2.A.i de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, introducido por la Disposición final octava APLED al tipificar *"la autorización de cualquier instrumento público por videoconferencia sin observar los requisitos establecidos al efecto en la Ley del Notariado y en sus disposiciones de desarrollo"*.

La regulación parte de la idea de coexistencia entre la matriz en papel y la matriz electrónica, y así lo afirma la nueva redacción del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Notariado, cuando dice que *"las matrices de los instrumentos públicos tendrán igualmente reflejo informático en el correspondiente protocolo electrónico bajo la fe del Notario (…) Los instrumentos incorporados al protocolo electrónico se considerarán originales"*.

Parece que la norma, aunque no lo establece expresamente, fija el inicio del procedimiento en una matriz en soporte papel, la cual debe ser objeto de ese reflejo informático cuya *"incorporación al protocolo electrónico o libro registro se producirá en cada caso con la autorización o intervención de que se dejará constancia mediante diligencia en la matriz expresiva de su traslado informático"*.

Se deja entrever que habrá una matriz originaria (en papel, así la llama el nuevo artículo 17.2) y una derivada (electrónica) con idéntico valor, pero no se regula la cuestión de prevalencia de una u otra, ambas con valor de "originales", en caso de discordancia entre ellas. Tampoco se prevé que la matriz primaria sea la electrónica y la secundaria en papel, como debería ser lógico en relación a los instrumentos públicos autorizados en la sede electrónica notarial, cuyos metadatos o información de firma quedarán eliminados al trasladarse a soporte papel. Lo lógico quizás habría sido establecer una bidireccionalidad entre matrices primaria y secundaria.

No obstante lo anterior, parece que el protocolo electrónico va a ser la base de las notas posteriores que se incorporen al documento, como sigue

diciendo el nuevo artículo 17.2: *"en el protocolo electrónico constarán, en el respectivo instrumento público, las notas de modificación jurídica y de coordinación con otros instrumentos públicos autorizados o intervenidos por el Notario titular del protocolo o por otros Notarios respecto de aquellas escrituras o pólizas que rectifiquen las anteriores. Las comunicaciones cursadas por otros Notarios se remitirán a través de la sede electrónica notarial, debiendo incorporarse al protocolo electrónico en el mismo día o inmediato hábil posterior. Se habilita al Consejo General del Notariado para la adopción de las medidas técnicas que garanticen la realización de dichas comunicaciones. El Notario titular del protocolo electrónico consignará en éste en el mismo día o inmediato hábil posterior las comunicaciones recibidas de las autoridades judiciales o administrativas atinentes a resoluciones, hechos o actos jurídicos que deban consignarse en el instrumento público de que se trate. Estas notificaciones se efectuarán electrónicamente a través del Consejo General del Notariado. Igualmente, se harán constar en dicho traslado informático cualesquiera otras diligencias o notas que no requieran comparecencia de los interesados. En este último caso deberán extenderse en la matriz originaria, siendo trasladadas posteriormente al protocolo informático"*.

IV. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto hasta ahora, y en el estado legislativo que se encuentra el APLED, podemos extraer una serie de conclusiones que sirvan para cerrar, por ahora, este primer análisis de la situación actual en materia de otorgamiento notarial a distancia:

- La función notarial está sufriendo actualmente un período de transición digital completamente disruptivo y transformador, que cambiará definitivamente el modo de otorgar, conservar y gestionar los instrumentos públicos.
- Ese cambio debe necesariamente realizarse respetando el grado actual de seguridad jurídica preventiva que ofrece el notariado, por lo que debe aplicarse a cualquier regulación sobre la materia los principios de neutralidad tecnológica y neutralidad jurídica.

– La revisión del criterio de comparecencia debe exigir que siempre exista un componente físico, ya sea inmediato (en presencia directa) o mediato (por videoconferencia), pero no debe admitirse la comparecencia meramente electrónica.

– En la regulación que sobre la materia se realice por el legislador hay que tratar de manera completa todo aquello que afecte al sistema notarial, entre otras, la limitación de comparecencia a distancia a determinadas categorías de escrituras, manteniendo el concepto de otorgamiento personalísimo y desarrollando el concepto de otorgamiento inmediatísimo. También debe revisarse la afectación a la competencia territorial del notario, que debería respetar los principios de conexión subjetiva u objetiva con el concreto negocio jurídico de que se trate.

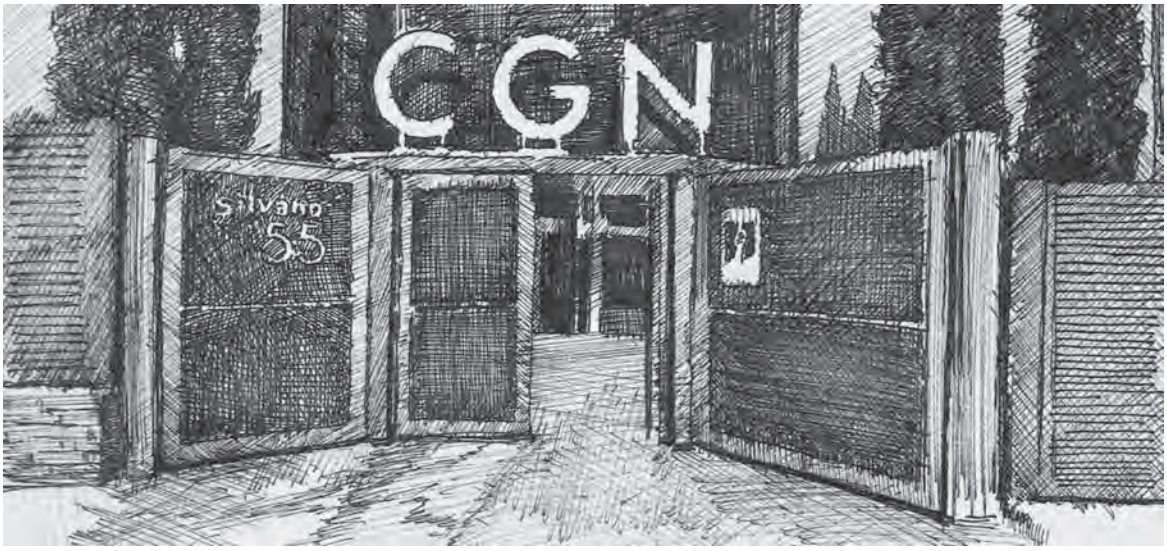
– El otorgamiento por videoconferencia es una realidad en muchos notariados, tanto de los incluidos en Consejo de los Notariados de la Unión Europea como en la Unión Internacional del Notariado. Para esta actuación por videoconferencia, la identificación electrónica y la identificación digital, ya sea gestionada por un tercero o soberana, son medios de identificación que no pueden desconocerse en la sociedad digital actual.

– La sede electrónica notarial, al estar directamente relacionada con el ejercicio de la función notarial, especialmente las comunicaciones, debe ser vehiculado a través de una red telemática segura exclusivamente notarial y configurarse como un punto de acceso seguro. La sede electrónica debe auxiliar al notario en su actuación y permitirle realizar las validaciones oportunas de los certificados electrónicos presentados para la identificación, así como de las firmas electrónicas empleadas.

– La identificación electrónica no es suficiente cuando interviene un notario y por tanto hay necesidad de emitir juicios de identidad o de capacidad. Cuando esto ocurre, a la actuación estrictamente técnica se superpone cumulativamente una actuación estrictamente jurídica, en virtud de la cual el funcionario, bajo su responsabilidad, emite una valoración sobre la identidad de la persona y sobre su capacidad.

- Para ello el notario debe tener acceso a la interacción con el interesado por medio de videoconferencia y además disponer de una fotografía que pueda cotejar en pantalla, recibida del certificado de identificación presentado o por cualquier otro sistema que permita asegurar la integridad y validez de la imagen presentada.
- En los supuestos de otorgamiento a distancia, el documento electrónico resultante debería ser considerado el documento original o matriz, debiendo poner el legislador especial empeño en regular sus requisitos de conservación y acceso.

Derecho fiscal



LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PLUSVALÍA MUNICIPAL O DE CÓMO LA PACIENCIA TIENE UN LÍMITE (COMENTARIO A LA STC 182/2021, DE 26 DE OCTUBRE)

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE CAPITAL GAINS TAX OR THE LIMITS OF PATIENCE (A COMMENTARY ON STC 182/2021, OF OCTOBER 26)

Abraham Barrero Ortega
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

Resumen: La reciente STC 182/2021 declara la inconstitucionalidad y nulidad de varios artículos de la Ley de Haciendas Locales referidos al sistema de determinación de la base imponible del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía municipal). El presente comentario subraya las particularidades del caso suscitado y expone la ratio decidendi o el motivo de la declaración de inconstitucionalidad, sin perder de vista la cuestión de la modulación de sus efectos.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, plusvalía, capacidad económica, nulidad.

Abstract: The recent ruling of the Constitutional Court 182/2021 declares the unconstitutionality and nullity of several articles of the Law of Regulation of Local Treasuries, referring to the system for determining the taxable base of the Tax on the Increase in Value of Urban Land (municipal capital gains tax). This commentary highlights the particularities of the case and sets out the ratio decidendi or the reason for the declaration of unconstitutionality, without losing sight of the question of the modulation of its effects.

Keywords: Constitutional Court, capital gain tax, economic capacity, nullity.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. SINGULARIDAD DEL CASO RESUELTO

III. REVISIÓN DE LA DOCTRINA PRECEDENTE EN TORNO AL DEBER DE SOSTENIMIENTO DE LOS GASTOS PÚBLICOS DE ACUERDO CON LA CAPACIDAD ECONÓMICA

IV. RATIO DECIDENDI: UNA REGULACIÓN QUE CONDUCE A UN RESULTADO QUE SE ALEJA DE LOS VALORES REALES DE LOS INMUEBLES EN EL MERCADO INMOBILIARIO

V. ALCANCE DE LA NULIDAD

1. Modulación de los efectos ex tunc
2. El debate interno en torno a la nulidad diferida

VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La recentísima STC 182/2021 viene a, por así decir, zanjar definitivamente la controversia en torno a la constitucionalidad de los artículos 107.1, 107.2 a) y 107.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante TRLHL). Y lo hace expulsando del ordenamiento unos preceptos legales reiteradamente cuestionados por cuanto determinaban la base imponible del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante, IIVTNU) sin tener en cuenta la capacidad económica del contribuyente, generando incrementos de valor legales de cuantía superior a los efectivamente obtenidos y, por consiguiente, gravámenes o cuotas que resultaban desproporcionados[1].

La regulación estatal del impuesto partía de la ficción legal de que la mera titularidad de un bien inmueble durante un determinado período de tiempo produce automáticamente un aumento de su valor. En verdad, la declaración de inconstitucionalidad de la estimación objetiva de la plusvalía se veía venir tras haberse declarado en dos sentencias anteriores la nulidad de normas forales vascas, similares a la regulación estatal[2].

De forma inmediata, la STC 182/2021 resuelve la cuestión de inconstitucionalidad elevada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en

[1] Desde su aprobación, la regulación anulada ha propiciado miles de reclamaciones de contribuyentes alegando que se les exigía pagar cuantías que no se correspondían con la realidad del valor de venta. En la época en la que el precio de la vivienda subía sin freno no había problemas, porque lo habitual era obtener plusvalías y el vendedor del inmueble, quien lo heredaba o lo recibía en donación pagaban el tributo con márgenes. Pero cuando el mercado dio un giro a la baja empezaron a registrarse cada vez más reclamaciones de particulares que veían cómo tenían que pagar el impuesto, aunque hubieran vendido con pérdidas o escasas ganancias. Sobre todo ello, Calvo Vérgez, J., *La plusvalía municipal tras su inconstitucionalidad*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019.

[2] SSTC 26 y 37/2017.

Málaga, respecto a los artículos ya mencionados por posible vulneración del artículo 31.1 CE, en su doble vertiente de capacidad económica y no confiscatoriedad. El fallo, que estima la cuestión y declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del método de objetivo de determinación de la base imponible del IIVTNU —en cuanto determina que siempre ha existido aumento en el valor de los terrenos durante el periodo de la imposición, con independencia de que haya existido ese incremento y de la cuantía real de ese incremento—, declara, en cualquier caso, la intangibilidad de las situaciones firmes existentes antes de la aprobación de la sentencia. La pelota está, pues, de nuevo, en el tejado del legislador. Y el TC aconseja gravar la plusvalía efectivamente obtenida[3].

La sentencia, que cuenta con el voto particular concurrente del presidente, Juan José González Rivas, y el voto discrepante del magistrado Cándido Conde-Pumpido, al que se adhiere la magistrada María Luisa Balaguer, tiene interés jurídico-constitucional desde muy diferentes puntos de vista. El presente comentario, con sus inherentes limitaciones de espacio, se centrará, primero, en subrayar la singularidad o particularidad del caso suscitado (II), lo que incluso ha llevado al TC a revisar doctrina precedente (III), y, después, en exponer la *ratio decidendi* o motivo basilar de la declaración de inconstitucionalidad (IV). Y, al hilo de todo ello, será especialmente oportuno esclarecer el alcance de la nulidad decretada por el Alto Tribunal. Y es que lo más polémico de este pronunciamiento radica justamente en la limitación del alcance de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad; limitación que va mucho más allá de lo que hasta ahora se venía entendiendo como eficacia prospectiva de las sentencias constitucionales.

II. SINGULARIDAD DEL CASO RESUELTO

A diferencia de otros casos ya resueltos en sede constitucional, en el supuesto de la STC 182/2021 la duda de constitucionalidad no se ciñe a la

[3] En el momento en que se redacta este comentario, el Congreso acaba de convalidar el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (BOE de 9 de noviembre).

adecuación del tributo al principio de capacidad económica como fundamento de la imposición, puesto que el incremento del valor del terreno ha existido, sino a su adecuación al principio de capacidad económica en la medida de la base imponible.

En efecto, en las sentencias 26/2017, 37/2017, 59/2017 y 126/2019, el TC declaró la inconstitucionalidad y nulidad del método objetivo adoptado por el legislador para calcular la base imponible cuando gravaba situaciones en las que no había incremento de valor o cuando la cuota del impuesto a satisfacer por el contribuyente era superior al incremento real. La 182/2021 da un paso más y declara la inconstitucionalidad y nulidad de la regla misma de cálculo de la base imponible del tributo.

Más exactamente, en la 59/2017, el Alto Tribunal resolvió un supuesto de transmisión con pérdidas y, por tanto, declaró que la regla de cálculo era inconstitucional cuando la cuota resultante a pagar es mayor al incremento realmente obtenido por el contribuyente. La 59/2017 concluye que, una vez expulsados del ordenamiento jurídico los arts. 107.2 y 110.4 TRLHL, la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que solo compete al legislador, en su libertad de configuración normativa, llevando a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar el modo de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (con cita de las 26/2017 y 37/2017).

En la 126/2019 conoció de un supuesto en el que había ganancia en la transmisión, pero dicha ganancia era inferior al IIVTNU. Esto es, la cuota resultante a pagar era superior al incremento realmente obtenido por el contribuyente. La 126/2019 declara la inconstitucionalidad del art. 107.4 TRLHL en aquellos supuestos en los que la cuota a pagar sea superior al incremento patrimonial efectivamente obtenido por el contribuyente. Reiterando la doctrina contenida en las 26/2017, 57/2017 y 72/2017, se afirma que la existencia de una cuota tributaria superior al beneficio efectivamente obtenido por el contribuyente supone el gravamen de una renta inexistente.

Ahora, la 182/2021 enjuicia un supuesto en el que el IIVTNU consume, sin agotar, una parte significativa de la ganancia. La inconstitucionalidad

se extiende a la regla objetiva de cálculo de la base imponible. La capacidad económica no se proyecta solo sobre el hecho imponible, sino sobre el método de cálculo del impuesto. O expresado de otra forma, el sistema de cálculo tiene que conectar el fundamento del hecho imponible con la base imponible.

Como se observa, el juicio de constitucionalidad ha transitado desde la pérdida patrimonial hasta un cálculo de la base imponible que se aparta de valores reales, pasando por cuotas impositivas superiores a la ganancia efectiva. El resultado final es que el impuesto queda derogado "al completo", hasta que el legislador intervenga adecuando el método de cálculo al principio de capacidad económica. El vacío normativo sobre el cálculo de la base imponible impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por ende, su exigibilidad.

Cierto es que el TC podría haber optado nuevamente por decretar una declaración de inconstitucionalidad condicionada o limitada a supuestos en los que el contribuyente acreditara que el beneficio real era inferior al resultante de aplicar la fórmula de cálculo del 107 TRLHL. Sin embargo, prefiere declarar definitivamente inválido el método, quizá por dos razones: a) la desatención del legislador de la obligación de reformar el impuesto conforme a advertencias y recomendaciones precedentes y b) el empeño del Tribunal Supremo en considerar que, pese a las dos primeras sentencias de 2017, era posible seguir aplicando la norma a partir de interpretaciones que venían a sustituir la labor que solo corresponde al legislador en virtud de la reserva de ley en materia tributaria (art. 31.3 CE)[4]. Sobre ello se insistirá más adelante.

[4] La STS 1163/2018, de 9 de julio, descartó la denominada "tesis maximalista" —imposibilidad de liquidar el impuesto en todos los casos— de la STC 59/2017, al considerar que, con independencia de que el legislador no modificara la norma, aún era posible determinar la base imponible del impuesto en aplicación del artículo 107.4 en aquellos supuestos en los que el contribuyente no acreditara la inexistencia de incremento de valor. Vino a determinar que el IIVTNU era en sí mismo conforme a la Constitución y, por tanto, se devengaba, salvo que el contribuyente acreditara que entre los momentos de adquisición y de transmisión el bien o derecho inmobiliario en cuestión se había devaluado. Véase Casas Agudo, D., «El Tribunal Supremo falla en contra de la tesis maximalista y permite la exacción del IIVTNU en los supuestos en los que no se acredite por parte del sujeto pasivo la inexistencia de plusvalía: Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2018», *Nueva fiscalidad*, n.º 3, 2018, pp. 241-254.

III. REVISIÓN DE LA DOCTRINA PRECEDENTE EN TORNO AL DEBER DE SOSTENIMIENTO DE LOS GASTOS PÚBLICOS DE ACUERDO CON LA CAPACIDAD ECONÓMICA

Entrando algo más de lleno en la fundamentación jurídica de esta 182/2021, el TC comienza por razonar que ha de apartarse de una doctrina que inició el ATC 71/2008 y reafirmar, de acuerdo con la doctrina anterior a ese auto, que el principio de que se debe contribuir al sostenimiento de los gastos públicos "de acuerdo" con la capacidad económica (art. 31.1 CE) opera respecto de todos los impuestos y se lesiona si quienes tienen una menor capacidad económica soportan una mayor carga tributaria que los que tienen una capacidad superior.

Admitido sin discusión que el legislador no puede establecer impuestos si no es tomando como hechos imponibles situaciones que sean reveladoras de riqueza, real o potencial, pero que en ningún caso le autoriza a gravar riquezas meramente virtuales o ficticias, inexpresivas de capacidad económica (la capacidad económica como fundamento de la imposición), la cuestión crucial en la interpretación del artículo 31.1 CE, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional, ha sido si el principio de justicia tributaria que obliga al legislador a modular la carga de cada contribuyente de acuerdo con su capacidad económica (la capacidad económica, como criterio o medida de la imposición) se aplica únicamente al sistema tributario en su conjunto o es exigible también en cada concreta figura impositiva. ¿Al conjunto del sistema o a cada impuesto?

El Alto Tribunal, desde el ATC 71/2008, venía considerando que, aun cuando el principio de capacidad económica implica que cualquier tributo debe gravar un presupuesto de hecho revelador de riqueza, la concreta exigencia de que la carga tributaria se module en la medida de dicha capacidad solo resulta predicable del sistema tributario en su conjunto, de suerte tal que puede afirmarse que solo cabe exigir que la carga de cada contribuyente varíe en función de la intensidad en la realización del hecho imponible en aquellos tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el art. 31.1 CE.

La consecuencia que se desprendía de esta doctrina —ciertamente relevante por cuanto suponía crear un área de inmunidad al control constitucional por este particular motivo— es que el principio constitucional de capacidad económica deja de constituir un límite jurídico a la libertad de configuración del legislador para convertirse en una suerte de principio programático, esto es, en un mero criterio orientador del sistema tributario en su conjunto. Inspirador (que no límite jurídico) de la tarea legislativa cuando se trate de impuestos que, por su naturaleza y caracteres, no resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir, por decirlo con las mismas palabras del TC. En la práctica, solo los grandes impuestos generales sobre la renta, el patrimonio o el gasto de nuestro sistema tributario son determinantes, dejándose a las demás figuras impositivas de nuestro sistema tributario (entre otras el IIVTNU) en el limbo de la justicia tributaria.

Como de inmediato alertó alguna doctrina, ¿de qué sirve a la garantía del contribuyente frente al poder fiscal del Estado que un impuesto haya de acomodarse a la capacidad económica (hechos imponibles que sean expresivos o manifestación de riqueza susceptible de imposición) si luego, al medir la carga tributaria que ha de soportar el contribuyente, el legislador puede apartarse libremente de ella como criterio de medida de la contribución, sin que existan (o se expliciten) razones de practicabilidad, técnicas o fácticas, que puedan justificarlo y sin otro límite que una vaga remisión al sistema tributario en su conjunto?[5].

Se diría que el TC asume este género de objeciones o reparos y, ahora, en la STC 182/2021, retoma el criterio anterior al ATC 71/2008: el principio de capacidad económica es aplicable no solo al conjunto del sistema tributario y a sus pilares estructurales, sino a todos los tributos, entre los que se encuentra el IIVTNU. Decae, pues, en parte, a los efectos del control de constitucionalidad, la distinción entre tributos globales o estructurales y tributos específicos o secundarios.

[5] Rodríguez Bereijo, A., «El principio de capacidad económica en una encrucijada (la problemática interpretación jurisprudencial del art. 31.1 de la Constitución en el impuesto sobre plusvalías inmobiliarias)», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 1, 2021, pp. 87-116.

IV. *RATIO DECIDENDI*: UNA REGULACIÓN QUE CONDUCE A UN RESULTADO QUE SE ALEJA DE LOS VALORES REALES DE LOS INMUEBLES EN EL MERCADO INMOBILIARIO

Bajo esta premisa, la clave de la declaración de inconstitucionalidad radica en el establecimiento, *ex* artículos 107.1, 107.2 a) y 107.4 TRLHL, de un único método de determinación de la base imponible del IIVTNU de carácter objetivo y de imperativa aplicación. Estimación objetiva que supone dejar al margen la capacidad económica real demostrada por el contribuyente. El incremento de valor del terreno se venía calculando, en efecto, a partir de una fórmula basada únicamente en el valor catastral del terreno y en la aplicación de unos coeficientes[6]. Fórmula que gravaba rentas potenciales o ficticias, a partir del cálculo de una base imponible que no era la concreta ganancia o renta obtenida, sino una suposición, lo que provocaba en numerosas ocasiones que el vendedor o heredero de una vivienda contribuyera por una ganancia muy diferente a la realmente obtenida.

Y estimación obligatoria, ya que los preceptos legales impugnados solo permitían tomar en consideración el valor catastral en el momento del devengo y no acudir a otros valores como podría ser el valor catastral en el momento de la adquisición del terreno o los valores comparativos de compra y venta del mismo. Dicho de otro modo, el artículo 107 TRLHL no admitía la prueba de incrementos efectivos distintos (generalmente inferiores) al legalmente calculado. Se presumía que el suelo urbano se revaloriza anualmente y aumenta en función de los años de tenencia. Presunción "vulgar, que no jurídica" (STC 182/2021) que venía respaldada por la realidad económica del tiempo en que se promulgó este sistema objetivo de medición.

A decir verdad, la sentencia acepta que el método de valorar la base imponible con arreglo a módulos o criterios objetivos no es necesariamente

[6] Conforme a la referida fórmula, el valor catastral del suelo se multiplicaba por el número de años de tenencia en propiedad del bien. A esta cifra se le aplicaba un porcentaje anual, que dependía del Ayuntamiento de la localidad en la que se encuentre el terreno, y que no podía exceder los siguientes límites: 3,7 % en caso de un periodo entre uno y cinco años; 3,5% en caso de un periodo de hasta 10 años; 3,2 % en caso de un periodo de hasta 15 años; y 3 % en caso de un periodo de hasta 20 años. Al importe resultante, se le aplicaba el tipo impositivo, que debía fijar cada ayuntamiento, sin que dicho tipo pudiera exceder del 30 % (art. 108 TRLHL).

inconstitucional siempre que se cumplan una serie de condiciones que no se respetan en los artículos cuestionados, a saber: (a) bien que la estimación objetiva no se erija en método único de determinación de la base imponible, permitiéndose legalmente las estimaciones directas del incremento, o (b) bien gravar incrementos medios presuntos, es decir, que previsible o presumiblemente se producen en todo terreno de naturaleza urbana. Esta última presunción pudo ser cierta —concede el TC— con anterioridad a la caída del mercado inmobiliario, pero lo cierto es que, a día de hoy, "la crisis económica ha convertido lo que podía ser un efecto aislado —la inexistencia de incrementos o la generación de decrementos— en un efecto generalizado (STC 59/2017)". No son ni mucho menos extraños los supuestos en los que el incremento de valor es de importe inferior al incremento calculado conforme al artículo 107 TRLHL. No cabe duda de que fue durante los años en que se produjo el denominado "estallido de la burbuja inmobiliaria" (2008-2013) cuando se desencadenó la crisis del IIVTNU, debido a que se incrementaron los casos en los que se sometían a gravamen capacidades económicas inexistentes o parcialmente inexistentes. La STC 182/2021 se enmarca, así, en un largo proceso de cuestionamiento de algunos de los efectos de la estimación objetiva que ya fueron corregidos en parte por las SSTC 59/2017 y 126/2019.

Someter a tributación situaciones de hecho inexpresivas o parcialmente inexpresivas de capacidad económica contradice frontalmente el principio de capacidad económica que la Constitución garantiza en el art. 31.1. Es contrario al principio de capacidad económica gravar un incremento de valor si dicho incremento no es real y efectivo. Una *presunción iuris et de iure* de capacidad económica fundada en pautas objetivas abiertamente inconstitucional[7].

[7] El reciente Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, incluye varias modificaciones. En primer lugar, para calcular la base imponible, se sustituyen los porcentajes aplicables sobre el valor del terreno por unos coeficientes máximos establecidos según el número de años que hayan transcurrido entre la adquisición y la transmisión. Los coeficientes se actualizarán anualmente y teniendo en cuenta la evolución de los precios de las compraventas realizadas con una norma de rango legal, que puede ser la de Presupuestos Generales del Estado. Se quiere que esos coeficientes estén ajustados a la realidad del mercado.

V. ALCANCE DE LA NULIDAD

1. Modulación de los efectos *ex tunc*

En relación con el alcance de la declaración de nulidad, esta STC 182/2021, después de reiterar la llamada de atención que se venía haciendo al legislador desde la STC 59/2017 para que lleve a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto y adecuarlo a las exigencias del artículo 31.1 CE, establece que no pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas aquellas obligaciones tributarias devengadas por este impuesto que, a la fecha de dictarse la misma, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme. Tendrán, asimismo, la consideración de situaciones consolidadas (a) las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y (b) las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada, a través del artículo 120.3 de la Ley General Tributaria (LGT), a dicha fecha.

La nulidad alcanzará, pues, a todas aquellas operaciones firmadas a partir de la sentencia y hasta que se modifique la ley y a las obligaciones tributarias devengadas, recurridas y pendientes de resolución judicial. Pero no a aquellas obligaciones respecto a las cuales ya no exista la posibilidad de

La base imponible del impuesto será el resultado de multiplicar el valor catastral del suelo en el momento del devengo por los coeficientes que aprueben los Ayuntamientos, que en ningún caso podrán exceder los límites recogidos en el Decreto-ley. Además, las entidades locales podrán corregir a la baja los valores catastrales del suelo en función de su grado de actualización, con un máximo del 15 %. Se pretende adaptar el tributo a la realidad inmobiliaria de cada municipio.

En segundo lugar, el Decreto-ley establece la opción de que el contribuyente pueda tributar por la plusvalía real obtenida en el momento de la transmisión del bien y que está determinada por la diferencia entre el valor de transmisión del suelo y el de adquisición. De esta manera, si el contribuyente demuestra que la plusvalía real es inferior a la resultante del método de estimación objetiva, podrá aplicar la real.

El Decreto ley, por lo demás, no dice nada acerca del periodo de vacío que se ha producido desde la sentencia del 26 de octubre hasta que entra en vigor la nueva norma. Pero reconoce que la anulación de varias disposiciones de la ley que regulaba hasta ahora el impuesto "supone su expulsión del ordenamiento jurídico, dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad". Con ello, certifica implícitamente que el impuesto no ha sido exigible como mínimo para las operaciones en que se hubiera devengado desde el 26 de octubre hasta el 9 de noviembre.

presentar recurso o cuando los recursos fueron rechazados en firme en el pasado. Tampoco beneficia a las liquidaciones que, a fecha de la sentencia, estén en plazo de recurso ni a las autoliquidaciones respecto a las que pueda instarse la rectificación (en supuestos que den lugar a un menor ingreso o a una mayor devolución) —y que no son firmes hasta que transcurren cuatro años[8]—. El contribuyente, en suma, no puede reclamar nada si no hubiera ya impugnado o pedido la corrección, lo que cierra la puerta a una previsible avalancha de recursos o rectificaciones y, sobre todo, minimiza el daño a las arcas de muchos municipios.

Conforme a reiterada jurisprudencia constitucional (entre otras, la muy conocida STC 45/1989), las sentencias recaídas en los procedimientos de control de la ley pueden establecer límites a los efectos retroactivos *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad en atención a otros principios constitucionales (fundamentalmente, el principio de seguridad jurídica)[9]. En tal sentido han de entenderse los límites severos a la retroacción de efectos introducidos por la STC 182/2021.

Desde luego, el propio texto constitucional deja claro en su artículo 161.1.a) que "la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada". En su desarrollo, la LOTC declara que las sentencias en que se declare la inconstitucionalidad y nulidad de un precepto "no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad" (artículo 40.1).

Dicho artículo parece establecer como único límite la existencia de una sentencia firme (salvo para procedimientos sancionadores), dejando fuera

[8] Arts. 66 LGT y 126.2 del Real Decreto Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

[9] Ruiz Zapatero, G. G., «Los efectos de las leyes tributarias inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, n.º 169, 2006, pp. 99-153.

las situaciones que sean firmes en vía administrativa. No obstante, el TC ha apelado al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y al de igualdad (art. 14 CE) para ampliar el límite también a las situaciones de firmeza administrativa porque la conclusión contraria "entrañaría un inaceptable trato de disfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales" (entre otras, SSTC 45/1989 y 180/2000). Resulta así que el límite desde un punto de vista material para la revisión de las situaciones pasadas es, como corrobora de nuevo la STC 182/2021, la firmeza de la situación generada, ya sea en vía administrativa o judicial.

Más discutible resulta la desigualdad que la sentencia provoca entre los contribuyentes, puesto que no se ven favorecidos los que pagaron el impuesto sin presentar reclamación ni rectificación de autoliquidación alguna, atendiendo a la situación de confianza legítima que generaron los anteriores pronunciamientos del TC en los que se alertaba al legislador de los problemas de constitucionalidad que presentaba la estimación objetiva pero no se declaró la inconstitucionalidad de la regulación del IIVTNU. La sentencia sí declara ahora esa inconstitucionalidad, pero deja fuera a cientos de miles de contribuyentes en la devolución de lo que en su día pagaron por el impuesto.

La desigualdad es especialmente reprobable en el caso de las liquidaciones en plazo de ser recurridas o de las autoliquidaciones a tiempo de ser rectificadas. Se modula la declaración de nulidad con merma evidente en la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y en la legalidad tributaria (art. 120.3 LGT), sin que la sentencia explique cuáles son los derechos, bienes o valores que tienen una relevancia constitucional tal que llevan a esta concreta modulación (presumiblemente la suficiencia financiera local). Podría pensarse que las exigencias de la planificación financiera y presupuestaria y de una ejecución administrativa ordenada e inspirada en la igualdad para los períodos impositivos a los que correspondan liquidaciones consolidadas justifican la modulación, pero esta conclusión resulta más problemática respecto a procedimientos tributarios no concluidos.

Es cuestionable, de un lado, que se restringa el derecho de un contribuyente a impugnar una liquidación o rectificar una autoliquidación dentro del plazo previsto, lo que supone una reducción de la tutela judicial efectiva y un menoscabo de derechos legítimos que se desconocía hasta la fecha; de otro, se retrotraen los efectos a la fecha de dictarse la sentencia (26 de octubre de 2021) cuando dicha sentencia no puede tener efectos *erga omnes* sino desde su publicación en el BOE, tal y como prescribe el artículo 38.1 LOTC.

Acaso una ponderación más equilibrada de los diferentes intereses en liza habría podido llevar a no declarar la nulidad de la norma reguladora de la base imponible, sino dar un plazo al legislador para regular un sistema alternativo de cálculo, "de aplicación retroactiva, que hubiera permitido pedir la devolución del IIVTNU en todos aquellos casos en los que la cantidad abonada no se adecuase a la plusvalía del terreno efectivamente obtenida"[10].

2. El debate interno con relación a la nulidad diferida

Enlazando con esta última consideración, la STC 182/2021, y los votos particulares que la acompañan, traslucen el debate en el seno del Alto Tribunal en torno a la denominada nulidad diferida. La nulidad diferida supone que la expulsión de la norma ya declarada inconstitucional queda aplazada hasta un determinado momento fijado en la sentencia (STC 13/2015, por ejemplo), bien hasta la aprobación de una nueva norma que sustituya a la declarada nula a fin de evitar un vacío no conforme con la Constitución (así, SSTC 195/1998 y 236/2007).

En el ordenamiento jurídico español, la nulidad se relaciona, como regla general, con la idea de invalidez radical y retroactiva. Sin embargo, en los últimos años el TC viene haciendo uso de la posibilidad de retrasar la eficacia de una declaración de inconstitucionalidad, de modo que una ley nula siga siendo válida durante un determinado periodo de tiempo.

[10] Voto particular que formula el magistrado Cándido Conde-Pumpido Turrión y al que se adhiere la magistrada María Luisa Balaguer Callejón.

Este retardo sirve para preservar determinados valores o bienes a fin de evitarles la afectación que supone la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la norma que les da cobertura. Por eso, su aplicación exige determinar con claridad el bien cuya preservación reviste tanta entidad como para romper con la consecuencia lógica de la inconstitucionalidad de una norma, su nulidad y consiguiente expulsión del ordenamiento.

En esta línea, parece que el primer proyecto de sentencia proponía diferir dicha nulidad durante un año pensando en la conveniencia de proporcionar tiempo para que el Gobierno pudiera encontrar una solución a la merma de ingresos que la supresión del impuesto iba a suponer para las haciendas locales. Sin embargo, la modificación introducida en el último momento consistió en establecer en el último fundamento jurídico y en el fallo que la anulación de la regulación del IIVTNU entraría en vigor ese mismo día 26 octubre, y no dentro de un año. El cambio se debió a que, a lo largo de las deliberaciones, se pusieron de manifiesto los riesgos que comportaba dejar abierta durante un año la permanencia de un impuesto abocado a ser modificado por Hacienda. La nulidad diferida del impuesto hubiera podido suponer el retraso de muchas operaciones de compraventa y, en definitiva, afectar muy sensiblemente a la marcha del mercado inmobiliario.

Lo cierto es, sea como fuere, que la mayoría del Pleno acabó descartando la utilización del mecanismo de la nulidad diferida para enviar un mensaje, otro más, al legislador. Mensaje —se viene a considerar esta vez— que excede con mucho del contenido propio de una sentencia constitucional y no puede servir para fundamentar la modulación de los efectos *erga omnes* de una declaración de inconstitucionalidad. A la nulidad diferida se le atribuye un propósito; se concede para que el legislador pueda proceder, en su caso, a sustituir la norma declarada nula observando el contenido del pronunciamiento del juez constitucional. Y si ya de por sí es grave que el TC sugiera al legislador su modo de actuar, eso se agrava en este caso, ya que a esta STC 182/2021 precedieron otras exhortaciones o recomendaciones, desatendidas en buena medida.

Por otra parte, no se olvide que esta sentencia se dicta al resolver una cuestión de inconstitucionalidad, con lo que, de haberse declarado la nulidad diferida, el órgano judicial se hubiera visto obligado, en principio, a aplicar la norma declarada inconstitucional y que todavía no es nula.

Por todo lo expuesto, la mayoría entiende que no procedía modular los efectos temporales del fallo hasta el extremo de aplazar la expulsión de la ley inconstitucional. En palabras del mismo TC, "debe ser el legislador (y no este Tribunal) el que, en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, lleve a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto para adecuarlo a las exigencias del art. 31.1 CE, puestas de manifiesto en todos los pronunciamientos constitucionales sobre los preceptos legales ahora anulados, dado que a fecha de hoy han transcurrido más de cuatro años desde la publicación de la STC 59/2017" (STC 182/2021). Decía Edmund Burke que hay un momento límite en el que la paciencia deja de ser una virtud.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Calvo Vérgez, J., *La plusvalía municipal tras su inconstitucionalidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

Casas Agudo, D., «El Tribunal Supremo falla en contra de la tesis maximalista y permite la exacción del IIVTNU en los supuestos en los que no se acredite por parte del sujeto pasivo la inexistencia de plusvalía: Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2018», *Nueva fiscalidad*, n.º 3, 2018.

Rodríguez Bereijo, A., «El principio de capacidad económica en una encrucijada (la problemática interpretación jurisprudencial del art. 31.1 de la Constitución en el impuesto sobre plusvalías inmobiliarias)», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 1, 2021.

Ruiz Zapatero, G. G., «Los efectos de las leyes tributarias inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, n.º 169, 2006.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL MÉTODO DE ESTIMACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DEL IMPUESTO MUNICIPAL SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA: ¿UNA VUELTA A LA ORTODOXIA DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA?

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE METHOD OF ESTIMATING THE TAXABLE BASE OF THE LOCAL TAX ON THE INCREASE IN VALUE OF URBAN LAND: A RETURN TO THE ORTHODOXY OF ECONOMIC CAPACITY?

Jesús Ramos Prieto
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Resumen: Este trabajo analiza el contenido, alcance y efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/2021, de 26 de octubre, que ha declarado la inconstitucionalidad de varias de las normas reguladoras de la determinación de la base imponible del Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Esta sentencia ha supuesto un punto de inflexión en la interpretación del significado del principio de capacidad económica como criterio o medida de la tributación. Pero, al mismo tiempo, ha limitado los efectos de la declaración de inconstitucionalidad con un criterio que ha generado una notable controversia. El examen de este importante pronunciamiento se completa con una revisión crítica de la adaptación de la normativa del tributo que el Gobierno ha realizado de manera urgente, mediante la aprobación del Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre.

Palabras clave: Haciendas locales, Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, base imponible, capacidad económica, inconstitucionalidad.

Abstract: This paper analyses the content, scope and effects of the Judgement of the Constitutional Court n. 182/2021, of October 26, which has declared the unconstitutionality of some of the articles that specify the taxable base of the Local Tax on the Increase in Value of Urban Land. This judgment has been a turning point in the interpretation of the meaning of the principle of economic capacity as a criterion or measure of taxation. However, at the same time, it has limited the effects of the declaration of unconstitutionality with a criterion that has generated a remarkable controversy. The examination of this important ruling is completed with a critical assessment of the urgent adaptation of the tax regulations concerned, made by the Government through the approval of Royal Decree-Law n. 26/2021, of November 8.

Keywords: local finances, Local Tax on the Increase in Value of Urban Land, taxable base, economic capacity, unconstitutionality.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ANTECEDENTES: BREVE SÍNTESIS DE LOS ACTOS DE LA TRAGICOMEDIA DE LA PLUSVALÍA MUNICIPAL PREVIOS A LA SENTENCIA 182/2021

1. La plusvalía municipal: un impuesto que siempre estuvo en el punto de mira
2. Primer acto: es inconstitucional el devengo del impuesto en los casos de inexistencia de incremento de valor del terreno (SSTC 26/2017, 37/2017, 59/2017 y 72/2017)
3. Segundo acto: el salvavidas lanzado por el Tribunal Supremo para permitir que los Ayuntamientos continuaran exigiendo el tributo cuando existiera plusvalía (STS 1163/2018)
4. Tercer acto: es inconstitucional que la cuota tributaria sea superior al incremento de valor experimentado por el terreno (STC 126/2019) o igual a él. Aportaciones del Tribunal Supremo

III. EL DESENLACE DE LA TRAGICOMEDIA: LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL MÉTODO OBJETIVO E IMPERATIVO DE ESTIMACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DE LA PLUSVALÍA MUNICIPAL

1. Objeto de la cuestión de inconstitucionalidad
2. El cambio de doctrina con respecto al principio de capacidad económica como criterio, medida o parámetro de la tributación
   - 2.1. Deber de contribuir y capacidad económica: algunas ideas básicas a la luz de la jurisprudencia constitucional
   - 2.2. El origen del problema: la asunción por la STC 26/2017 de la doctrina del Auto 71/2008 y su inesperado y criticable vaciamiento del contenido de este principio
   - 2.3. La vuelta a la ortodoxia de la capacidad económica como criterio que afecta a cada impuesto, no solo al sistema tributario en su conjunto
3. Traslación del cambio de doctrina al método estimativo u objetivo y obligatorio de determinación de la base imponible de la plusvalía municipal

3.1. Un único método de determinación de la totalidad de la base imponible de carácter objetivo y de imperativa aplicación
3.2. El principio de capacidad económica es plenamente aplicable a un tributo con finalidad fiscal como el IIVTNU
3.3. Las razones de simplicidad de aplicación o de practicabilidad administrativa no son hoy en día una justificación objetiva y razonable del método estimativo del incremento de valor gravado
4. Una decisión adoptada por mayoría

IV. REPERCUSIONES DE LA STC 182/2021 A CORTO, MEDIO Y LARGO PLAZO

1. A corto plazo: alcance y efectos de la declaración de inconstitucionalidad
1.1. Alcance y eficacia de la inconstitucionalidad
1.2. La controvertida limitación de efectos en cuanto a las situaciones revisables.
2. A medio plazo: la adaptación urgente de la normativa del impuesto a través del Real Decreto-ley 26/2021
2.1. Sobre la utilización de un decreto-ley para la adaptación del impuesto: no hay afectación al deber de contribuir, pero…
2.2. Medidas introducidas para adaptar el IIVTNU al principio de capacidad económica
2.2.1. No sujeción en caso de inexistencia de incremento de valor
2.2.2. Redefinición de la estimación objetiva de la base imponible, que no es de aplicación si el sujeto pasivo acredita un incremento de valor inferior
2.2.3. Posibilidad de calcular el incremento de valor efectivo mediante estimación directa
3. A largo plazo: la puesta en valor del principio de capacidad económica como criterio, parámetro o medida de la imposición. ¿Será el IAE el siguiente tributo en subir al escenario?

V. CONCLUSIONES

VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional 182/2021, de 26 de octubre (en adelante STC 182/2021) ha supuesto el desenlace, aunque mucho nos tememos que no definitivo, de la que ya habíamos calificado no hace mucho tiempo como la tragicomedia del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante IIVTNU), tributo comúnmente conocido como la plusvalía municipal[1].

Con este pronunciamiento se ha revisado una doctrina previa del TC bastante contestada, estimándose la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el auto de 28 de julio de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, sede de Málaga[2], en relación con los artículos 107.1 (párrafo segundo), 107.2.a) y 107.4 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLRHL). Como explicaremos a continuación, estos preceptos, declarados inconstitucionales y nulos, regulaban un controvertido sistema de estimación objetiva de la base imponible a través de la aplicación de un porcentaje sobre el valor asignado por la ley al bien en el momento de producirse el devengo del tributo. En dos sentencias (SSTC 59/2017 y 126/2019) el TC había salvado parcialmente la validez de ese sistema, apreciando que solo era contrario a nuestra Norma Fundamental en determinados casos extremos o patológicos, bien por inexistencia de hecho imponible o bien por implicar el de sometimiento del obligado tributario a un

[1] "La tragicomedia del impuesto municipal sobre la plusvalía", Columna AEDAF opina, *Expansión*, 14 de julio de 2021, p. 29. Algunas ideas recogidas en esta breve nota se desarrollan ahora aquí debidamente ampliadas. Conste, por ello, mi agradecimiento a los miembros del Grupos de Expertos de Haciendas Locales y Catastro de la AEDAF por los comentarios y sugerencias que me trasladaron en el momento de redactar aquella breve nota.

[2] Recurso n.º 749/2016.

gravamen excesivo y confiscatorio. Sin embargo, ese sistema de fijación de la base imponible ha quedado finalmente tumbado por tierra en esta tercera decisión, al apreciarse en su configuración legal una vulneración de uno de los principios de justicia tributaria enunciados en el artículo 31.1 de la Constitución Española (CE): el principio de capacidad económica en su dimensión de criterio, parámetro o medida de la tributación.

Por desgracia, el colofón de la controversia en que se ha visto inmerso este impuesto local durante los últimos años, en gran parte a causa de la desidia del legislador, dista mucho de haber suscitado un aplauso unánime entre los espectadores del mundo jurídico. Las aguas siguen bajando turbulentas, porque la STC 182/2021 vio la luz rodeada enseguida de cierta polémica. El día 26 de octubre, fecha en que fue pronunciada por el Pleno, solo pudimos conocer una breve nota informativa en la que se anunciaban restricciones muy severas a la posibilidad de que los contribuyentes soliciten la revisión de las liquidaciones o las autoliquidaciones del impuesto no prescritas. Unos días más tarde, el 3 de noviembre, se divulgó por fin en la web del Tribunal el texto de la sentencia, confirmándose una limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad que reabrió de inmediato el debate y recibió duras críticas. Pero el enredo se complicó aún más porque antes de que la sentencia fuese publicada en el BOE, trámite preceptivo que no se cumplió hasta el día 25 de noviembre, el Gobierno trató de tapar la vía de agua abierta en la línea de flotación de una nave de capital importancia para la financiación de las Haciendas locales aprobando el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre[3], disposición en vigor desde el día 10 de noviembre y que en el momento de cerrar este trabajo ya ha sido convalidada por el Congreso de los Diputados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la CE[4], y ha sido remitido a la Comisión de

[3] Su título completo es Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (BOE n.º 268, de 9 de noviembre de 2021).

[4] Resolución de 2 de diciembre de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 26/2021 (BOE n.º 296, de 11 de diciembre de 2021).

Hacienda y Función Pública para iniciar su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia[5].

Por tanto, los treinta y un días naturales que median entre el 26 de octubre y el 25 de noviembre nos han deparado una situación bastante insólita. En concreto, hemos asistido a una adaptación (así calificada por el propio Real Decreto-ley 26/2021 en su título) de la normativa reguladora del impuesto cuya aprobación y comienzo de vigencia se han producido antes de que la sentencia del TC de que trae causa dicha adaptación haya surtido efectos por obra de su publicación oficial, aun cuando ya fuera de general conocimiento por otros cauces. Es decir, en un sentido jurídico-formal las nuevas normas han visto la luz antes de que se produjera una laguna legal por la anulación de sus antecesoras, juzgadas contrarias al texto constitucional. Aunque podemos comprender la urgencia del Gobierno por ofrecer una salida razonable a los ayuntamientos, cuya suficiencia financiera se habría visto muy dañada de haber prolongado en exceso la imposibilidad de exigir un tributo con la patente pujanza recaudatoria del IIVTNU, esta secuencia de los acontecimientos ha introducido aún más confusión si cabe en un patio de butacas que ya andaba bastante revuelto.

II. ANTECEDENTES: BREVE SÍNTESIS DE LOS ACTOS DE LA TRAGICOMEDIA DE LA PLUSVALÍA MUNICIPAL PREVIOS A LA SENTENCIA 182/2021

1. La plusvalía municipal: un impuesto que siempre estuvo en el punto de mira

El IIVTNU es un tributo directo, real, objetivo, instantáneo y de exacción potestativa (artículo 59.2 del TRLRHL) que cuenta con una larga tradición como pieza integrante de la fiscalidad municipal, de la que ha formado parte desde 1919, mucho antes incluso de la incorporación de la imposición personal sobre la renta a nuestro sistema tributario[6].

[5] *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, XIV Legislatura, serie A, n.º 80-1, 17 de diciembre de 2021.

[6] García Moreno, V. A., "Comentarios a los artículos 104 a 110", en Domingo Zaballos, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Haciendas Locales*, 2.ª ed., t. I, Thomson Reuters-Civitas, Navarra,

Su hecho imponible se define como el incremento de valor (de ahí su designación como plusvalía) que experimenten los terrenos que tengan la consideración de urbanos[7] durante el periodo en que permanezcan en el patrimonio de una persona o entidad (con un máximo de 20 años), con el requisito de que esa variación al alza se ponga de manifiesto como consecuencia de la transmisión de su propiedad por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre tales terrenos (artículos 104.1 y 107.1 del TRLRHL). En consecuencia, ha de concurrir de manera simultánea un doble cambio de índole cuantitativa y cualitativa.

Aunque se ha discutido largamente en la jurisprudencia y la doctrina si el objeto de este tributo está vinculado de modo directo al mandato contenido en el inciso final del artículo 47 de la CE ("La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos"), la STC 182/2021 ha descartado con sólidos argumentos que la actual configuración normativa del tributo se justifique única o ni siquiera preferentemente en ese precepto constitucional[8]. Por ello, hoy en día su mantenimiento se justifica en la garantía del principio de suficiencia de las Haciendas locales

2013, p. 1317. Sobre los antecedentes de esta figura véanse, por todos, los estudios de Hernández Lavado, A., "El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana", en AA. VV., *La Reforma de las Haciendas Locales*, t. II, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 59-67, y Orón Moratal, G., *El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana a través de cuestiones prácticas*, Editorial Práctica del Derecho, Valencia, 2001, pp. 19-22.

[7] Con respecto a la delimitación del suelo de naturaleza urbana véase el artículo 7.2 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, en la redacción dada por las Leyes 36/2006, de 29 de noviembre, y 13/2015, de 24 de junio.

[8] "El IIVTNU no resulta ser (o al menos no en exclusiva) un gravamen de las denominadas plusvalías inmerecidas de los titulares del suelo urbano, puesto que somete a tributación todo incremento de valor que experimenten los terrenos urbanos objeto de transmisión durante los años de tenencia en el patrimonio del sujeto. Y ese sometimiento a gravamen se realiza: (i) primero, sin tener en cuenta que actualmente, entre los deberes de los propietarios del suelo vinculados a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística, está el de «[c]ostear 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 […]» [art. 18.1 c) 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]; (ii) segundo, con independencia de la contribución de la actuación pública (urbanística o no) en su generación; y (iii) tercero, incluso, aunque no haya habido actuación urbanística pública o privada alguna" [(STC 182/2021, fundamento jurídico 3.a)].

(artículo 142 de la CE), de la que es garante último el Estado[9], que conlleva la exigencia de dotarles de tributos propios que tengan capacidad recaudatoria para cubrir una parte significativa de sus gastos públicos. No en vano, aunque anda muy lejos de la potencia del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (el IBI aporta un volumen de ingresos más de cinco veces superior a las arcas municipales) y a pesar de que su rendimiento se halla muy condicionado por la dinámica del mercado inmobiliario (en época de expansión crece de forma notable, mientras que etapas de crisis como la que vivimos entre 2008 y 2011 se resiente ostensiblemente), en los últimos años la buena evolución de dicho mercado ha permitido que se convierta desde 2014 en el segundo impuesto local en cuanto a volumen de recaudación, superando al Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM)[10]. Su peso relativo sobre el volumen total de ingresos no financieros de los ayuntamientos se ha asentado en el entorno del 5 por 100.

Pese a su firme asentamiento en el campo de la fiscalidad local, la subsistencia del IIVTNU ha recibido ataques por un doble flanco.

Un primer elemento utilizado para cuestionar este tributo deriva del hecho de que somete a tributación una expresión de capacidad económica que también es gravada por la imposición personal sobre la renta. Las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de terrenos se integran en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el Impuesto sobre Sociedades (IS) o el Impuesto sobre la Renta de no Resi-

[9] Así lo ha defendido el TC en reiteradas ocasiones desde sus primeros pronunciamientos. Entre los más recientes pueden verse las SSTC 233/1999, de 16 de diciembre (fundamento jurídico 4), 48/2004, de 25 de marzo (fundamento jurídico 10), 31/2010, de 28 de junio (fundamento jurídico 139), 184/2011, de 23 de noviembre (fundamento jurídico 4), 152/2016, de 22 de septiembre (fundamento jurídico 7) y 82/2020, de 15 de julio (fundamento jurídico 7).

[10] A la vista de los últimos cuatro ejercicios respecto de los que disponemos de datos consolidados a nivel nacional de la liquidación de los presupuestos de las Entidades Locales la recaudación del IIVTNU ha ascendido a 2 804 364 miles de euros en 2016 (5,73 por 100 de ingresos no financieros totales por importe de 50 066 655 miles de euros), 2 733 027 miles de euros en 2017 (5,30 por 100 de ingresos no financieros totales iguales a 51 536 578 miles de euros), 2 624 247 miles de euros en 2018 (4,77 por 100 de un total de ingresos no financieros de 53 218 477 miles de euros) y 2 675.728 miles de euros en 2019 (4,73 por 100 de un montante de ingresos no financieros totales de 53 980 849 miles de euros). Datos extraídos de la web del Ministerio de Hacienda y Función Pública, sección "Haciendas locales en cifras", años 2016, 2017, 2018 y 2019, disponible en https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/SistemasFinanciacionDeuda/InformacionEELLs/HaciendasLocalesencifras.aspx (consultado el 13 de diciembre de 2021).

dentes, en función de cuál sea la condición subjetiva del transmitente: persona física, persona jurídica u otro tipo de entidad, por un lado; residente o no residente en territorio español, por otro. De ahí que se haya insistido con reiteración en la doble imposición que supone la sujeción de esas rentas procedentes del capital inmobiliario tanto a un impuesto estatal como a un impuesto local[11]. Esta crítica, sin duda fundada, queda en parte matizada por el hecho de que esté expresamente contemplada la deducción de la cuota de un tributo como el IIVTNU, en la medida en que haya sido satisfecha por el transmitente, a la hora de calcular la ganancia patrimonial a incluir en la base imponible del impuesto estatal[12].

Mayor recorrido ha tenido el segundo punto débil que siempre se puso sobre la mesa para arremeter contra la pervivencia de este tributo, incluso al poco de la aprobación de la Ley de Haciendas Locales de 1988 (Ley 39/1988)[13], y que, sobre todo, fue cobrando mayor intensidad a medida que iban pasando los años, especialmente tras la crisis económica de 2008 y sus devastadores efectos en forma de intensa caída de los precios inmobiliarios. Se trata de la asunción por el legislador de un método de determinación objetiva de la base imponible, de carácter imperativo para los sujetos pasivos y consistente, en esencia, en la aplicación de un porcentaje global (resultante de la suma de un porcentaje anual determinado por cada Ayuntamiento, dentro de unos límites variables en función del período de generación del incremento de valor) sobre el valor catastral del terreno en el momento

[11] En este problema han insistido García-Fresneda Gea, F., «El Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y la doble imposición interna», *Revista de Información Fiscal*, n.º 36, 1999, pp. 9 y ss. y, más recientemente, Lago Montero, J. M., *La simplificación de la imposición sobre la renta*, Reus Editorial, Barcelona, 2021, pp. 205-214, que reclama a medio plazo una integración del IIVTNU en el IRPF (en el que se articularía un tramo local con competencia normativa provincial o municipal) por el bien del sistema en su conjunto y de las propias Haciendas locales.

[12] En el caso del IRPF esta deducción se prevé en los artículos 35 y 36 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

[13] Como muestra de esas primeras aproximaciones críticas pueden consultarse los trabajos de Hernández Lavado, A., «El Impuesto Municipal sobre el Incremento…», *op. cit.*, pp. 83 y 111; Sánchez Galiana, J. A., y Calatrava Escobar, M. J., «El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», en Ferreiro Lapatza, J. J. (dir.), *Tratado de Derecho financiero y tributario local*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 869 y ss. En fechas menos lejanas, Gorospe Oviedo, J. I., «La regulación del IIVTNU en el texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, una visión crítica», *Tributos Locales*, n.º 40, 2004, pp. 79 y ss.

del devengo. Sin entrar en los detalles específicos, hasta las intensas podas practicadas por el TC en este sistema daba cobertura a cuatro efectos anómalos, contrarios a un elemental sentido de justicia fiscal, y que empezaron a apreciarse con singular crudeza a partir de la citada crisis:

a) Consideración de que la transmisión de un terreno urbano implicaba *ope legis* la existencia de un incremento de valor sujeto a tributación; de modo que, en virtud de una suerte de ficción legal o de presunción *iuris et de iure*, se entendía producido el devengo incluso cuando el contribuyente disponía de elementos suficientes para poder probar que el terreno no solo no había experimentado una revalorización mientras se mantuvo en su patrimonio, sino todo lo contrario, que había sufrido una depreciación en su valor en razón de la evolución del mercado.

b) Imposibilidad de neutralizar la base imponible estimada conforme al citado régimen obligatorio de estimación objetiva mediante la acreditación, por parte del contribuyente, de los valores de adquisición y de transmisión del inmueble, que permiten una medición directa del incremento patrimonial.

c) Cuantificación de una cuota tributaria que, al estar la base imponible desvinculada por completo del cálculo real de la plusvalía efectivamente obtenida por el transmitente, podía llegar a ser superior a esta, absorbiéndola en su integridad.

d) Cuantificación de una cuota tributaria que, por el mismo motivo que hemos indicado en la letra c), podía llegar a detraer una porción excesiva del incremento de valor realmente producido.

Así estaban las cosas hasta que, tras los entremeses premonitorios que nos empezaron a ofrecer múltiples estudios doctrinales y algunos pronunciamientos judiciales, que tras la crisis económica ya auguraban que no era de recibo someter a tributación la generación de decrementos o minusvalías o que, lisa y llanamente, era inconstitucional[14], en 2017 dio comienzo por

[14] Como ejemplos de pronunciamientos judiciales que ya entonces se mostraron partidarios de declarar la no sujeción al tributo en caso de ausencia objetiva de incremento de valor o de existencia

fin la anunciada tragicomedia del IIVTNU, con la aparición en escena de forma sucesiva del TC y del Tribunal Supremo (TS).

2. Primer acto: es inconstitucional el devengo del impuesto en los casos de inexistencia de incremento de valor del terreno (SSTC 26/2017, 37/2017, 59/2017 y 72/2017)

Con las cuatro sentencias dictadas por el TC en 2017, tres referidas a las normas vigentes en los territorios forales de Guipúzcoa (STC 26/2017, de 16 de febrero), Álava (STC 37/2017, de 1 de marzo) y Navarra (STC 72/2017, de 5 de junio) y la otra relativa a la normativa vigente en territorio común (STC 59/2017, de 11 de mayo), comenzó el primer acto del desafortunado enredo jurisprudencial que desde entonces ha protagonizado este impuesto.

No es momento de examinar a fondo el contenido de esos pronunciamientos, sobre los que existen multitud de comentarios doctrinales[15]. A los efectos de nuestra exposición nos basta con recordar ahora que el TC abrazó entonces una tesis que, según veremos enseguida, ahora ha sido abandonada incurriendo en un llamativo cambio de criterio. Dijo entonces que:

> "(...) es plenamente válida la opción de política legislativa dirigida a someter a tributación los incrementos de valor mediante el recurso a un sistema de cuantificación objetiva de capacidades económicas potenciales, en lugar de hacerlo en función de la efectiva capacidad económica puesta de manifiesto".

de un incremento de cuantía inferior a la resultante del método de cálculo cabe citar sentencias dictadas por varios Tribunales Superior de Justicia, como las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que se inicia con las Sentencias n.º 305/2012, de 21 de marzo, 310/2012, de 22 de marzo, 478/2012, de 2 de mayo, 505/2012, de 9 de mayo, o 553/2012, de 22 de mayo; las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 1580/2013, de 11 de diciembre, y 435/2016, de 22 de abril; las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia n.º 186/2015, de 6 de mayo, 500/2016, de 14 de septiembre, y 752/2016, de 2 de noviembre; o las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía n.º 834/2016, de 15 de septiembre, 39/2017, de 16 de enero, 68/2017, de 19 de enero.

[15] En este sentido, Varona Alabern, J. E., «A vueltas con la inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», *Quincena Fiscal*, n.º 18, 2010, y Colao Marín, P. A., «Impuesto sobre el incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, principios constitucionales y sistema jurídico tributario», *Quincena Fiscal*, n.º 20, 2016.

A pesar de ello, a renglón seguido subrayó que "una cosa es gravar una renta potencial (el incremento de valor que presumiblemente se produce con el paso del tiempo en todo terreno de naturaleza urbana) y otra muy distinta es someter a tributación una renta irreal". Ello le llevó a rechazar que el legislador pudiera establecer la ficción "de que ha tenido lugar un incremento de valor susceptible de gravamen al momento de toda transmisión de un terreno por el solo hecho de haberlo mantenido el titular en su patrimonio durante un intervalo temporal dado, soslayando aquellos supuestos en los que no se haya producido ese incremento", con el irrefutable argumento de que "lejos de someter a tributación una capacidad económica susceptible de gravamen, les estaría haciendo tributar por una riqueza inexistente, en abierta contradicción con el principio de capacidad económica del citado artículo 31.1 CE" (STC 59/2017, fundamento jurídico 3). En cualquier caso, el TC hizo entonces hincapié en que el IIVTNU:

> "(...) no es, con carácter general, contrario al Texto Constitucional, en su configuración actual. Lo es únicamente en aquellos supuestos en los que somete a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica, esto es, aquellas que no presentan aumento de valor del terreno al momento de la transmisión. Deben declararse inconstitucionales y nulos, en consecuencia, los arts.107.1 y 107.2 a) LHL, «únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica» (SSTC 26/2017, FJ 7; y 37/2017, FJ 5)" [STC 59/2017, fundamento jurídico 5.a)].

De esta forma se salvaba la validez de los preceptos del TRLRHL [artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4] declarados inconstitucionales y nulos "pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor", en orden a permitir que continuasen resultando de aplicación a todos aquellos supuestos de sujeción al tributo, en razón de la existencia de una plusvalía del terreno cierta y manifestada con ocasión de su transmisión a un tercero o de la constitución de un derecho real limitativo del dominio sobre el mismo. Pero, a la par, estas sentencias emplazaron al legislador a que, en uso de su libertad de configuración normativa, revisase la forma de ponderar la existencia de incremento de valor, poniendo fin a un sistema de cálculo de la base imponible que se basaba en

la errónea presunción de que se producía una subida constante y generalizada de los valores del suelo por el mero transcurso del tiempo.

En un país con tanta tradición arbitrista como el nuestro enseguida se pusieron sobre la mesa posibles soluciones para arreglar el desaguisado, incluida la posible supresión definitiva de una figura que muchos juzgan anacrónica, en especial en razón del solapamiento con la imposición sobre la renta que antes apuntamos. Aparte de buen número de valiosas aportaciones de la doctrina académica[16], tampoco debe olvidarse que hubo una iniciativa

[16] La bibliografía publicada entre 2017 y 2021 es ingente. Para una aproximación a ella pueden consultarse los trabajos siguientes: Palao Taboada, C., «Por qué yerra el Tribunal Constitucional en las Sentencias sobre el IIVTNU», *Nueva Fiscalidad*, n.º 2, 2017; Marín-Barnuevo Fabo, D., «Significado y alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la regulación del IIVTNU en Guipúzcoa y Álava», *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 409, 2017; Pedreira Menéndez, J., «La inconstitucionalidad parcial de la plusvalía municipal debería servir para su eliminación total», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2017; Soto Moya, «La inaplazable reforma del IIVTNU tras su declarada inconstitucionalidad», *Quincena Fiscal*, n.º 11, 2017; Cubiles Sánchez-Pobre, P., «El IIVTNU, ¿llegó por fin el momento de modificarlo?», *Tributos Locales*, n.º 129, 2017; García de Pablos, J. F., «La tributación municipal y el principio de capacidad económica», *Tributos Locales*, n.º 129, 2017; Martínez-Carrasco Pignatelli, J. M., «Alcance y efectos de la declaración de inconstitucionalidad parcial de la normativa legal del IIVTNU (STC 59/2017, de 11 de mayo)», *Tributos Locales*, n.º 131, 2017; Chico de la Cámara, P., «Algunas propuestas de *lege ferenda* para adaptar la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la plusvalía municipal a nuestra Constitución», *Tributos Locales*, monografía n.º 3, 2018; García Frías, M. A. y Pérez Martínez, V., «El IIVTNU tras su declaración de inconstitucionalidad por las STC 26/2017 y 37/2017. ¿*quo vadis*?», *Tributos Locales*, monografía n.º 3, 2018; Lasarte López, R., «Cuestiones conflictivas en el sistema de cálculo de la plusvalía sometida a gravamen en el IIVTNU. Consideraciones tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional», *Tributos Locales*, monografía n.º 3, 2018; Orón Moratal, G., «La declaración de inconstitucionalidad del impuesto de plusvalía en territorios forales y el estímulo para que desaparezca sobrevenidamente el objeto en las cuestiones de inconstitucionalidad pendientes», *Tributos Locales*, monografía n.º 3, 2018; Anglès Juanpere, B., «La nueva plusvalía municipal, de momento, *Tributos Locales*, n.º 134, 2018, y «La plusvalía Municipal tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2017», *Tributos Locales*, n.º 137, 2018; Arana Landín, S., «Los primeros intentos de mantenimiento del IIVTNU tras la declaración de inconstitucionalidad: vuelta a la vulneración del principio de capacidad contributiva, de no confiscatoriedad y del derecho de defensa», *Tributos Locales*, n.º 134, 2018; Litago Lledó, R., «Nulidad por Inconstitucionalidad de los ingresos realizados por IIVTNU: dificultades para su aplicación práctica por los Órganos Jurisdiccionales Contencioso-Administrativos», *Tributos Locales*, n.º 137, 2018; Sánchez-Archidona Hidalgo, G., «La crisis del principal Impuesto (en términos recaudatorios) del sistema tributario local: la reforma del IIVTNU», *Tributos Locales*, n.º 137, 2018; Rubio de Urquía, J. I., «El alcance de la declaración de inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana según el Tribunal Supremo», *Tributos Locales,* n.º 136, 2017, y «Hasta lo más reciente del TC en materia de plusvalía municipal: recapitulación», *Tributos Locales*, n.º 142, 2019; Varona Alabern, J. E., «Presente y futuro de IIVTNU tras su declaración de inconstitucionalidad», *Tributos Locales*, Monografía n.º 4,

legislativa en el seno del Congreso de los Diputados que hubiera podido reconducir el espectáculo por mejores derroteros, sin bien dicha iniciativa quedó frustrada por la conclusión anticipada de la legislatura parlamentaria 2016/2019[17]. Y también debemos dejar constancia de que el Informe de Comisión de Expertos para la revisión del sistema de financiación local, presentado en julio de 2017, propuso la sustitución por un impuesto sobre plusvalías inmobiliarias, valoradas en función de la diferencia entre el valor real de transmisión y de adquisición, y en el que quedarían gravados los

2018; Luchena Mozo, G. M., «La inadecuación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana a un sistema tributario justo», en Patón García, G., *Aspectos financieros y tributarios del patrimonio inmobiliario*, CISS, Valencia, 2018; Moreno Fernández, J. I., «Die philospphie des als-ob: el gravamen de las minusvalías «como si» fuesen plusvalías», en Chico de la Cámara, P. (dir.), *Aspectos de interés para una futura reforma de las haciendas locales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, y en la misma obra colectiva Martín Fernández, J., «El impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana presente y futuro»; los trabajos de García Frías, M. A. («El alcance de la declaración de inconstitucionalidad del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana»), Sánchez Pedroche, A. («Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el ámbito de la financiación local»), Cámara Barroso, C. («La declaración de inconstitucionalidad de la plusvalía municipal. Propuestas *de lege ferenda*») y Polo del Pozo, J. M. («La plusvalía municipal como un impuesto redundante»), todos ellos recogidos en la obra colectiva Cámara Barroso, C., y Aguado Manzanares, S. (dirs.), *La financiación local en España. Especial referencia a la plusvalía municipal*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2019; Álvarez Martínez, J., «La Inconstitucionalidad del IIVTNU: su (más que) controvertido presente y su (más que) discutido futuro», *Tributos Locales*, n.º 146, 2020; Carrasco Parrilla, P. J., «El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», en Carrasco Parrilla, P. J. (dir.), *Derecho tributario local y procedimientos tributarios*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 343-348; Gorospe Oviedo, J. I., «Derecho a la propiedad y principio constitucional de no confiscatoriedad: el caso de la plusvalía municipal y sus consecuencias jurídicas», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 132, 2021, pp. 57 y ss.; Sánchez Sánchez, E. M., «Las exigencias y límites constitucionales de los principios tributarios en el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana», *Tributos Locales*, n.º 150, 2021; y Hernández Guijarro, F., y Gomar Giner, V., «La catarsis del Impuesto de Plusvalía Municipal: crisis inmobiliaria; la STC 59/2017, de 11 de mayo; y los pronunciamientos judiciales posteriores más relevantes», *Crónica Tributaria*, n.º 178, 2021.

[17] Nos referimos a la «Proposición de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias», presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, admitida a trámite al inicio de marzo de 2018 pero finalmente caducada a causa de la disolución de las Cámaras (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, XII Legislatura, serie B, n.º 225-1, 9 de marzo de 2018). Llamamos la atención sobre la circunstancia (nada casual) de que varias de las medidas correctoras que se contemplaban en esta iniciativa legislativa, como la inclusión de un supuesto de no sujeción en caso de acreditación por el sujeto pasivo de la inexistencia de incremento de valor o la reformulación del método de determinación de la base imponible, son las que a la postre ha acabado incorporando el Real Decreto-ley 26/2021.

incrementos de valor de los bienes inmuebles de cualquier naturaleza, incluidos los que se puedan generar en un plazo inferior al año[18].

3. Segundo acto: el salvavidas lanzado por el Tribunal Supremo para permitir que los Ayuntamientos continuaran exigiendo el tributo cuando existiera plusvalía (STS 1163/2018)

Ante la inacción del legislador (recuérdese que eran tiempos convulsos en la vida parlamentaria), el segundo acto discurrió en sede judicial.

Algunos tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa interpretaron que la STC 59/2017 había generado, a partir de la declaración parcial de inconstitucionalidad circunscrita a los supuestos de sometimiento a imposición de situaciones de inexistencia de incrementos de valor, una laguna normativa en el seno del TRLRHL respecto de la regulación de la base imponible del IIVTNU. Esta tesis, que fue calificada como maximalista, llevó a varios Tribunales Superiores de Justicia a considerar que las liquidaciones giradas por los Ayuntamientos eran nulas debido al principio de reserva de ley en materia tributaria (artículo 31.3 de la CE). Conforme a la asentada y constante jurisprudencia del TC, este principio exige que la determinación de un elemento esencial del tributo como ese se realice en una norma con rango legal. Por ello, según esta visión hasta que el legislador no reaccionase y colmase ese vacío, en una labor que no podía ser suplida por los órganos judiciales, el impuesto no podía ser exigido a los contribuyentes.

Sin embargo, el Tribunal Supremo evitó lo que parecía un hundimiento irreversible de la nave lanzando un salvavidas a las Haciendas locales. Con su Sentencia 1163/2018, de 9 de julio[19], puso freno a esa lectura maxima-

[18] Este informe aparece publicado, bajo el título «Análisis de propuestas de reforma del sistema de financiación local», en el libro *Reforma de la financiación territorial: Informes de las Comisiones de Expertos de 2017*, Instituto de Estudios Fiscales-Ministerio de Hacienda, Madrid, 2018, disponible en: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/libros/lb/2018_ReformaFinanciacionTerritorial.pdf (consultado el 13 de diciembre de 2021). La propuesta relativa al reemplazo del IIVTNU por un nuevo impuesto sobre las plusvalías inmobiliarias, deducible de la base imponible de los diferentes impuestos estatales que inciden sobre esta misma materia imponible, se contiene en pp. 253-254.

[19] Recurso de casación n.º 6226/2017.

lista del alcance de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017. Conforme a una doctrina que el Alto Tribunal ha reiterado de manera insistente desde entonces en más de doscientas cincuenta sentencias posteriores[20], se deduce que ese pronunciamiento del supremo intérprete de nuestra Constitución había abierto la puerta a la posibilidad de probar la inexistencia de plusvalía, correspondiendo al sujeto pasivo la carga de acreditar que no existía una plusvalía real conforme a las normas generales sobre la carga de la prueba contenidas en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT). Así se explica en el fundamento de derecho quinto, apartado 2:

> "Para acreditar que no ha existido la plusvalía gravada por el IIVTNU podrá el sujeto pasivo (a) ofrecer cualquier principio de prueba, que al menos indiciariamente permita apreciarla, como es la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión que se refleja en las correspondientes escrituras públicas [cuyo valor probatorio sería equivalente al que atribuimos a la autoliquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales en los fundamentos de derecho 3.4 de nuestras sentencias de 23 de mayo de 2018 (RRCA núms. 1880/2017 y 4202/2017), de 5 de junio de 2018 (RRCA núms. 1881/2017 y 2867/2017) y de 13 de junio de 2018 (RCA n.º 2232/2017]; (b) optar por una prueba pericial que confirme tales indicios; o, en fin, (c) emplear cualquier otro medio probatorio ex artículo 106.1 LGT que ponga de manifiesto el decremento de valor del terreno transmitido y la consiguiente improcedencia de girar liquidación por el IIVTNU".

Salvada así por esta vía interpretativa la emergencia que hubiera comportado la suspensión de la facultad de los municipios de exigir el impuesto, el legislador siguió de campo. Y ello a pesar de que la propia Sala Tercera del TS dejó caer con gran lucidez la siguiente premonición con respecto a aquellos supuestos en que sí procediera la exacción del IIVTNU por haber quedado acreditada la existencia de plusvalía susceptible de imposición:

> "esta Sala es consciente de que pudieran darse casos en los que la plusvalía realmente obtenida por el obligado tributario fuera tan escasa que la

[20] La última hemos localizado en la base de datos del CENDOJ en el momento de cerrar este trabajo es la Sentencia 884/2021, de 21 de junio, recurso de casación n.º 5302/2019.

> aplicación de los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL pudiera suscitar dudas desde la perspectiva del artículo 31.1 CE. La cuestión, sin embargo, no se nos ha planteado aún y tampoco ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en la STC 59/2017".

4. Tercer acto: es inconstitucional que la cuota tributaria sea superior al incremento de valor experimentado por el terreno (STC 126/2019) o igual a él. Aportaciones del Tribunal Supremo

Tras esa intervención del Tribunal Supremo se inició un periodo de calma tensa. En cierto modo se habían salvado los muebles para las Haciendas locales, permitiéndoles exigir el tributo en los casos en que existía sujeción al mismo, pero garantizando al mismo tiempo el derecho de los obligados tributarios a probar la inexistencia de incremento de valor del terreno. No obstante, era *vox populi* que no se había logrado la cuadratura del círculo y que tarde o temprano los conflictos subyacentes iban a estallar.

Y efectivamente así fue. Apenas un año y poco más de tres meses después irrumpió de nuevo en escena la poderosa voz del TC para abrir el tercer acto de la tragicomedia con su Sentencia 126/2019, de 31 de octubre, derivada de la cuestión de constitucionalidad elevada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 32 de Madrid[21]. El precepto anulado ahora fue el artículo 107.4 del TRLRHL, pero solo cuando condujera al gravamen de una capacidad económica parcialmente inexistente. Ese efecto ilegítimo se describe así al final de su fundamento jurídico 5:

> "Por consiguiente, en aquellos supuestos en los que de la aplicación de la regla de cálculo prevista en el art. 107.4 TRLHL (porcentaje anual aplicable al valor catastral del terreno al momento del devengo) se derive un incremento de valor superior al efectivamente obtenido por el sujeto pasivo, la cuota tributaria resultante, en la parte que excede del beneficio realmente obtenido, se corresponde con el gravamen ilícito de una renta inexistente en contra del principio de capacidad económica y de la prohibición de confiscatoriedad que deben operar, en todo caso, respecti-

[21] Auto de 8 de febrero de 2018, recurso n.º 336/2018.

> vamente, como instrumento legitimador del gravamen y como límite del mismo (art. 31.1 CE)".

El TC siguió aferrado a su idea de la plena validez de "la opción de política legislativa dirigida a someter a tributación los incrementos de valor mediante el recurso a un sistema de cuantificación objetiva de capacidades económicas potenciales, en lugar de hacerlo en función de la efectiva capacidad económica puesta de manifiesto". Pero no pudo negar la evidencia de que una cuota tributaria superior a la cuantía de la ganancia patrimonial realmente obtenida por el contribuyente implica una carga "excesiva" o "exagerada", en expresiones que toma prestadas de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incurriendo en un resultado confiscatorio al agotar la riqueza imponible so pretexto del deber de contribuir.

La STC 126/2019 cursó de nuevo una elegante invitación al legislador para que tomase cartas en el asunto y pusiera orden en el patio de butacas[22]. Pero volvió a clamar en el desierto. Además, al igual que aconteció con la STC 59/2017, el Tribunal Supremo se vio obligado a precisar el alcance de esa declaración de inconstitucionalidad. En un primer momento pareció entender que tal declaración solo afectaba al exceso de la cuota respecto de la plusvalía realmente obtenida por el contribuyente (Sentencia 111/2020, de 30 de enero)[23]. No obstante, finalmente aclaró que la cuota devengada por el IIVTNU con ocasión de la transmisión del inmueble no puede ni superar, ni tampoco coincidir con el incremento patrimonial experimentado por aquel, ya que esto último supondría absorber con el impuesto municipal toda la

[22] No está de más recordar algunas de las aseveraciones contenidas en el fundamento jurídico 5.b) para reclamar la «necesaria intervención del legislador». En concreto, el TC volvió a hacer hincapié en que a la fecha de dictarse la STC 126/2019 habían transcurrido más de dos años desde la publicación de la STC 59/2017 «sin que haya acomodado el impuesto a las exigencias constitucionales». Y esta inacción le llevó a recordar que «el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) exige no solo la claridad y certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, sino también la legítima confianza y la previsibilidad en sus efectos, entendida como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano de cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 135/2018, de 13 de diciembre, FJ 5)».

[23] Recurso de casación n.º 151/2018. Al subrayar que la consecuencia de específica inconstitucionalidad apreciada por la STC 126/2019 era que «la cuota exigible al contribuyente no podrá ser superior a ese incremento patrimonial realmente obtenido que haya quedado acreditado», el Alto Tribunal parecía dar a entender (aunque no lo dijera expresamente) que solo cabía solicitar la devolución del exceso de cuota, no de su totalidad.

riqueza gravable, justificando la anulación de la liquidación o la rectificación de la autoliquidación. En este sentido se manifestaron las Sentencias 1689/2020, de 9 de diciembre, y 1732/2020, de 14 de diciembre[24].

Como último hito relevante de este tercer acto cabe reseñar dos pronunciamientos recaídos ya en este mismo año 2021 que arrojan luz sobre el problema de la determinación de qué proporción representa el valor del terreno sobre el valor total del inmueble en la fecha de la transmisión que origina el devengo del IIVTNU. Habitualmente se acude a la solución, sin duda sencilla, de efectuar un cálculo proporcional conforme al desglose entre el valor del suelo y el de la construcción que figura en el valor catastral. Sin embargo, el Tribunal Supremo introduce una cabal dosis de flexibilidad en este punto al advertir que "no puede otorgarse a dicho método el carácter de exclusivo o único ni, desde luego, imponerse a cualesquiera otros medios de prueba admitidos en derecho, que podrán ser legítimamente utilizados por el interesado para determinar el valor del suelo y que serán libremente valorados por el órgano judicial conforme a las reglas de la sana crítica" (SSTS del Tribunal Supremo 138/2021, de 4 de febrero, y 189/2021, de 11 de febrero)[25].

III. EL DESENLACE DE LA TRAGICOMEDIA: LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL MÉTODO OBJETIVO E IMPERATIVO DE ESTIMACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DE LA PLUSVALÍA MUNICIPAL

Lamentablemente, la tragicomedia estaba prolongándose ya en exceso. El 11 de mayo de 2021 se cumplieron cuatro años desde la STC 59/2017 y el legislador continuaba oculto entre bastidores. Ni siquiera podía escudarse

[24] Recursos de casación n.º 6386/2017 y 981/2018, respectivamente. En ella se razona sobre el alcance confiscatorio de una cuota tributaria que agota por completo la riqueza gravable del siguiente modo: «Resulta contraria a Derecho —por implicar un claro alcance confiscatorio— una liquidación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana que, aplicando los artículos correspondientes de la Ley de Haciendas Locales, establezca una cuota impositiva que coincida con el incremento de valor puesto de manifiesto como consecuencia de la transmisión del terreno, esto es, que absorba la totalidad de la riqueza gravable».

[25] Recursos de casación n.º 4847/2019 y 428/2020, respectivamente.

en la parálisis legislativa que sufrieron las Cortes, pues la puesta al día del IIVTNU podía haber acometido en cualquier momento mediante el recurso al decreto-ley, como los hechos posteriores han confirmado. Tampoco le servía la socorrida excusa de la pandemia del Covid-19, porque hubo tiempo de hacer los deberes antes y porque, además, un escenario de crisis hubiera sido un momento muy propicio para darle un lavado de cara a esta pieza clave de la fiscalidad local.

Pero casi a finales de 2020 se produjo el hecho que iba a actuar como detonante para acelerar el desenlace. Por providencia de 17 de noviembre[26], el Pleno del TC admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, sede de Málaga, en relación con los artículos 107.1, 107.2.a) y 107.4 del TRLRHL.

1. Objeto de la cuestión de inconstitucionalidad

Una vez abiertas varias y profundas grietas en el otrora inquebrantable armazón de las reglas de determinación de la base imponible del impuesto municipal sobre la plusvalía (resistente desde la Ley de Haciendas Locales de 1988), era cuestión de tiempo que la estructura se viniera abajo por completo, a pesar del celo mostrado por el TC en las sentencias de 2017 y 2019 en aguantarla con un planteamiento que, visto ahora con cierta perspectiva, se iba aproximando a una actitud de *sostenella y no enmendalla*.

En el supuesto de autos, el contribuyente obtuvo efectivamente un incremento patrimonial al transmitir un inmueble urbano. Conforme a las reglas del artículo 107 del TRLRLH resultó una base imponible de 254 567,98 euros. Y al aplicar el tipo de gravamen del 27,50 previsto en la correspondiente ordenanza municipal se obtuvo una cuota tributaria de 70 006,19 euros. Esta cuota no era superior a la ganancia patrimonial realmente obtenida, de manera que no concurría el vicio de inconstitucionalidad apreciado en la STC 126/2019. Sin embargo, de acuerdo con las pruebas aportadas en el proceso de instancia suponía, *de facto*, la aplicación de un tipo de gravamen

[26] BOE n.º 310, de 26 de noviembre de 2020.

efectivo de entre un 60,82 por 100 y un 58,99 por 100 de la cuantía de la plusvalía realmente obtenida (115 096,80 euros según un informe pericial y 118 684,26 euros en función de los valores que figuraban en las escrituras públicas de adquisición y transmisión). Aunque no llegase a agotar la riqueza imponible, a juicio del órgano judicial proponente tan elevado nivel de tributación resulta excesivo o exagerado, a la vista de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al hilo del artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la protección de la propiedad. Este contraste entre un tipo de gravamen nominal del 27,50 por 100 sobre un teórico incremento de valor del terreno resultante del citado precepto, por un lado, y un gravamen efectivo de alrededor del 60 por 100 de la ganancia realmente percibida, por otro lado, llevó a la Sala a plantear serias dudas acerca de la posible vulneración del artículo 31.1 de la CE respecto del principio de capacidad económica y de la prohibición de confiscatoriedad.

Tras unas referencias generales a la naturaleza del IIVTNU y a la incidencia de los pronunciamientos previos sobre la regla de cálculo objetiva e imperativa del incremento de valor sujeto a este tributo, el Pleno concreta la duda de constitucionalidad en la necesidad de determinar:

> "(…) si es constitucionalmente legítimo que, incontrovertida la existencia de un incremento del valor del terreno urbano objeto de transmisión, este sea inferior al legalmente calculado debido a la aplicación obligatoria de la fórmula estimativa de cuantificación de la base imponible —que prescinde de la capacidad económica manifestada por el contribuyente— y, en consecuencia, que la cuota a pagar sea desproporcionada o excesiva aunque no absorba por completo el aumento de valor existente al momento de la transmisión".

Frente al planteamiento del órgano judicial proponente, el TC entiende que la cuestión no versa sobre el principio de capacidad económica como fundamento de la imposición, ya que se plantea respecto de supuestos en los que la plusvalía existe; ni tampoco se sitúa en la esfera del principio de no confiscatoriedad, puesto que tampoco se aduce que el tributo agote la riqueza imponible gravada. Por el contrario, el asunto tiene su natural acomodo en el principio de capacidad económica "como criterio o parámetro de la

imposición, puesto que lo discutido es el propio método de cuantificación de la base imponible del tributo en tanto que no calcula el incremento de valor del terreno urbano gravado en función de la capacidad económica efectiva y cierta manifestada por el contribuyente con ocasión de su transmisión". Antes bien, los artículos enjuiciados del TRLRHL establecen una regla estimativa de la base imponible en su integridad (no de un elemento concreto de la misma) y de aplicación automática en tanto se realice el hecho imponible.

Encuadrada así la cuestión litigiosa, en los fundamentos jurídicos 4 y 5 se contienen el núcleo de la argumentación jurídica que lleva al Pleno a separarse del precedente sentado en las SSTC 26/2017, 59/2017 y 126/2019.

2. El cambio de doctrina con respecto al principio de capacidad económica como criterio, medida o parámetro de la tributación

2.1. Deber de contribuir y capacidad económica: algunas ideas básicas a la luz de la jurisprudencia constitucional

Con carácter previo al examen de esa parte de la STC 182/2021 es conveniente recordar, siquiera de manera sintética, algunas ideas elementales sobre la exigencia constitucional de que el deber de colaborar al sostenimiento de los gastos públicos se module en función de la capacidad económica.

Este principio se erige como un pilar del ordenamiento tributario al que la doctrina suele atribuir una triple función[27]. En primer lugar, sirve de

[27] Sobre el particular pueden consultarse, además de los ya clásicos trabajos de Lasarte Álvarez, J., «La formulazione della legge tributaria ed il principio della capacità contributiva», *Diritto e Pratica Tributaria*, 1965, I, pp. 481 y 492, y Rodríguez Bereijo, A., «Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 100, 1998, pp. 613-614 (con algunas ampliaciones, se recoge también con el título «Jurisprudencia constitucional y principios de la imposición» en AA. VV., *Garantías constitucionales del contribuyente*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 127 y ss.), los estudios siguientes: Casado Ollero, G., «El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II). El contenido constitucional de la capacidad económica», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 34, 1982, pp. 190 y ss.; Palao Taboada, C., «Los principios de capacidad económica e igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 88, 1995, pp. 629 y ss.; Nieto Montero, J. J., «El principio de capacidad contributiva y su reflejo en la jurisprudencia constitucional», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, n.º 238, 1995, pp. 922 y

fuente, fundamento o sustrato de la tributación y del deber de contribuir. En segundo lugar, actúa como un límite que debe respetar el legislador al configurar los tributos, reclamando que estos solo recaigan sobre quienes llevan a cabo actos, hechos o negocios jurídicos que sean indicativos o reveladores, directa o indirectamente, de capacidad económica. Por último, representa el criterio básico de distribución de la carga fiscal o, lo que es lo mismo, la medida, razón o proporción de cada contribución, graduando la aplicación de los tributos conforme a la situación patrimonial y personal de los obligados a satisfacerlos.

Reflejada en una larga lista de pronunciamientos, la jurisprudencia sentada por el TC en orden a perfilar el significado y alcance de este principio evidenció muy pronto, ya desde la pionera STC 27/1981, de 20 de julio, una tendencia a flexibilizar su contenido. Sin ánimo de efectuar un repaso exhaustivo dadas las características de este estudio[28], de la lectura de las decisiones más relevantes cabe extraer varios referentes constantes, algunos de los cuales han dado lugar a encendidos debates académicos. Damos cuenta de ellos de modo casi telegráfico:

- La capacidad económica no es el único criterio de justicia tributaria, algo evidente a la vista del artículo 31.1 de la CE.
- Implica una doble exigencia lógica al legislador de búsqueda de la riqueza imponible allí donde esta se encuentre, pero sin agotarla so pretexto del deber de contribuir.
- Aunque demanda, como punto de partida, gravar la riqueza o renta real del sujeto, cabe la posibilidad de que se someta a tributación también una riqueza o renta potencial.

ss.; De Alguacil Marí, M. P., «La capacidad económica como parámetro de enjuiciamiento», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, n.º 253, 1999, pp. 587 y ss.; Moschetti, F., «Orientaciones generales de la capacidad contributiva», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, n.º 269, 2003; Gallego Peragón, J. M., *Los principios materiales de justicia tributaria*, Comares, Granada, 2003, pp. 77 y ss.; y Gorospe Oviedo, J. I. y Herrera Molina, P. M., «La virtualidad del principio de capacidad económica en el ordenamiento tributario español», en AA. VV., *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 29 y ss.

[28] Nos remitimos en este punto a nuestro estudio Ramos Prieto, J., «Ciudadanía y deber de contribuir: algunos apuntes a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en Periñán Gómez, B. (coord.), *Derecho, persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 648-655.

- Como contrapartida de lo anterior, comporta una prohibición de gravamen de capacidades económicas o rentas inexistentes o ficticias.
- No es incompatible con la utilización de los tributos con fines primordialmente extrafiscales, mediante el establecimiento de impuestos que, sin desconocerlo por completo, respondan principalmente a criterios económicos o sociales orientados al cumplimiento de fines o intereses públicos avalados por la CE.
- Constituye una exigencia aplicable al conjunto del sistema tributario, pero también ha de estar presente en la configuración de las concretas figuras tributarias. No obstante, actuará con intensidad diferente según las distintas categorías tributarias, dejando sentir su influencia con mayor fuerza en los impuestos que en las tasas.

En este último postulado es donde está una de las claves que lleva a la STC 182/2021 a separarse de sus antecesoras. Veamos por qué.

2.2. El origen del problema: la asunción por la STC 26/2017 de la doctrina del Auto 71/2008 y su inesperado y criticable vaciamiento del contenido de este principio

En efecto, la STC 26/2017, primera de la serie relativa al IIVTNU y que iba referida a la normativa foral de Guipúzcoa, concluyó que la capacidad económica como criterio de imposición que exige que la carga tributaria se module en función de dicha capacidad es, en primer lugar, "solo un criterio inspirador del sistema tributario en su conjunto". Y añadió, en segundo lugar, que solo adquiere virtualidad "en aquellos tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el art. 31.1 CE"; dicho con otras palabras, únicamente opera en los impuestos que constituyen los pilares estructurales del sistema tributario.

Dado que el IIVTNU no tiene esa condición, en ese pronunciamiento y en los que le siguieron en 2017 y 2019 se concluyó que la capacidad económica no rige en él en su vertiente de parámetro de imposición, lo que

otorga al legislador plena libertad para regular su base imponible, sin más límite que la prohibición de la confiscatoriedad.

¿Qué llevó al Tribunal Constitucional a razonar en esos términos? La respuesta es bien sencilla: actuó mediatizado por la controvertida doctrina fijada en un pronunciamiento anterior que la propia STC 26/2017 invoca de forma expresa. Nos referimos al Auto 71/2008, de 26 de febrero, que marcó un insospechado cambio de rumbo en la interpretación del principio de capacidad económica que, además, tuvo una cierta continuidad con los Autos 120/2008, de 6 de mayo y 342/2008, de 28 de octubre, cuyos fundamentos jurídicos únicos se remiten a aquel[29].

En ese Auto 71/2008 se suscita el último problema que apuntamos en el apartado precedente, esto es, si este principio vincula a todos los tributos y en qué medida, con ocasión de la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con el artículo 3, apartado Cuarto.2.a) del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas (en la redacción dada por la Ley 5/1990, de 29 de junio)[30].

Pues bien, uno de los motivos de inconstitucionalidad aducidos por el órgano judicial proponente era la vulneración del principio de capacidad económica, causada por la renuncia del legislador a cuantificar la tasa en función de la recaudación obtenida por cada máquina recreativa, mediante un sistema de estimación directa de las bases que atienda a los rendimientos derivados de su explotación. Como alternativa se ha optado por determinar una cuota fija y única en atención a los rendimientos previsibles, cuyo importe se considera superior al beneficio neto obtenido por las empresas

[29] Las ideas desarrolladas este apartado 3.2.2 proceden de nuestro trabajo Ramos Prieto, J., «Ciudadanía y deber de contribuir…», *op. cit.*, pp. 655-659.

[30] Este precepto regula la cuantía de la mal llamada *tasa* sobre juegos de suerte, envite o azar, cuya verdadera naturaleza jurídica es de impuesto como subrayó el TC en la Sentencia 296/1994, de 10 de noviembre (fundamento jurídico 4) y ha demostrado unánimemente la doctrina. En el supuesto de las máquinas recreativas tipo «B» o con premio, popularmente conocidas como tragaperras, se tributa mediante una cuota fija por año y máquina.

explotadoras, soportando estas un gravamen excesivo para la riqueza que manifiestan.

El TC descarta que el tributo cuestionado sea inconstitucional por el hecho de que su cuantía pudiera ser, eventualmente y en supuestos marginales, superior al rendimiento generado por una máquina recreativa. Para ello invoca implícitamente el llamado *principio de normalidad*[31], explicando que la riqueza que se pretende gravar existe "en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador" y que "no puede fundarse la inconstitucionalidad de una norma en la existencia de supuestos patológicos, no previstos ni queridos por la ley". Compartimos esas prudentes apreciaciones. Sin embargo, nuestra opinión cambia al repasar la argumentación que les sigue. Tras reiterar algunas de las directrices sobre la capacidad económica que ya hemos analizado, en particular su conexión con el conjunto del sistema tributario, se ofrece una visión inédita de su alcance (fundamento jurídico 5):

> "(…) aun cuando el principio de capacidad económica implica que cualquier tributo debe gravar un presupuesto de hecho revelador de riqueza, la concreta exigencia de que la carga tributaria se module en la medida de dicha capacidad sólo resulta predicable del «sistema tributario» en su conjunto, de manera que puede afirmarse, trasladando *mutatis mutandis* nuestra doctrina acerca de cuándo un Decreto-Ley afecta al deber de contribuir, que sólo cabe exigir que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad en la realización del hecho imponible en aquellos tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el art. 31.1 CE. Este es, como hemos tenido ocasión de afirmar varias veces, el caso del impuesto sobre la renta de las personas físicas, que «por su carácter general y personal, y figura central de la imposición directa, constituye una de las piezas básicas de nuestro sistema tributario. Se trata, indudablemente —hemos señalado—, de un tributo en el que el principio de capacidad económica y su correlato, el de igualdad y progresividad tributarias, encuentran una más cabal proyección, de manera que es, tal vez, el instrumento más idóneo para alcanzar

[31] Formulado en su día en la obra de Giardina, E., *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Giuffrè, Milán, 1961.

> los objetivos de redistribución de la renta (art. 131.1 CE) y de solidaridad (art. 138.1 CE) que la Constitución española propugna (…) y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)»".

Con el debido respeto que nos merecen siempre sus pronunciamientos, ya mostramos hace años nuestras serias dudas de que el supremo intérprete de nuestra Norma Fundamental tomase aquí una dirección correcta. Es verdad que no todos los tributos tienen la misma trascendencia que el IRPF, auténtica clave de bóveda de nuestro sistema fiscal[32]. Desde esta perspectiva, no le falta razón cuando insiste en que no puede colocarse al mismo nivel la impropiamente denominada tasa (*rectius* impuesto) del juego[33].

Ahora bien, cosa muy distinta es reducir la virtualidad del principio de capacidad económica en un grado tan extremo como el que asoma en el párrafo arriba trascrito. Esta es la preocupante consecuencia que se desprende de defender que el mandato de que la carga tributaria sea graduada en la medida de la riqueza resulte aplicable únicamente al sistema tributario en su conjunto, en lugar de a todas y cada una de las piezas que lo integran o al menos a los impuestos como tributos más relevantes, salvo que se trate de tributos esenciales para la concreción del deber de contribuir a levantar las cargas públicas[34]. A nuestro modo de ver, esta tesis desdibuja la función, antes reseñada, de servir de medida, razón o proporción de cada contribución. Por tal motivo, no nos sorprende que la autorizada voz del Prof. Rodríguez Bereijo calificase el Auto

[32] El papel central de este impuesto para conseguir que nuestro sistema tributario cumpla los principios de justicia tributaria que impone el artículo 31.1 de la CE ha sido resaltado en las SSTC 134/1996, de 22 de julio, 182/1997, de 28 de octubre, 46/2000, de 17 de febrero, 137/2003, de 3 de julio, 108/2004, de 30 de junio, y 189/2005, de 7 de julio, entre otras.

[33] Sobre ella se afirma que es un «tributo que, ni tiene carácter general (esto es, no grava la renta global de las personas físicas o jurídicas, sino una específica manifestación de capacidad económica: por lo que aquí interesa, los rendimientos que se obtienen con la explotación de las máquinas recreativas tipo «B»), ni, por sus características, puede afirmarse que constituya uno de los pilares básicos o estructurales de nuestro sistema tributario, ni, en fin, por su estructura y su hecho imponible puede considerarse como instrumento idóneo para alcanzar los objetivos constitucionales a que hemos aludido».

[34] Hasta donde conocemos, en el ámbito doctrinal solo defendieron esta tesis Aguallo Avilés, A., y Bueno Maluenda, E., «Observaciones sobre el alcance de los principios constitucionales del art. 31.1 CE», en AA. VV., *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 81.

71/2008 como una *vuelta de tuerca* en la interpretación de este principio de justicia material de los tributos[35].

Por otro lado, con los criterios que ha ido manejando el TC al evaluar la admisibilidad de la utilización del decreto-ley en materia tributaria (invocados de modo expreso en el Auto) solo en tributos como el IRPF (STC 182/1997, de 28 de octubre, y STC 73/2017, de 8 de junio), el IS (STC 78/2020, de 1 de julio) y, si acaso, el IVA estaría obligado el legislador a procurar que la carga tributaria varíe según la intensidad con que se haya realizado el hecho imponible[36]. En cambio, quedarían fuera de esta pauta tan elemental figuras como los Impuestos Especiales sobre Determinados Medios de Transporte (STC 137/2003, de 3 de julio) y sobre el Alcohol y las Bebidas Derivadas (STC 108/2004, de 30 de junio), el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (STC 189/2005, de 7 de julio), el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (STC 7/2010, de 27 de abril) u otros menores como las tasas judiciales (STC 35/2017, de 1 de marzo). Reiteramos, dicho sea con el máximo respeto, nuestro desacuerdo con esta solución, que merma de forma ostensible las garantías de los contribuyentes[37].

Un claro indicio de que la tesis acuñada en el Auto que analizamos no resulta convincente la hallamos en el voto particular formulado por tres magistrados[38], en el que con un discurso bastante mejor hilvanado expre-

[35] Rodríguez Bereijo, A., «Una vuelta de tuerca al principio de capacidad económica: comentario al ATC 71/2008, de 26 de febrero», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 142, 2009. En juicio que compartimos plenamente, estamos ante «una reducción difícilmente admisible del ámbito declarado de una norma constitucional, en este caso el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE), al que se vacía de contenido.

[36] Gorospe Oviedo, J. I. y Herrera Molina, P. M., «La virtualidad del principio de capacidad…», *op. cit.*, p. 47, apuntan que la línea jurisprudencial «complaciente con el Decreto Ley en materia tributaria (puede regular todos aquellos aspectos del sistema tributario que no sean *importantes* para la generalidad de los contribuyentes) devalúa el sentido del principio de capacidad económica».

[37] Desde esta perspectiva hay que preguntarse, como hace Rodríguez Bereijo, A.: «Una vuelta de tuerca al principio…», *op. cit.*, pp. 394-395, «de qué sirve a la garantía del contribuyente frente al poder fiscal que un tributo (un impuesto) haya de acomodarse a la capacidad económica (hechos imponibles que sean expresivos o manifestación de riqueza, real o potencial, susceptible de imposición) si luego, al medir la carga tributaria que ha de soportar el contribuyente, el legislador puede apartarse libremente de ella como criterio de medida *de la contribución*, sin que existan razones de *practicabilidad*, técnicas o fácticas, que puedan justificarlo y sin otro límite que una vaga remisión al sistema tributario en su conjunto».

[38] Voto particular disidente emitido por los magistrados R. Rodríguez Arribas y M. Aragón Reyes, al que se adhiere el magistrado E. Gay Montalvo.

san su desacuerdo con la argumentación seguida respecto del principio de capacidad económica. Por un lado, dudan de que la afirmación de que dicho principio solo es predicable del sistema tributario en su conjunto pueda fundamentarse sólidamente en la jurisprudencia del TC[39]. Por otro lado, sostienen que del papel que se le ha asignado como criterio inspirador del sistema tributario en algunos pronunciamientos nunca se ha colegido que "la obligación del legislador de cuantificar el gravamen en función de la riqueza del contribuyente se limite exclusivamente a los tributos con mayor peso específico en el conjunto del sistema". Por el contrario, los magistrados que suscriben este interesante voto particular no encuentran en el acervo doctrinal del Tribunal suficiente respaldo para defender que "la exigencia de que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad en la realización del hecho imponible solo resulte aplicable en los tributos que tienen, desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, un mayor protagonismo en el conjunto de nuestro sistema tributario". De acuerdo con una visión más estricta que suscribimos, estiman que el principio de capacidad económica "reclama que la ley establezca el gravamen en función de la riqueza siempre que la naturaleza, estructura y hecho imponible del tributo —en definitiva, la manifestación de riqueza que se pretende gravar— lo permitan y no exista ninguna circunstancia que lo impida u obstaculice gravemente"[40].

[39] Para Rodríguez Bereijo, A., «Una vuelta de tuerca al principio…», *op. cit.*, pp. 387-388 y p. 390, el nuevo giro doctrinal se apoya «en la cita mecánica o fuera de contexto de fragmentos aislados u *obiter dicta*, de algunas Sentencias», aun cuando «no existe párrafo o pasaje alguno (ni siquiera sea *obiter dictum*) que remotamente pueda servir de apoyo para «inferir» [por deducción lógico, como en un silogismo] el nuevo y limitado contenido y alcance que al principio de capacidad económica se asigna en el ATC 71/2008». En su opinión, este «hace una traslación forzada («mutatis mutandis», se dice) de fragmentos de la jurisprudencia constitucional para acaso mostrar una supuesta continuidad (…) respecto de una doctrina que es novedosa por su radicalidad y por sus efectos o consecuencias».

[40] Como demuestran los magistrados discrepantes, no es este el caso del gravamen sobre las máquinas recreativas, dado que todas las máquinas recreativas deben incorporar contadores de monedas precintados que ofrecen, entre otros, datos sobre el número de monedas jugadas, de monedas retornadas y la recaudación bruta obtenida por cada máquina. También compartimos su afirmación de que la exigencia constitucional de que el gravamen se calcule en atención a la magnitud de la capacidad económica definida en el hecho imponible «no resulta incompatible con la existencia de supuestos en los que, para facilitar la labor de la Administración tributaria, la norma permita opcionalmente —y el sujeto pasivo acepte— acogerse a un sistema de estimación objetiva (como sucede en el caso del impuesto sobre la renta de las personas físicas o en el del IVA)».

2.3. La vuelta a la ortodoxia de la capacidad económica como criterio que afecta a cada impuesto, no solo al sistema tributario en su conjunto

El motivo por el que hemos prestado singular atención al Auto 71/2008 es, justamente, que en la STC 182/2021 el Tribunal declara de manera explícita y sin rodeos que los postulados que en él se esbozan acerca del principio de capacidad económica como criterio de la tributación y que, a su vez, fueron trasladados por la STC 26/2017 al campo del IIVTNU, han de ser revisados en profundidad por tres razones fundamentales.

En primer lugar, se reconoce que se basa en un pronunciamiento aislado, el Auto 71/2008[41]. Como hemos comprobado, en él se transmutó de manera sorprendente en doctrina constitucional sobre el principio de capacidad económica como medida de la carga tributaria del contribuyente una tesis que había sido concebida en su origen por la STC 182/1997, de 28 de octubre, para marcar los límites a la utilización del decreto-ley en materia tributaria mediante la puesta en conexión del artículos 86.1 de la CE (que, recordemos, prohíbe que esta potestad normativa extraordinaria del Gobierno afecte a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I) con el deber de contribuir el artículo 31.1. En una decisión que consideramos muy atinada el TC da ahora inequívocamente marcha atrás:

> "Esta equiparación de cánones constitucionales debe ser reconsiderada puesto que una cosa es (i) que «cualquier intervención o innovación normativa (mediante decreto-ley) que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario» vulnere el art. 86.1 CE y (ii) que este tribunal haya interpretado que se produce efectivamente esa afectación inconstitucional del deber de contribuir en los decretos-leyes que regulen los impuestos que constituyen los pilares estructurales del sistema tributario; y otra cosa muy distinta es que el art. 31.1 CE imponga al legislador la modulación de la carga fiscal de cada

[41] Esta afirmación no es del todo exacta. Los antes citados Autos 120/2008 y 342/2008 reiteran esa idea, que ahora por fortuna queda defenestrada, de que la exigencia de que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad en la realización del hecho imponible solo es predicable en aquellos tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir.

> contribuyente en función de la intensidad en la realización del hecho imponible únicamente en aquellos impuestos. Como bien refleja la doctrina de este tribunal, la adecuación de los tributos a la capacidad económica del contribuyente será una cuestión de grado en función de la categoría y caracteres de cada tributo (naturaleza, estructura y hecho imponible del mismo), y podrá ceder ante la existencia de una justificación objetiva y razonable y no arbitraria para su no materialización".

En segundo lugar, se subraya que la exigencia constitucional de que cada cual contribuya al sostenimiento de los gastos públicos "de acuerdo con su capacidad económica", no es un mero criterio inspirador u ordenador del sistema fiscal, "sino que opera singularmente también, a diferencia de otros principios (como, por ejemplo, el de progresividad), en la configuración de cada tributo". Y lo que es más importante: el mandato que este principio dirige a los poderes públicos engloba dos vertientes complementarias:

- Como *fundamento de la tributación*, por cuanto solo deben contribuir aquellos contribuyentes cuya situación ponga de relieve que tienen capacidad económica para ello.
- Como *medida de la tributación*, dado que la proporción de la contribución que cada individuo deba realizar al sostenimiento de los gastos públicos se ha de determinar "en atención a su capacidad económica", o sea, "en función de la intensidad con que aquella capacidad económica se ponga de manifiesto".

El tercer motivo que conduce a dar este giro jurisprudencial guarda relación con la propia noción de impuesto, contenida en el artículo 2.2.c) de la LGT. A diferencia de otras categorías tributarias como las tasas, donde el reparto de la carga tributaria se efectúa atendiendo principalmente al principio de equivalencia (en coherencia con la relación sinalagmática contemplada en su hecho imponible), en los impuestos la distribución ha de atender siempre a la capacidad económica ínsita en el hecho imponible. Y ello ha de ser así no solo si se trata de figuras impositivas con cierto protagonismo en el sistema fiscal, como el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentos (ITPAJD) o el Impuesto sobre Sucesiones

y Donaciones (ISD)[42], sino igualmente de otras con menor peso[43]. El TC aprovecha estas precisiones para recordarnos el clásico aserto de la "debida conexión de los elementos de cuantificación de la deuda tributaria (en los tributos variables, base imponible y tipo de gravamen) respecto del hecho imponible y su función retrospectiva", concluyendo finalmente lo siguiente:

> "De ahí que, sobre todo en los impuestos, rija la capacidad económica no solo en la elección de los hechos imponibles, sino también en la de los métodos impositivos o medidas técnicas que, partiendo de la realización de esa manifestación de capacidad económica tipificada, conduzcan a la determinación de la cuantía del tributo".

Esta exposición de los motivos que propician un cambio sustancial de la doctrina del TC se completa con una serie de precisiones respecto de la exigencia de que la carga tributaria que haya de soportar el contribuyente dependa de su capacidad económica. Como punto de partida se deja claro que el principio de capacidad económica como parámetro de la imposición no rige con la misma intensidad en todas las instituciones tributarias. En concreto, tiene una mayor proyección en las obligaciones tributarias principales, nacidas de la realización de hecho imponible (artículo 19 de la LGT) que en las obligaciones tributarias accesorias de abono de intereses o recargos (artículo 25.1 de la LGT). Por añadidura, esto debe entenderse sin que quepa extraer de él "por simple deducción lógica, consecuencias positivas, precisas y concretas, sobre la particular regulación de cada figura tributaria (STC 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 5)".

En otro orden de cosas, se advierte que el legislador goza de un amplio margen de libertad en la configuración de los tributos. De ahí que el control de constitucionalidad no se refiera a si las soluciones adoptadas en cada

[42] El fundamento jurídico 4.B.c.) cita aquí la STC 194/2000, de 19 de julio, que declaró inconstitucional una norma (la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos) que tenía repercusiones principalmente sobre ambos impuestos.

[43] En el mismo fundamento jurídico 4.B.c) se pone como ejemplo la mal denominada «tasa» por emisión de informes de auditoría de cuentas, examinada en los AATC 381 a 383/2005, de 25 de octubre, y 117 y 118/2006, de 28 de marzo. Esta figura, introducida por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, se encuentra regulada en la actualidad en la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (artículo 87). De los problemas de su régimen jurídico, incluida su improcedente calificación como tasa, nos ocupamos en nuestra obra Lasarte Álvarez, J., y Ramos Prieto, J., *La Tasa de Auditoría,* Comares, Granada, 2004.

caso por la ley tributaria son las más correctas técnicamente, sino a verificar si se han vulnerado o no los límites al poder tributario que se derivan de los principios contenidos en el art. 31.1 de nuestra Norma Fundamental.

Finalmente, para dilucidar si la exigencia de correspondencia entre carga fiscal y capacidad contributiva puede ceder cuando el legislador considere necesario dar preeminencia a otros valores o principios dentro de los límites constitucionales, el TC trae a colación la distinción entre los tributos con fin primordialmente fiscal o recaudatorio y tributos que tienen asignada una finalidad predominantemente extrafiscal, fundada en la consecución de metas u objetivos de política social y económica cubiertos por el texto constitucional. Con respecto a los primeros, nos brinda un minucioso y esclarecedor repaso de su acervo doctrinal previo para aclararnos varios extremos:

- Aunque implique cierta ruptura de la equivalencia entre riqueza-carga fiscal, es admisible el establecimiento de exenciones y bonificaciones si están justificadas en fines de interés general (motivos económicos o sociales, atención a un mínimo de subsistencia, razones de técnica tributaria, etc.).
- La capacidad económica como medida de la carga tributaria "puede ceder ante la necesidad de evitar actuaciones abusivas por parte de los sujetos pasivos en detrimento de la solidaridad de todos en el sostenimiento de los gastos públicos", a condición de que este tipo de medidas antifraude no sean desproporcionadas.
- Es legítimo que el legislador renuncie a una cuantificación exacta de los gastos producidos, estableciendo una deducción global o a tanto alzado, para evitar la complejidad en el procedimiento tributario y por la dificultad de comprobar la existencia y cuantía de ciertos gastos, con excesivos costes de gestión.

En el campo de los tributos con finalidad primordialmente extrafiscal la jurisprudencia del TC ha admitido con bastante mayor amplitud la que denomina *quiebra justificada de la capacidad económica como criterio de cuantificación*. La razón, como se ha puesto de manifiesto en el largo listado de pronunciamientos recaídos en las últimas dos décadas, en especial al hilo

del análisis de los impuestos propios de esta naturaleza establecidos por las Comunidades Autónomas, es que:

> "(…) siendo su hecho imponible un signo de riqueza (generalmente potencial), el principio de capacidad económica como criterio de imposición cede ante la «insoslayable vinculación de la tributación soportada a la consecución de la finalidad pretendida» (por todas, STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 6), puesto que a su través se pretende un efecto disuasorio o estimulante de la realización de conductas obstaculizadoras o protectoras (respectivamente) de la finalidad de política social o económica (extrafiscal) perseguida".

3. Traslación del cambio de doctrina al método estimativo u objetivo y obligatorio de determinación de la base imponible de la plusvalía municipal

La construcción teórica anterior, que se califica en la propia sentencia como una *revitalización del principio de capacidad económica como medida de cuantificación en los impuestos*, resulta plenamente extrapolable al IIVTNU, en calidad de impuesto municipal que el TC niega con rotundidad que pueda ser catalogado como un tributo extrafiscal. El fundamento jurídico 5 de la STC 182/2021 está dedicado a argumentar esta extrapolación.

3.1. Un único método de determinación de la totalidad de la base imponible de carácter objetivo y de imperativa aplicación

Así caracteriza el TC al método de determinación de la base imponible, regulado en el artículo 107 del TRLRHL que se ha declarado inconstitucional.

El carácter objetivo u objetivado trae causa de que para calcular el importe del incremento patrimonial sujeto se atiende a dos parámetros objetivos: el valor catastral del terreno a la fecha del devengo y el porcentaje anual de incremento según el número de años transcurrido desde su adquisición. Como resultado, la medición del incremento de valor no atiende a las alteraciones

efectivas de valor producidas por el paso del tiempo en el suelo urbano transmitido, cuantificando su evolución temporal por comparación entre los valores de transmisión y adquisición, sino dando por supuesto que ese incremento es un porcentaje del valor catastral del terreno urbano en el momento de la transmisión. La consecuencia que ello trae aparejada es fácil de intuir:

> "Por tanto, el propio establecimiento de una estimación objetiva supone dejar al margen la capacidad económica real demostrada por el contribuyente, ya que, como ha argumentado la doctrina científica desde antiguo, la evaluación directa y la estimación presuntiva o indiciaria no son métodos alternativos de determinación de una misma base imponible, sino de determinación de bases alternativas. Y ello porque no solo ambos métodos se diferencian desde el punto de vista cuantitativo, ya que para ser alternativos sería necesario que por ambos se llegara al mismo resultado; sino también desde el punto de vista cualitativo, porque la evaluación directa mide la capacidad económica real del contribuyente y la estimación presuntiva mide otra cosa, cuyo concepto solo puede inferirse de las normas reguladoras de tal estimación".

En cuanto a la obligatoriedad de esta norma objetiva de cuantificación, al no contemplar el precepto enjuiciado una posible estimación directa de la base imponible se constituye "una verdadera regla imperativa de valoración del «incremento de valor» gravado". En la medida que exista una plusvalía efectiva, solo se toma en consideración el valor catastral del terreno al producirse el devengo del impuesto, sin que quepa la opción de acudir a otras magnitudes como, por ejemplo, el valor catastral en el momento de la adquisición o los valores comparativos de compra y venta. Se plantea así un problema de índole probatoria:

> "(…) el art. 107 TRLHL no permite la prueba de incrementos efectivos distintos (generalmente inferiores) al legalmente calculado y, por ende, la tributación en consecuencia. Y ello porque la presunción de que el suelo urbano se revaloriza anualmente (y aumenta en función de los años de tenencia) es únicamente la *ratio legis* de la regla de valoración ahora enjuiciada y no la regla de valoración en sí; presunción vulgar (que no jurídica) que venía respaldada por la realidad económica del tiempo en que se promulgó este sistema objetivo de medición (art. 108 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales)".

Aunque el párrafo transcrito no cita expresamente la LGT, resulta patente que el artículo 107 del TRLRHL ignoraba el carácter voluntario que el artículo 52 de dicho texto legal otorga a la estimación objetiva como método de determinación de bases imponibles[44].

3.2. El principio de capacidad económica es plenamente aplicable a un tributo con finalidad fiscal como el IIVTNU

La plusvalía municipal es un impuesto de carácter real y objetivo, que tiene un hecho imponible específico y no general (ya que no grava la renta global del sujeto pasivo) y que, por último, no constituye una figura central de la imposición directa. Tras advertirnos de esas características, el TC concluye que "le es plenamente aplicable el principio de capacidad económica como fundamento, límite y parámetro de la imposición", extrayendo de esta aseveración dos ulteriores consecuencias:

- Solo pueden someterse a tributación quienes experimenten un incremento de valor del suelo urbano objeto de transmisión, como resolvió la STC 59/2017, FJ 3, al requerir la existencia de un incremento real, y no potencial o presunto, para la realización del hecho imponible.
- El gravamen ha de articularse en principio en función de la cuantía real del incremento obtenido, "conectándose así debidamente el hecho imponible y la base imponible, dado que esta última no es más que la cuantificación del aspecto material del elemento objetivo del primero".

Es en este punto donde el TC reconoce que ha de matizar lo que dijo en la STC 59/2017 respecto de la plena validez de la opción legal de acudir "a un sistema de cuantificación objetiva de capacidades económicas potenciales, en lugar de hacerlo en función de la efectiva capacidad económica puesta de manifiesto". Ahora se invierte el planteamiento para dejar claro que es precisa una puntualización básica:

[44] «El método de estimación objetiva podrá utilizarse para la determinación de la base imponible mediante la aplicación de las magnitudes, índices, módulos o datos previstos en la normativa propia de cada tributo». Sobre la voluntariedad de este método véase el exhaustivo trabajo de Muleiro Parada, L., *La determinación objetiva: IRPF e IVA*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 71 y ss.

> "(…) porque la renuncia a gravar según la capacidad económica (real) manifestada en el hecho imponible estableciendo bases objetivas o estimativas no puede ser arbitraria, sino que exige justificación objetiva y razonable; justificación que debe ser más sólida cuanto más se aleje de la realidad el método objetivo elegido normativamente. En suma, la falta de conexión entre el hecho imponible y la base imponible no sería inconstitucional *per se*, salvo que carezca de justificación objetiva y razonable".

3.3. Las razones de simplicidad de aplicación o de practicabilidad administrativa no son hoy en día una justificación objetiva y razonable del método estimativo del incremento de valor gravado

Para enlazar con esa última afirmación, el fundamento jurídico 5 se cierra con una infructuosa indagación de posibles justificaciones razonables de la desconexión entre hecho imponible y base imponible que el TC ha apreciado en el IIVTNU, como única vía para salvar su constitucionalidad. Sin embargo, no encuentra ningún argumento al que aferrarse.

El primero que se descarta es que sea un tributo extrafiscal, pues se estima que el anclaje tradicional asignado al IIVTNU en el artículo 47 de la CE confirma precisamente su finalidad fiscal o recaudatoria, de manera análoga a lo que sucede con las contribuciones especiales por exigibles por el aumento del valor de los inmuebles debido a la realización de obras públicas y a la creación o ampliación de servicios públicos.

Tampoco cabe considerar que estemos ante una norma antifraude, que pretenda combatir conductas elusivas concretas del deber constitucional de contribuir.

Por último, se deja claro que las normas de estimación objetiva de la base imponible no responden a una hipotética imposibilidad técnica del legislador de establecer otra forma de cálculo de las plusvalías del suelo urbano. Los antecedentes históricos del impuesto, el Informe de la Comisión de Expertos de 2017 (ya citado), así como el aluvión de estudios académicos publicados en los últimos años, especialmente a raíz de las sentencias de 2017, nos ofrecen diversas alternativas.

Desestimadas las tres justificaciones anteriores, el TC concluye que la fijación de parámetros objetivos, con la consiguiente renuncia a la valoración real de la ganancia patrimonial proporcionada por el terreno, respondió en su día únicamente al objetivo de facilitar a las dos partes de la relación jurídico-tributaria "un instrumento simplificado de cálculo que facilite la aplicación del impuesto". Como puso de relieve la propia exposición de motivos de la LRHL de 1988, la tarea de determinar y comprobar la realidad y exactitud del incremento de valor del terreno urbano objeto de transmisión está rodeada de complejidad e incertidumbre y lleva aparejados excesivos costes de gestión y de litigiosidad. No obstante, para que estas razones hubieran otorgado legitimidad al método estimativo de la base imponible del IIVTNU se tendrían que haber dado alguna de estas dos hipótesis:

1.ª) No erigirse en método único de determinación de la base imponible, permitiéndose legalmente las estimaciones directas del incremento de valor.

2.ª) O bien "gravar incrementos medios o presuntos (potenciales); esto es, aquellos que previsiblemente o «presumiblemente se produce[n] con el paso del tiempo en todo terreno de naturaleza urbana»".

No compartimos esa licencia para someter a tributación rentas presuntas, que ya hemos cuestionado en otros tributos como el IRPF (respecto de la imputación de rentas inmobiliarias)[45] o el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) y que, por añadidura, nos parece contradictoria con la propia idea la capacidad económica del contribuyente como criterio de imposición. De cualquier modo, el TC admite que esta segunda posibilidad fue factible antes de la caída del mercado inmobiliario, pero con la crisis económica lo que era un efecto aislado (la inexistencia de incrementos o la generación de decrementos) se convirtió en un efecto generalizado. Es más, también han dejado de ser excepcionales o patológicos aquellos supuestos en los que el efectivo incremento de valor es de importe inferior o, incluso, notablemente inferior, al incremento calculado con ese sistema objetivo.

[45] Ramos Prieto, J., *La imputación de rentas inmobiliarias en la imposición sobre la renta de las personas físicas*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2008.

Adicionalmente, la anhelada simplificación que buscó el legislador en 1988 al implementar ese régimen de determinación de la base imponible se esfumó con las sentencias dictadas por el TC y el TS desde 2017, al abrirse la puerta para que en su gestión se tome en consideración el incremento de valor efectivamente generado por los terrenos, como hemos constatado en el relato de los antecedentes. En este escenario "carece ya de sentido exigir obligatoriamente el gravamen en función de la cuantía de un incremento objetivo basando su legitimidad constitucional en razones de practicabilidad ante una pretendida dificultad para determinar la existencia y cuantía del incremento del suelo urbano transmitido, cuando esa dificultad forma parte hoy de la mecánica de la aplicación de este impuesto".

En conclusión, la realidad económica ha diluido la razonable aproximación o conexión que debe existir entre el incremento de valor efectivo y el objetivo o estimativo para que razones de técnica tributaria justifiquen el sacrificio del principio de capacidad económica como medida o parámetro del reparto de la carga tributaria en este impuesto. La base imponible objetiva o estimativa deja de cuantificar incrementos de valor presuntos, medios o potenciales, por lo que su sistema de determinación "por ser ajeno a la realidad del mercado inmobiliario y de la crisis económica y, por tanto, estar al margen de la capacidad económica gravada por el impuesto y demostrada por el contribuyente, vulnera el principio de capacidad económica como criterio de imposición".

4. Una decisión adoptada por mayoría

Para concluir este examen crítico debemos resaltar que la Sentencia 182/2021 no ha suscitado la misma unanimidad que los anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional en 2017 y 2019, pues cuenta con un voto concurrente del presidente (D. Juan José González Rivas) y un voto particular de dos magistrados (D. Cándido Conde Pumpido Tourón, con la adhesión de D.ª María Luisa Balaguer Callejón).

En cuanto al voto concurrente formulado por el presidente, a pesar de que votó a favor del fallo, discrepa de una parte de su fundamentación jurídica y considera que debieron explicarse con mayor detalle las razones para llevar

a cambio un cambio de orientación tendente a no aplicar el criterio unánime precedente (*overruling*). Estima que la sentencia obedece a un planteamiento puramente abstracto, más propio de los recursos de inconstitucionalidad, perdiendo de vista las circunstancias del asunto concreto del que dimana el enjuiciamiento. En cuanto a la irracionabilidad del método de determinación de la base imponible del IIVTNU, comparte con la mayoría la tesis central de la sentencia (virtualidad del principio de capacidad económica respecto de todos los tributos), pero discrepa de que la causa del argumento de que la crisis económica sea la causa de la inconstitucionalidad.

En el voto particular se exponen una serie de razones por las que se considera que no era el caso ni el momento propicio para que el TC se separase de su doctrina anterior, optando por una visión contraria a la validez de la opción legislativa de tributación mediante un sistema de estimación objetiva, pues no ha sobrevenido una nueva realidad social o jurídica que justificase la oportunidad del cambio, dado el escaso tiempo transcurrido. Con este razonamiento de fondo, se detallan diversas motivos para discrepar de la opinión mayoritaria como, entre otros, la ausencia de un análisis detenido de por qué el método fijación de la base imponible no es acorde, en la generalidad de los casos, con el principio de capacidad contributiva, la necesidad de matizar algunos aspectos de la nueva doctrina sobre la estimación objetiva, la apelación a la coyuntura del mercado inmobiliario como elemento determinante de la inconstitucionalidad o la vinculación del IIVTNU con las acciones urbanísticas.

Sin entrar en los detalles, es sin duda un dato llamativo que siete de los magistrados que votaron a favor de la STC 59/2017 se hayan posicionado, poco más de 4 años después, a favor de un cambio de criterio.

IV. REPERCUSIONES DE LA STC 182/2021 A CORTO, MEDIO Y LARGO PLAZO

Al objeto de procurar una exposición más ordenada y sistemática, los efectos de esta Sentencia pueden analizarse desde una triple perspectiva temporal[46].

[46] Ya han aparecido algunos comentarios críticos de interés sobre la STC y sus consecuencias prácticas y sobre el Real Decreto-ley 26/2021. En particular, pueden consultarse los siguientes:

1. A corto plazo: alcance y efectos de la declaración de inconstitucionalidad

Este ha sido el gran foco de discusión desde el momento que se conoció el fallo de la sentencia el pasado 26 de octubre de 2021. En la breve nota informativa divulgada por el propio Tribunal Constitucional ya se insistía en "la intangibilidad de las situaciones firmes existentes antes de la fecha de la aprobación de la sentencia"[47], dando a entender que los contribuyentes no iban a poder reclamar la devolución de las deudas satisfechas con anterioridad que hubieran adquirido firmeza antes del pronunciamiento, a pesar de traer causa de la aplicación de unas reglas de cuantificación de la base imponible que ahora han sido declaradas inconstitucionales. Se avisaba así sin rodeos de lo que se confirmó pocos días después, cuando el 3 de noviembre se publicó una nueva nota de prensa dando a conocer en la web del Tribunal

Rubio De Urquía, J. I., «El Tribunal Constitucional apuntilla la plusvalía municipal y el Gobierno la resucita», *Tributos Locales*, n.º 153, 2021; Chico de la Cámara, P., «Algunos comentarios de urgencia a la remozada «plusvalía municipal»: crónica de una modificación «anunciada» (*ius condendum*)», *Tributos Locales*, n.º 153, 2021, pp. 347-366; Esclapez Escudero, M., «Guía para reclama el impuesto», *Expansión*, 30 de octubre de 2021; Esclapez Escudero, M., Martín-Barnuevo Fabo, D., «Análisis de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la plusvalía municipal: efectos y valoración de las distintas actuaciones posibles», *Revista interactiva de actualidad-RIA (Asociación Española de Asesores Fiscales*), n.º 40, 8 de noviembre de 2021; García Frías, M. A., «Le roi est mort, vive le roi? Reflexiones sobre la defunción y resurgimiento del IIVTNU», Blog Taxlandia, 5 de noviembre de 2021, disponible en https://www.politicafiscal.es/equipo/maria-angeles-garcia-frias/reflexiones-sobre-la-defuncion-y-resurgimiento-del-iivtnu (consultado el 13 de diciembre de 2021); Huelin Martínez de Velasco, J., «¿Estado de derecho?», Blog Taxlandia, 23 de noviembre de 2021, disponible en https://www.politicafiscal.es/equipo/joaquin-huelin-martinez-de-velasco/estado-de-derecho?utm_source=newsletter_184&utm_medium=email&utm_campaign=taxlandia-estado-de-derecho-las-compensaciones-economicas-por-razon-del-trabajo-en-cataluna-quien-controla-al-constitucional (consultado el 13 de diciembre de 2021); Marín-Barnuevo Fabo, D., «Nueva declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU (plusvalía municipal)», Blog Instituto de Derecho Local UAM, 4 de noviembre de 2021, disponible en https://www.idluam.org/blog/nueva-declaracion-de-inconstitucionalidad-del-iivtnu-plusvalia-municipal/ (consultado el 13 de diciembre de 2021); Orón Moratal, G., «La modulación de efectos de las sentencias del TC que declaran la inconstitucionalidad de un tributo: Comentarios de urgencia a la luz de la sentencia de 26 de octubre de 2021 sobre el impuesto de plusvalías», Blog Instituto de Derecho Local UAM, 5 de noviembre de 2021, disponible en https://www.idluam.org/blog/la-modulacion-de-efectos-de-las-sentencias-del-tc-que-declaran-la-inconstitucionalidad-de-un-tributo-comentarios-de-urgencia-a-la-luz-de-la-sentencia-de-26-de-octubre-de-2021-sobre-el-impuesto-de-pl/ (consultado el 13 de diciembre de 2021); y Utande San Juan, J. M., «El TC anula definitivamente el sistema de cuantificación del IIVTNU y el Gobierno reacciona (Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre)», *Boletín Informativo Fiscal*, n.º 261, 2021, pp. 13-16.

[47] Nota informativa n.º 99/2021.

el texto de la sentencia, que como ya indicamos no apareció en el BOE hasta el 25 de noviembre[48].

Al examinar el fundamento jurídico 6, dedicado justamente a delimitar el alcance y efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos enjuiciados del TRLRHL, conviene deslindar dos aspectos.

1.1. Alcance y eficacia de la inconstitucionalidad

Con respecto a este primer punto, la letra a) del citado fundamento jurídico dispone que la declaración de inconstitucionalidad supone la inevitable expulsión de esas normas del ordenamiento jurídico, "dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por ende, su exigibilidad".

Constatada la inevitable generación de una laguna normativa, que hubiera impedido la exacción del tributo en tanto la misma no fuese colmada, se efectúa un nuevo llamamiento al legislador para que "en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, lleve a cabo las modificaciones o adaptaciones en la normativa pertinentes en el régimen legal del impuesto para adecuarlo a las exigencias del art. 31.1 CE puesta de manifiesto en todos los pronunciamientos constitucionales sobre los preceptos legales ahora anulados". Nada que objetar a estas afirmaciones, salvo tal vez añadir que la STC 182/2021 nunca tendría que haberse pronunciado si la inacción del legislador no se hubiera prolongado, como deliberadamente recuerda el Tribunal, durante más de cuatro años desde la publicación de la STC 59/2017, donde ya le emplazó a abordar la ineludible reforma del tributo.

Sin embargo, el hecho de que la STC 182/2021 no se publicase en el BOE hasta casi un mes después de ser dictada por el Pleno ha provocado que, en la práctica, el preocupante vacío normativo que en ella se anunciaba no haya llegado a producirse en sentido estricto. En virtud del artículo

[48] Nota informativa n.º 102/2021. Resulta llamativo que en esta nota no se refleje con exactitud el contenido del fundamento jurídico 6 de la STC 182/2021, pues solo alude a la primera de las tres situaciones consolidadas que exponemos a continuación.

38, apartado uno, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley Orgánica 2/1979), debe entenderse que la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad de diversos apartados del artículo 107 del TRLRHL no se produjo hasta el 25 de noviembre, fecha de publicación de la sentencia en el BOE. Pues bien, con anterioridad a tal publicación el Gobierno ya había aprovechado para reaccionar con urgencia, adelantándose a reparar la estructura del tributo antes de que se abriera la vía de agua mediante la aprobación del Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, que a continuación examinaremos. Esta disposición modificó el precepto controvertido para adaptarlo a una doctrina que ya era pública y notoria, aun cuando no hubiera sido oficialmente publicada, incorporando unas nuevas normas de cuantificación de la base imponible del tributo cuya entrada en vigor se produjo el día 10 de noviembre. Dicho con otras palabras, cuando adquiere eficacia la declaración de inconstitucionalidad el día 25 de noviembre, las normas contrarias al artículo 31.1 de la Constitución hacía ya dieciséis días que habían sido reemplazadas.

De cualquier modo, esa reacción normativa *in extremis* no ha impedido que durante un breve lapso de quince días (de 26 de octubre a 9 de noviembre) se haya generado una situación de notoria e indeseable incertidumbre para los Ayuntamientos y los contribuyentes, pues formalmente seguía en vigor una normativa que ya se conocía que iba a ser expulsada en breve de nuestro ordenamiento jurídico. En nuestra opinión, no es exagerado afirmar que se había generado una suerte de vacío o laguna normativa impropia. La exigencia del tributo durante esos días, bien mediante la práctica de liquidaciones administrativas o bien a través de la presentación de autoliquidaciones por parte de los obligados tributarios, hubiera carecido de sentido[49]. De ahí que las Administraciones tributarias locales optasen entonces por un prudente compás de espera hasta que se aclarase el panorama.

[49] Tienen razón Esclapez Escudero, M., Martín-Barnuevo Fabo, D., «Análisis de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la plusvalía municipal: efectos y valoración de las distintas actuaciones posibles», *Revista interactiva de actualidad-RIA (Asociación Española de Asesores Fiscales*), n.º 40, 8 de noviembre de 2021, cuando sostienen que interpretar que la Administración podría dictar nuevas liquidaciones, sin que el contribuyente pudiera impugnarlas, implicaría una concepción del tributo más típica de la época medieval que de un Estado de Derecho y, además, sería manifiestamente contrario al principio de buena administración.

1.2. La controvertida limitación de efectos en cuanto a las situaciones revisables

Bastante más controvertido resulta el planteamiento acogido por el Tribunal en la letra b) de este mismo fundamento jurídico 6, donde se cierra el paso a la posibilidad de cuestionar al amparo de la sentencia las obligaciones tributarias devengadas por el IIVTNU que a la fecha de dictarse la misma se encontrasen en una de las tres situaciones que se consideran consolidadas y, en consecuencia, no susceptibles de revisión:

1.ª) Obligaciones tributarias que hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme.

2.ª) Obligaciones tributarias resultantes de liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas.

3.ª) Obligaciones tributarias derivadas de autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada por el sujeto pasivo conforme al artículo 120.3 de la Ley 58/2003[50].

En suma, los efectos de la sentencia hacia el pasado quedan circunscritos a aquellas obligaciones tributarias respecto de las que, en el momento de dictarse aquella, existiera un proceso vivo en vía administrativa o ante la jurisdicción contencioso-administrativa. No es la primera oportunidad, ni tampoco será la última, en que el TC ha adoptado la controvertida decisión de limitar los efectos de sus sentencias con el fin de proteger los intereses de la Hacienda Pública, con una lectura bastante expansiva de la letra del artículo 40 de la Ley Orgánica[51]. El caso más conocido fue, sin duda,

[50] Con arreglo a este precepto, cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento regulado en los artículos 126 a 129 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

[51] Con respecto a las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley este precepto únicamente contempla como situaciones consolidadas, no susceptible de revisión, los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales.

STC 45/1989 de 20 de febrero, que declaró inconstitucional la obligación de los miembros de la unidad familiar de presentar declaración conjunta en el IRPF, excluyendo cualquier pretensión de devolución de las cantidades que hubieran podido pagarse en exceso.

No podemos descender aquí a un examen de la muy diversa casuística de situaciones que puedan darse en la práctica. Pero debemos llamar la atención sobre el hecho de que en los primeros comentarios que han aparecido sobre la STC 182/2021 hay una coincidencia casi generalizada en criticar severamente la tajante limitación marcada a la revisión de las deudas derivadas de liquidaciones o autoliquidaciones correspondientes a hechos imponibles no prescritos, que se juzga huérfana por completo de motivación (más allá de la protección del interés recaudatorio), desproporcionada en cuanto a sus consecuencias y, como resultado de lo anterior, lesiva para el principio de seguridad jurídica y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículos 9.3 y 24 de la CE)[52].

De cualquier forma, habrá que ver qué ocurre en los próximos meses, pues no creemos que todos los contribuyentes que no impugnaron en su día las liquidaciones o no solicitaron la rectificación de sus autoliquidaciones vayan a conformarse con este drástico cerrojazo. No es aventurado pensar

[52] Además de las críticas formuladas en los comentarios citados en la nota a pie n.º 46, recomendamos la lectura del posicionamiento manifestado el día 2 de diciembre de 2021 por el Consejo Institucional de la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF), bajo el título "El Tribunal Constitucional y el Estado de Derecho». En este breve documento se recoge, entre otras críticas, la siguiente: «De ahí la seria preocupación que suscita la STC 182/2021, que renuncia a explicar las razones que motivan la extraordinaria limitación de los efectos del fallo, que se extiende no solo a las resoluciones administrativas firmes (no contempladas en el artículo 40 de la LOTC), sino a las autoliquidaciones cuya rectificación no se hubiera instado a la fecha de dictarse la sentencia. Sin duda, el Tribunal ha debido tener presentes los efectos sobre las finanzas de los municipios españoles de la devolución de las cuotas autoliquidadas en los cuatro años anteriores a la publicación de la STC, pero no hubiera estado de más que ponderase también el legítimo interés de los contribuyentes que, confiando en que la aplicación de la LOTC determinaría la satisfacción de sus pretensiones, esperaron a impugnar sus autoliquidaciones dentro del plazo que tienen legalmente concedido, en ejercicio por cierto de su derecho constitucional a obtener la tutela judicial». Ello lleva a afirmar que el TC «en una decisión sin precedentes —porque la STC 45/1989, se compartan o no sus argumentos, justificó la limitación de efectos en ella contenida— ha decidido prescindir de la Constitución que le corresponde interpretar, pero de la que no debería prescindir. Sobre todo, porque es más que probable que algunos contribuyentes, sorprendidos e irritados por el fallo, recorran de manera paciente las vías jurisdiccionales oportunas, para obtener un fallo que proclame lo que debería ser obvio, la sujeción del Tribunal Constitucional, también en la determinación de los efectos de sus sentencias, a la CE y a la LOTC".

que el pétreo muro de contención que ha pretendido erigir el TC no podrá frenar la avalancha de reclamaciones de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador, a pesar de que los requisitos que impone en la actualidad el artículo 32.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, para poder obtener un resarcimiento son hoy en día bastante restrictivos, al exigirse tanto la previa impugnación del acto lesivo (en este caso la liquidación o autoliquidación) derivado de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, como la alegación en dicha impugnación de la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

2. A medio plazo: la adaptación urgente de la normativa del impuesto a través del Real Decreto-ley 26/2021

Con la pronta aprobación de esta disposición legislativa por parte del Gobierno se ha intentado poner fin, al menos por el momento, a la convulsa situación del impuesto municipal sobre la plusvalía. Sin duda, haber forzado una adaptación casi a la carrera de su regulación legal ha sido el efecto positivo más visible de la STC 182/2021, quebrando una pasividad que se había prolongado mucho más allá de lo razonable y tolerable.

2.1. Sobre la utilización de un decreto-ley para la adaptación del impuesto: no hay afectación al deber de contribuir, pero…

Aun cuando se han manifestado ya opiniones críticas sobre la circunstancia de que la modificación del IIVTNU para adecuarlo a nuestra Norma Fundamental se haya llevado a cabo mediante el cauce formal de un decreto-ley, con la doctrina reiterada del TC en la mano, de la que se da cumplida cuenta en la propia exposición de motivos del Decreto-ley 26/2021, parece poco probable que vayan a suscitarse dudas relevantes de constitucionalidad por vulneración del artículo 86 de la CE.

Aunque no han faltado voces críticas, la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad que exige ese precepto constitucional parece poco discutible en este caso, aunque no podemos negar

que nunca tendría que haberse llegado aquí de haber hecho el legislador su trabajo a tiempo. La exposición de motivos dedica, además, bastante atención a ilustrarnos con una motivación explícita y razonada de que apremiaba dar una respuesta rápida, sin la dilación en el tiempo que hubiera conllevado una tramitación por el cauce legislativo ordinario. El vacío normativo provocado por la STC 182/2021 había traído consigo dos problemas colaterales que urgía solventar. De una parte, los Ayuntamientos no podían proceder a la exacción del tributo, lo que suponía una merma en sus recursos financieros y un riesgo de incremento del déficit público y, por ende, inevitables efectos perjudiciales sobre los principios constitucionales de estabilidad presupuestaria y suficiencia financiera (artículos 135 y 142 de la CE). De otra parte, alargar en el tiempo la laguna legal podría haber provocado distorsiones en el mercado inmobiliario, al poner en bandeja a sus actores un incentivo para acelerar operaciones inmobiliarias con el propósito único o primordial de aprovechar la inexistencia transitoria de tributación.

Algo similar puede decirse en cuanto a la afectación sustancial al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del art. 31.1 de la CE, que desde la STC 182/1997, de 28 de octubre, se ha consolidado como el filtro determinante para saber si un decreto-ley se ha adentrado en un ámbito material que le está vedado. Si nos atenemos a la doctrina fijada por el TC a partir de aquel pronunciamiento y continuada de manera ininterrumpida durante más de 20 años, tampoco se vislumbrarían indicios de inconstitucionalidad. El impuesto municipal sobre las plusvalías derivadas de los terrenos urbanos ocupa una posición de segundo orden en nuestro sistema fiscal, sin que pueda considerarse un pilar estructural del mismo, tal y como ha recordado la propia STC 182/2021. En consecuencia, las medidas adoptadas por el Decreto-ley 26/2021 (básicamente, la adición de un nuevo supuesto de no sujeción y la puesta al día del método de determinación de la base imponible) no suponen, parafraseando al TC, una innovación normativa con entidad cualitativa o cuantitativa suficiente para alterar sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario, ni una variación relevante de la presión fiscal que haya afectado a la esencia de ese deber de contribuir. Así lo subraya de nuevo el preámbulo de la norma.

A pesar de cuanto acabamos de admitir, tal vez haya llegado el momento de abordar una reflexión más profunda y detenida sobre las consecuencias a que está llevando en la práctica esa jurisprudencia constitucional, impecable en su formulación dogmática pero que está dando pábulo a la inclusión de un sinfín de modificaciones del sistema tributario (no siempre accesorias, puntuales o justificadas por razones inaplazables), por el cauce de estas disposiciones gubernamentales. Dada la imparable propensión que están mostrando los sucesivos Gobiernos estatal y autonómicos (pues el hábito se ha extendido también a las Comunidades Autónomas) a valerse de esta legislación de urgencia para sacar adelante proyectos normativos de todo tipo, nos preguntamos si realmente es cierto que no se está incidiendo sustancialmente sobre la configuración del deber de contribuir, no ya por efecto de algún decreto-ley concreto, sino tal vez por simple y mera acumulación. Piénsese en el presente ejercicio 2021, ya próximo a su conclusión, en el que se han dictado hasta la fecha nada menos que treinta decreto-leyes[53], de los cuales trece contienen normas fiscales, algunas muy relevantes por afectar a tributos como el IRPF, el IS, el IVA o el ITPAJD o incluso a la ahora tan de actualidad fiscalidad energética. ¿Seguro que la posición de los obligados tributarios no ha sido alterada de forma significativa a causa de esos decretos-leyes? Si los contemplamos por separado, probablemente no. Pero si los evaluamos en su conjunto, no nos atrevemos a dar una respuesta categórica.

2.2. Medidas introducidas para adaptar el IIVTNU al principio de capacidad económica

En el Decreto-ley 26/2021, que retoca parcialmente los artículos 104, 107 y 110 del TRLRHL, podemos detectar a grandes trazos tres grandes novedades: inclusión de un nuevo supuesto de no sujeción, reconfiguración del sistema de estimación objetiva de la base imponible e introducción de la estimación directa de dicha base como alternativa.

[53] Desde el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, al Real Decreto-ley 30/2021, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes de prevención y contención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

Vaya por delante la advertencia de que al aprobar esta disposición el Gobierno se ha mostrado especialmente respetuoso con la autonomía local, dado que ha preservado intactas las potestades normativas de los municipios para intervenir en la regulación de la base imponible (coeficientes a aplicar sobre el valor del terreno y reducciones) y la cuota tributaria (tipo de gravamen y bonificaciones potestativas). Además, la disposición transitoria del Decreto-ley les habilita un plazo de seis meses (hasta el 10 de mayo de 2022) para adaptar sus ordenanzas fiscales a lo dispuesto en aquel. Cuestión bien distinta será el impacto recaudatorio que esta reforma podrá aparejar para las Haciendas locales. Si, como algunos auguran, la recaudación va a descender de forma significativa, esta pérdida de ingresos tendrá que ser compensada por la vía de una reducción del gasto o mediante subidas de otros tributos locales o una mayor dotación de otras fuentes de financiación.

2.2.1. No sujeción en caso de inexistencia de incremento de valor

En consonancia con la STC 59/2017, el primer cambio sustancial es la adición de un supuesto específico de no sujeción en el artículo 104.5 para aquellas transmisiones de terrenos respecto de los cuales se constate la inexistencia de incremento de valor, atendiendo a la diferencia entre los valores de dichos elementos patrimoniales en el momento de su transmisión y en el de su adquisición. A tal efecto los sujetos pasivos deberán aclarar la transmisión y aportar los títulos que documenten esta y la adquisición[54]. Este supuesto de no sujeción es un caso de manual de aplicación del artículo 20.2 de la LGT, cuando indica que la ley "podrá completar la delimitación del hecho imponible mediante la mención de supuestos de no sujeción.". Como es bien sabido, en general la plasmación expresa de los supuestos de no sujeción no es imprescindible, porque pueden deducirse implícitamente de la norma que define el hecho imponible del tributo. Sin embargo, a veces la ley considera oportuno indicar de modo explícito, con fines aclaratorios,

[54] Curioso circunloquio el del segundo párrafo del nuevo artículo 104.5, que tras referirse en un primer momento al «interesado», aclara a continuación que se entenderá «por interesados, a estos efectos, las personas o entidades a que se refiere el artículo 106 del TRLRHL». Dicho precepto nos indica quiénes son sujetos pasivos, ya sea a título de contribuyente o de sustituto. Por tanto, ¿no hubiera sido más sencillo, en aras de la economía del lenguaje, aludir simplemente a los sujetos pasivos?

informativos o didácticos, determinados actos, negocios o situaciones que quedan extramuros del tributo, perfilando así mejor los contornos del hecho imponible. Pues bien, en este caso, la importancia de la formulación de un supuesto de no sujeción por inexistencia del incremento valor estriba no tanto en su mención específica (ya había sido declarada por el TC desde 2017), sino en la concreción de los requisitos para su aplicación.

En primer lugar, hay que tener presente que, como regla general, para determinar el valor de transmisión y el de adquisición a los efectos de demostrar que no se ha producido una plusvalía se tomará en cada caso el mayor de los siguientes valores, sin posibilidad de computar los gastos y tributos que graven la operación: el valor que conste en el título que documente la operación o, alternativamente, el valor comprobado por la Administración tributaria. Para las adquisiciones o transmisiones realizadas a título lucrativo se tomará como primero de los términos de la comparación el valor declarado por el obligado tributario en el ISD.

Esta norma merece un par de comentarios. Para empezar, valoramos negativamente la exclusión de los gastos accesorios y los tributos relacionados con la adquisición o la transmisión. Es cierto que ello discurre en la línea de la interpretación que había defendido el Tribunal Supremo tras la STC 59/2017 cuando, según vimos en el apartado 2 de este trabajo, abrió la puerta a los contribuyentes para demostrar los valores por los que se adquieren y transmiten los terrenos con la misma exclusión de gastos y tributos[55]. Como tal limitación, podía estar justificada en una doctrina jurisprudencial que, recuérdese, se elaboró (sin crear *ex novo* una norma, como es propio de la jurisprudencia) para frenar la tesis maximalista tras esa sentencia del TC. Sin embargo, resulta poco comprensible cuando es adoptada por una disposición de nuevo cuño que se supone, además, pretende lograr una mejor adecuación del IIVTNU al principio de capacidad económica. En la imposición general sobre la renta tales gastos y tributos se computan

[55] Así sucede con respecto a los gastos de urbanización soportados después de la adquisición del terreno cuya ulterior enajenación determina el hecho imponible, los cuales, según el TS, «no deben considerarse como un mayor precio de adquisición puesto que se integran en el valor de los terrenos, como elemento del incremento de valor que se refleja en el precio de transmisión». Véanse las Sentencias 313/2019, de 12 de marzo (recurso de casación n.º 3107/2017) y 1496/2020, de 11 de noviembre (recurso de casación n.º 6865/2018).

sin mayor restricción para la determinación de los valores de adquisición y transmisión, por lo que no apreciamos ninguna justificación para que no sea así también en el impuesto municipal; ni la prevención del fraude ni la simplificación de la gestión sirven de pretexto a este respecto.

El otro aspecto que conviene destacar es la referencia al valor comprobado por la Administración tributaria. Esta puede tener sentido si se conecta con la facultad que se otorga a los Ayuntamientos, en la nueva redacción del apartado 4 del artículo 110 del TRLRHL, para comprobar los valores declarados por los sujetos pasivos a efectos bien de la aplicación del supuesto de no sujeción, o bien de determinar la base imponible por la diferencia entre valor de transmisión y valor de adquisición al amparo del artículo 107.5. En cambio, salvo que la norma esté pensando en valores comprobados administrativamente en el pasado, entendemos que esta mención no tiene mucho sentido respecto de valores derivados de operaciones que se realicen en el futuro y que queden sujetas al ISD o al ITPAD. Ello es así porque, tras la aprobación de la Ley 11/2021, de 9 de julio[56], se ha modificado la normativa de ambos tributos para fijar como base imponible respecto de los bienes inmuebles el denominado valor de referencia, que prevalece salvo que el valor declarado por los interesados sea superior a dicho valor de referencia. A pesar de los múltiples problemas que la doctrina está destapando en cuanto a la inminente aplicación práctica de esta magnitud (tema que es ajeno a este estudio), una de las cosas que está fuera de discusión es, precisamente, que el valor de referencia no será susceptible de comprobación por parte de la Administración tributaria[57].

La regulación del supuesto de no sujeción se completa con otras dos reglas. Cuando el objeto de la transmisión sea un inmueble que conste de suelo y construcción, para individualizar el valor del primero se atenderá a

[56] Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

[57] Véanse, respecto del ISD, los artículos 9 y 18 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, y respecto del ITPAJD, los artículos 10 y 46.1 del Texto Refundido de la Ley del impuesto (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre), todos en ellos en la redacción dada por la citada Ley 11/2021.

"la proporción que represente en la fecha de devengo del impuesto el valor catastral del terreno respecto del valor catastral total y esta proporción se aplicará tanto al valor de transmisión como, en su caso, al de adquisición". No se admite ningún otro medio de prueba diferente (por ejemplo, un informe pericial) para deslindar los valores respectivos del suelo y el vuelo, en evidente contradicción con el criterio que ya vimos que ha seguido el Tribunal Supremo en sentencias recientes.

Cuando un inmueble que se haya acogido a este supuesto de no sujeción sea objeto de una transmisión posterior, a efectos de determinar el número de años en los que se pone de manifiesto el incremento no se tendrá en cuenta el periodo anterior a su adquisición.

2.2.2. Redefinición de la estimación objetiva de la base imponible, que no es de aplicación si el sujeto pasivo acredita un incremento de valor inferior

Con esta segunda medida, plasmada en la revisión íntegra del artículo 107 del TRLRHL, se da respuesta a las objeciones formuladas en la STC 182/2021.

Se preserva intacta la definición de la base imponible, que según el apartado 1 "está constituida por el incremento del valor de los terrenos puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un período máximo de 20 años". Pero, aquí está la clave, el sistema de determinación objetiva o simplificado de dicha base, consistente en la multiplicación del valor del terreno en el momento del devengo por el coeficiente que corresponda en función de la duración del período de generación, pasa a configurarse como optativo para el sujeto cuando este se halle en situación de demostrar que la plusvalía realmente obtenida ha sido inferior.

Pocas variaciones hay en realidad en las normas relativas a la delimitación del valor del terreno en el momento del devengo, que en el caso de las transmisiones continúa siendo el que tengan determinado a efectos del IBI. Eso sí, se faculta a los Ayuntamientos para establecer en sus ordenanzas un coeficiente reductor sobre ese valor de hasta el 15 por 100, con el fin de ponderar su grado de actualización. Conservan, asimismo, la facultad de

establecer una reducción en caso de modificación de los valores catastrales como consecuencia de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general.

En cambio, la cuantía y la mecánica de aplicación de los coeficientes varía por completo con respecto a la versión declarada inconstitucional. Se mantienen los 20 años como tope máximo del período de generación, así como el cómputo por años completos, sin tener en cuenta las fracciones de año.

Ahora bien, una primera novedad deriva de la sujeción de las plusvalías obtenidas en menos de un año, que con anterioridad no tributaban a pesar de ser normalmente las que pueden presentar un mayor carácter especulativo. Por tanto, ya no hay un tope mínimo de un año. Para la valoración de estos incrementos de valor con plazo de realización inferior al año se ordena un prorrateo del coeficiente por meses completos, descartando las fracciones de mes. Una vez más, el TRLRHL renuncia al prorrateo por días naturales, no se sabe muy bien por qué motivo (desde luego, no por la dificultad técnica, pues la regla de tres es igual tanto si define con días como si se fija por meses), en la línea de lo que acontece en el prorrateo por trimestres previsto en la regulación del IAE (artículo 89) o el IVTM (artículo 96).

El coeficiente que corresponda aplicar sobre el valor del terreno en el momento del devengo será el aprobado por el Ayuntamiento para cada uno de los períodos de generación comprendidos en el intervalo que media entre un mes y 20 años o más. El apartado 4 del artículo 107 fija una tabla con los coeficientes máximos que deberán respetar las ordenanzas fiscales, con la previsión de que los mismos sean objeto de una actualización anual mediante norma con rango legal, pudiendo ser esta la ley de presupuestos generales del Estado del ejercicio correspondiente. Hasta que se cumpla el plazo de seis meses concedido a los Ayuntamientos para adaptar sus ordenanzas fiscales, la disposición transitoria del Decreto-ley dispone que regirán los coeficientes máximos fijados en ese precepto.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 26/2021 guarda un absoluto silencio sobre las fuentes de información y la metodología que se han empleado para el cálculo de esos coeficientes máximos. Desde luego, no hubiera estado de más que el Gobierno nos hubiese dado explícitamente

alguna pista de cuál ha sido el oráculo al que han acudido los técnicos del Ministerio de Hacienda, que no dudamos que habrán puesto su mirada hacia la que han considerado la fuente más auténtica. Pero ante esta falta de indicaciones, se nos presentan formalmente como una especie de dogma fiscal que los fieles contribuyentes podrán cumplir si no quieren atormentarse con las complicaciones propias del régimen de estimación directa. De cualquier modo, se supone que están basados en datos sobre la evolución del mercado inmobiliario durante los últimos 20 años, en los que es bien conocido que se han sucedido períodos de alza y bajas de precios. Además, esta tabla de coeficientes máximos es, por definición y al igual que sucedía con los porcentajes anuales del sistema precedente, homogénea para todos los municipios de territorio común. Ello conlleva que se deja en manos de cada Ayuntamiento la labor de ajustarlos a la baja para lograr una adecuación a las singularidades del tráfico inmobiliario en su territorio. Es esta una tarea de modulación que se nos antoja bastante ardua, sobre todo en los más de 6 800 municipios de menos de 5 000 habitantes que existen en España.

Aunque habrá que esperar un prudente tiempo de rodaje, en los primeros comentarios que han aparecido ya se haya destacado que el nuevo sistema incrementará la carga fiscal para las plusvalías a corto y medio plazo (hasta 5 años), en tanto que la reducirá para las ganancias patrimoniales generadas en plazos más amplios[58].

2.2.3. Posibilidad de calcular el incremento de valor efectivo mediante estimación directa

Dado el carácter opcional del sistema objetivo de determinación de la base imponible que acabamos de describir, los sujetos pasivos del IIVTNU podrán instar la aplicación de una estimación directa que se define por remisión a la norma de no sujeción establecida en el artículo 104.5 del TRLRHL, antes comentada. Es decir, al igual que sucede en el IRPF o el IS, la base se cuantificará por la diferencia entre el valor de transmisión y el valor

[58] «La nueva plusvalía encarece la venta de viviendas en los cinco primeros años», *El Economista*, 13 de noviembre de 2021, disponible en https://www.eleconomista.es/economia/noticias/11476532/11/21/La-nueva-plusvalia-encarece-la-venta-de-viviendas-en-los-cinco-primeros-anos.html (consultado el 13 de diciembre de 2021).

de adquisición del terreno, siendo preciso que el sujeto pasivo aporte los documentos justificativos de una y otra. Para la fijación de tales valores se tomará, sin computar los gastos o tributarios inherentes a la operación, bien el que conste en el título correspondiente (o el declarado a efectos del ISD en caso de transmisión gratuita), bien el comprobado por la Administración tributaria (con las matizaciones que antes hicimos respecto de este último).

Dada la literalidad de la norma ("a instancia del sujeto pasivo"), cabe entender que en ausencia de manifestación expresa el Ayuntamiento cuantificará la base imponible por el sistema de estimación objetiva analizado en el apartado anterior. Ello puede originar para los contribuyentes una economía de opción, habitual en este tipo de sistemas, cuando de dicha estimación objetiva resulte un incremento de valor inferior al que hubiera debido declararse aplicando la estimación directa.

3. A largo plazo: la puesta en valor del principio de capacidad económica como criterio, parámetro o medida de la imposición. ¿Será el IAE el siguiente tributo en subir al escenario?

En nuestra opinión, la gran aportación de la STC 182/2021 radica en la vuelta a la senda de la ortodoxia en la modulación del significado y alcance del principio de capacidad económica, en los términos que hemos sintetizado en el apartado 3 de este trabajo. Como se afirma con claridad al final de su fundamento jurídico 3, en los impuestos la capacidad económica rige no solo a la hora de que el legislador elija las manifestaciones de riqueza y defina el hecho imponible, sino también en la concreción de los métodos impositivos o las medidas técnicas que conduzcan a la determinación de la cuantía del tributo; dicho con otras palabras, este principio debe operar también como vara de medir de la carga fiscal, en orden a evaluar si se adecua o no a la riqueza exteriorizada por el sujeto pasivo al realizar el presupuesto de hecho del impuesto.

La lectura con perspectiva crítica de ese razonamiento nos suscita una duda inevitable. ¿Cumplen otras figuras del sistema tributario local esas exigencias derivadas del principio de capacidad económica como criterio, parámetro o medida de la imposición? Nos viene enseguida a la mente el

IAE, regulado en los artículos 78 a 91 del TRLRHL, que en cuanto tributo directo, real, objetivo y periódico toma como hecho imponible "el mero ejercicio, en territorio nacional, de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto".

Como expusimos en un trabajo previo que publicamos junto al Prof. Lasarte Álvarez hace ya unos años[59], mucho nos tememos que las normas de cuantificación de la cuota tributaria del IAE distan mucho de cumplir ese postulado. Se trata de un tributo que toma como objeto el beneficio medio presunto de las actividades empresariales, profesionales y artísticas, en la medida en que este parámetro se utiliza, al menos sobre el papel, para la cuantificación de las denominadas cuotas de tarifa[60]. O sea, que al igual que pasaba con el IIVTNU, de nuevo tropezamos con una especie de estimación objetiva, a tanto alzado, de las cuotas impositivas. Es cierto que las normas reguladoras de este impuesto contemplan diversos mecanismos para tratar de aproximar, directa o indirectamente, la carga tributaria efectiva a las circunstancias económicas de cada contribuyente (en particular, los coeficientes de situación del local donde se ejerce la actividad y algunas bonificaciones por inicio de actividad u obtención de un rendimiento neto negativo o de escasa cuantía), superando la rígida concepción defendida por el Tribunal Supremo de que se trata de un tributo real y objetivo, ajeno a cualquier elemento de personalización o subjetivización en función de los resultados económicos efectivos de las actividades gravadas. Pero, como dijimos entonces, "ello no significa que el resultado sea satisfactorio desde el punto de vista de los principios constitucionales de justicia fiscal proclamados en el artículo 31.1 de nuestra Constitución, especialmente del principio de capacidad económica"[61].

[59] Lasarte Álvarez, J., y Ramos Prieto, J., «El Impuesto sobre Actividades Económicas: un tributo local con síntomas de inconstitucionalidad», *Tributos Locales*, n.º 97, 2010, pp. 47-114.

[60] Así lo ordena el artículo 85.1 del TRLRHL al fijar las bases para la fijación de las cuotas mínimas: «Cuarta.- Las cuotas resultantes de la aplicación de las tarifas no podrán exceder del 15 por ciento del beneficio medio presunto de la actividad gravada (…)». *Vid.* Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas.

[61] Lasarte Álvarez, J., y Ramos Prieto, J., «El Impuesto sobre Actividades…», *op. cit.*, p. 111, donde concluimos: «Tales mecanismos no pueden en ningún caso, en nuestra opinión, paliar las consecuencias negativas y serios inconvenientes de que el IAE parta de unas cuotas de tarifa cuya cuantificación utiliza

Cuando escribimos aquel trabajo en 2010 cabía amparar esa imperfecta medición de la capacidad económica en la ahora preterida doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en el Auto 71/2008, aunque nos resistimos en aquel momento a hacerlo[62]. Pero ahora que dicha construcción doctrinal ha sido abandonada, ya no cabe escudarse en ella para justificar lo injustificable: que el IAE siga gravando todavía en 2021 el mero ejercicio de actividades económicas (por mucho que ello sea una manifestación de riqueza potencial), sin tomar en consideración de forma directa el beneficio real de las mismas. Así que, sin ánimo de incurrir en un fatalismo innecesario, creemos que se avecinan tiempos convulsos también para este tributo local, que a nuestro modo de ver es en su configuración actual aún más vetusto y anacrónico que el IIVTNU.

V. CONCLUSIONES

1.ª) De la misma manera que la STC 182/1997 supuso un cambio de doctrina del TC respecto de los límites a la utilización del decre-

el parámetro fundamental del beneficio medio presunto, dato que ni siquiera figura en tales Tarifas. El análisis del sistema a través del cual se pasa de ese postulado a la determinación de la concreta carga fiscal soportada por cada contribuyente demuestra que se ha llevado a cabo una simplificación tan evidente de los elementos tributarios en juego que impide establecer una posible relación entre beneficio medio presunto y cuantía de la cuota. Lo más grave, desde nuestro punto de vista, es que, además, no creemos que sea admisible el intento de gravar beneficios medios presuntos o, dicho con otras palabras, rentas potenciales, a través de un método obligatorio, no voluntario para los contribuyentes, cuando la Administración puede tener conocimiento constatado de los resultados reales de la actividad económicas a través de la imposición personal sobre la renta (principalmente por medio del Impuesto sobre Sociedades). La teoría de que se pueden gravar rentas potenciales sólo es aceptable constitucionalmente cuando la conducta del sujeto pasivo provoca la inexistencia de renta, disminuye sustancialmente su cuantía o impide su determinación cierta. (…) Por todo ello, llegamos a la conclusión de que el IAE no responde a las exigencias actuales que los principios constitucionales imponen a la técnica fiscal y de que, en consecuencia, su regulación vigente debería ser revisada desde esta perspectiva».

[62] Lasarte Álvarez, J., y Ramos Prieto, J., «El Impuesto sobre Actividades…», *op. cit.*, p. 108: «Debemos ser conscientes de que la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional hasta la fecha no parece respaldar nuestras tesis, sobre todo si tenemos en cuenta la asunción por parte de dicho Tribunal de la inesperada teoría de que el principio de capacidad contributiva debe predicarse del sistema en su conjunto y de los tributos de mayor importancia a efectos de la articulación del deber de contribuir, expuesta en su Auto 71/2008, 26 de febrero (seguido por los Autos 120/2008, de 6 de mayo y 342/2008, de 28 de octubre) y que ya ha provocado severas críticas doctrinales, que compartimos. En cualquier caso, tal doctrina jurisprudencial no puede limitar el análisis académico, que en el supuesto del IAE nos lleva precisamente a rechazarla por las razones expuestas. *Somos amigos de Platón, pero mucho más amigos somos de la verdad*».

to-ley en materia tributaria, que desde entonces dejó de ser un asunto enfocado desde la óptica de la reserva de ley para convertirse en un tema vinculado de forma directa a la no afectación sustancial al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del artículos 31.1 del texto constitucional, la STC 182/2021 (curiosa coincidencia en el número de resolución) ha supuesto, en nuestra opinión, una vuelta a la ortodoxia en la modulación del significado y alcance del principio de capacidad económica formulado en dicho precepto constitucional.

2.ª) En el haber de esta sentencia debe aplaudirse que se haya abandonado la visión restrictiva que asumió el TC, de manera un tanto sorprendente y criticable, en un pronunciamiento como el Auto 71/2008. Al admitir que era necesario revisar los postulados de las sentencias previas sobre la incidencia del principio de capacidad económica en la graduación de la carga fiscal derivada del IIVTNU se ha revitalizado el papel fundamental (que nunca debió haber perdido) de dicho principio como un criterio, parámetro o medida de la tributación que no va referido al sistema fiscal en su conjunto, sino también a la configuración de cada tributo en particular. Como hemos destacado en páginas precedentes, se ha realzado así la virtualidad de este principio en orden a valorar en el futuro si la normativa reguladora de los distintos tributos respeta o no la exigencia de que las reglas de determinación de la base y la cuota concuerden con la capacidad económica de los sujetos pasivos. Ello resulta de singular relevancia en algunas figuras, como el IAE, sobre las que hace años que sobrevuelan fundadas sospechas de que ese mandato no es observado de manera satisfactoria en el vigente TRLRHL.

3.ª) Por el contrario, en el debe de la STC 182/2017 hay que registrar, a la vista del clamor de opiniones adversas que ha generado la limitación del alcance y efectos de la declaración de inconstitucionalidad, sus negativas consecuencias desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículos 9.3 y 24 de la CE). Ambos valores constitucionales han salido, de momento, mal parados ante el bloqueo total que parece haberse impuesto a una eventual solicitud de revisión de deudas

tributarias no prescritas, liquidadas por las Administraciones locales o autoliquidadas por los obligados tributarios aplicando unas normas que han sido expulsadas de nuestro Derecho. Flaco favor se hace así a la conciencia cívico-tributaria de los ciudadanos, que observan perplejos c**ó**mo no pueden solicitar y obtener la devolución de cantidades que nunca debieron pagarse por estar viciadas las normas empleadas para su **cálculo**. No obstante, ya hemos advertido que autorizadas voces han subrayado en los primeros comentarios a la sentencia que la posición restrictiva asumida por el TC presenta grietas y abre muchas incógnitas ante la heterogeneidad de situaciones que van a poder plantearse en la práctica, sin que esté en modo alguno descartado que quepa la posibilidad de plantear reclamaciones por responsabilidad patrimonial del Estado legislador al amparo de la Ley 40/2015.

4.ª) En cuanto al Real Decreto-ley 26/2021, presenta la limitación congénita de operar como una reacción normativa demasiado tardía que, como es lógico, no ha podido otorgar una legitimidad sobrevenida a las deudas derivados de hechos imponibles del IIVTNU devengados durante los últimos años, desde el primer toque de atención formulado por las SSTC de 2017. Dado el carácter instantáneo de este impuesto, una aplicación hacia atrás en el tiempo de las nuevas normas introducidas por el decreto-ley hubiera entrañado un claro ejemplo de retroactividad propia, auténtica o de grado máximo, al afectar a situaciones iniciadas, desarrolladas y consumadas por completo en el pasado. Y, conforme a la doctrina constante del TC, ese grado de retroactividad solo puede justificarse por exigencias cualificadas de interés general o del bien común, las cuales, a nuestro juicio, no concurren en este caso[63]. De haber existido esas exigencias seguramente el legislador no habría dejado transcurrir más de cuatro años hasta despertar de su prolongado letargo.

[63] Pueden consultarse, entre otras, las SSTC 126/1987, de 16 de julio, 197/1992, de 19 de noviembre, 173/1996, de 31 de octubre, 182/1997, de 20 de octubre, 116/2009, de 18 de mayo, 176/2011, de 8 de noviembre, 102/2015, de 26 de mayo, 121/2016, de 23 de junio y 9/2019, de 17 de enero.

5.ª) En un plano distinto, resulta innegable que el Decreto-ley 26/2021 ha tratado de arbitrar soluciones que, probablemente, van a resolver las graves deficiencias del régimen jurídico del IIVTNU que dieron el argumento para la puesta en escena de la tragicomedia que hemos sintetizado en estas páginas. Ya no se gravarán las minusvalías, ni se supone que se fijarán tampoco cuotas tributarias que absorban la totalidad de la plusvalía generada con ocasión de la enajenación del terreno. Pero mucho nos tememos que esas soluciones van a ser, a su vez, fuente de nuevos problemas. ¿Por qué no pueden computarse los gastos y tributos a la hora de fijar el valor de adquisición y transmisión de los terrenos? ¿Están realmente justificados los nuevos coeficientes determinantes de la base imponible a partir de estudios técnicos de la evolución del mercado inmobiliario o, simplemente, debemos asumirlos como una suerte de dogma fiscal? **¿Serán capaces los Ayuntamientos** de ejercer correctamente su potestad normativa para adaptar esos coeficientes a las particularidades del mercado inmobiliario de su territorio, con el fin de lograr una cuantificación del tributo acorde con el principio de capacidad económica como reclama la STC 182/2021? Al final quien escribe no puede evitar dejarse llevar por cierta impresión, que ojalá resulte errónea, de que *tal vez hayamos cambiado todo para que todo siga igual*, evocando la célebre paradoja lampedusiana. Y de ser ello así, parece que lamentablemente tendremos aún tragicomedia sobre el impuesto de plusvalía para rato, con el daño que ello supondrá para los sufridos contribuyentes y para las tantas veces olvidadas Haciendas locales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Aguallo Avilés, A. y Bueno Maluenda, E., «Observaciones sobre el alcance de los principios constitucionales del art. 31.1 CE», en AA. VV., *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007.

Alguacil Marí, M. P., «La capacidad económica como parámetro de enjuiciamiento», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, n.º 253, 1999, pp. 573-656.

Álvarez Martínez, J., «La Inconstitucionalidad del IIVTNU: su (más que) controvertido presente y su (más que) discutido futuro», *Tributos Locales*, n.º 146, 2020, pp. 15-45.

Anglès Juanpere, B., «La nueva plusvalía municipal, de momento, *Tributos Locales*, n.º 134, 2018, pp. 107-113.

—, «La plusvalía Municipal tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2017», *Tributos Locales*, n.º 137, 2018, pp. 41-48.

Arana Landín, S., «Los primeros intentos de mantenimiento del IIVTNU tras la declaración de inconstitucionalidad: vuelta a la vulneración del principio de capacidad contributiva, de no confiscatoriedad y del derecho de defensa», *Tributos Locales*, n.º 134, 2018, pp. 89-105.

Cámara Barroso, C., y Aguado Manzanares, S. (dirs.), *La financiación local en España. Especial referencia a la plusvalía municipal*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2019.

Carrasco Parrilla, P. J., «El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», en Carrasco Parrilla, P. J. (dir.), *Derecho tributario local y procedimientos tributarios*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 325-364.

Casado Ollero, G., «El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II). El contenido constitucional de la capacidad económica», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 34, 1982, pp. 185-236.

Chico de la Cámara, P., «Algunas propuestas de *lege ferenda* para adaptar la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la plusvalía municipal a nuestra Constitución», *Tributos Locales*, monografía n.º 3, 2018, pp. 11-28.

—, «Algunos comentarios de urgencia a la remozada «plusvalía municipal»: crónica de una modificación «anunciada» (*ius condendum*)», *Tributos Locales*, n.º 153, 2021, pp. 347-366.

Colao Marín, P. A., «Impuesto sobre el incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, principios constitucionales y sistema jurídico tributario», *Quincena Fiscal*, n.º 20, 2016, pp. 55-78.

Cubiles Sánchez-Pobre, P., «El IIVTNU, ¿llegó por fin el momento de modificarlo?», *Tributos Locales*, n.º 129, 2017, pp. 109-124.

Esclapez Escudero, M., «Guía para reclama el impuesto», *Expansión*, 30 de octubre de 2021.

Esclapez Escudero, M., Martín-Barnuevo Fabo, D., «Análisis de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la plusvalía municipal: efectos y valoración de las distintas actuaciones posibles», *Revista interactiva de actualidad-RIA (Asociación Española de Asesores Fiscales*), n.º 40, 8 de noviembre de 2021.

Gallego Peragón, J. M., *Los principios materiales de justicia tributaria*, Granada, Comares, 2003.

García de Pablos, J. F., «La tributación municipal y el principio de capacidad económica», *Tributos Locales*, n.º 129, 2017, pp. 13-34.

García-Fresneda Gea, F., «El Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y la doble imposición interna», *Revista de Información Fiscal*, n.º 36, 1999, pp. 9-36.

García Frías, M. A., «Le roi est mort, vive le roi? Reflexiones sobre la defunción y resurgimiento del IIVTNU», Blog Taxlandia, https://www.politicafiscal.es/equipo/maria-angeles-garcia-frias/reflexiones-sobre-la-defuncion-y-resurgimiento-del-iivtnu (consultado el 5 de noviembre de 2021)

García Frías, M. A. y Pérez Martínez, V., «El IIVTNU tras su declaración de inconstitucionalidad por las STC 26/2017 y 37/2017. ¿*quo vadis*?», *Tributos Locales*, monografía n.º 3, 2018, pp. 29-53.

García Moreno, V. A., «Comentarios a los artículos 104 a 110», en Domingo Zaballos, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Haciendas Locales*, 2.ª ed., t. I, Thomson Reuters-Civitas, 2013, pp. 1317-1388.

Giardina, E., *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Giuffrè, Milán, 1961.

Gorospe Oviedo, J. I., «La regulación del IIVTNU en el texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, una visión crítica», *Tributos Locales*, n.º 40, 2004, pp. 79-90.

—, «Derecho a la propiedad y principio constitucional de no confiscatoriedad: el caso de la plusvalía municipal y sus consecuencias jurídicas», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 132, 2021, pp. 57-89.

Gorospe Oviedo, J. I. y Herrera Molina, P. M., «La virtualidad del principio de capacidad económica en el ordenamiento tributario español», en AA. VV., *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 29-56.

Hernández Guijarro, F., y Gomar Giner, V., «La catarsis del Impuesto de Plusvalía Municipal: crisis inmobiliaria; la STC 59/2017, de 11 de mayo; y los pronunciamientos judiciales posteriores más relevantes», *Crónica Tributaria*, n.º 178, 2021, pp. 61-89.

Hernández Lavado, A., «El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», en AA. VV., *La Reforma de las Haciendas Locales*, t. II, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 57-114.

Huelin Martínez de Velasco, J., «¿Estado de derecho?», Blog Taxlandia, https://www.politicafiscal.es/equipo/joaquin-huelin-martinez-de-velasco/estado-de-derecho?utm_source=newsletter_184&utm_medium=email&utm_campaign=taxlandia-estado-de-derecho-las-compensaciones-economicas-por-razon-del-trabajo-en-cataluna-quien-controla-al-constitucional (consultado el 23 de noviembre de 2021)

Lago Montero, J. M., *La simplificación de la imposición sobre la renta*, Barcelona, Reus Editorial, 2021.

Lasarte Álvarez, J., «La formulazione della legge tributaria ed il principio della capacità contributiva», *Diritto e Pratica Tributaria*, 1965, I.

Lasarte Álvarez, J., y Ramos Prieto, J., «El Impuesto sobre Actividades Económicas: un tributo local con síntomas de inconstitucionalidad», *Tributos Locales*, n.º 97, 2010, pp. 47-114.

Lasarte López, R., «Cuestiones conflictivas en el sistema de cálculo de la plusvalía sometida a gravamen en el IIVTNU. Consideraciones tras los

pronunciamientos del Tribunal Constitucional», *Tributos Locales*, monografía n.º 3, 2018, pp. 56-80.

Litago Lledó, R., «Nulidad por Inconstitucionalidad de los ingresos realizados por IIVTNU: dificultades para su aplicación práctica por los Órganos Jurisdiccionales Contencioso-Administrativos», *Tributos Locales*, n.º 137, 2018, pp. 49-64.

Luchena Mozo, G. M., «La inadecuación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana a un sistema tributario justo», en Patón García, G., *Aspectos financieros y tributarios del patrimonio inmobiliario*, CISS, Valencia, 2018, pp. 503-549.

Marín-Barnuevo Fabo, D., «Significado y alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la regulación del IIVTNU en Guipúzcoa y Álava», *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 409, 2017, pp. 5-44.

—, «Nueva declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU (plusvalía municipal)», Blog Instituto de Derecho Local UAM, disponible en: https://www.idluam.org/blog/nueva-declaracion-de-inconstitucionalidad-del-iivtnu-plusvalia-municipal/ (consultado el 4 de noviembre de 2021).

Martín Fernández, J., «El impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana presente y futuro», en Chico de la Cámara, P. (dir.), *Aspectos de interés para una futura reforma de las haciendas locales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 259-273.

Martínez-Carrasco Pignatelli, J. M., «Alcance y efectos de la declaración de inconstitucionalidad parcial de la normativa legal del IIVTNU (STC 59/2017, de 11 de mayo)», *Tributos Locales*, n.º 131, 2017, pp. 85-96.

Moreno Fernández, J. I., «Die philospphie des als-ob: el gravamen de las minusvalías «como si» fuesen plusvalías», en Chico de la Cámara, P. (dir.), *Aspectos de interés para una futura reforma de las haciendas locales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 199-257.

Moschetti, F., «Orientaciones generales de la capacidad contributiva», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, n.º 269, 2003, pp. 513-562.

Muleiro Parada, L., *La determinación objetiva: IRPF e IVA*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Nieto Montero, J. J., «El principio de capacidad contributiva y su reflejo en la jurisprudencia constitucional», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, n.º 238, 1995, pp. 917-962.

Orón Moratal, G., *El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana a través de cuestiones prácticas*, Editorial Práctica del Derecho, Valencia, 2001.

—, «La declaración de inconstitucionalidad del impuesto de plusvalía en territorios forales y el estímulo para que desaparezca sobrevenidamente el objeto en las cuestiones de inconstitucionalidad pendientes», *Tributos Locales*, monografía n.º 3, 2018, pp. 81-95.

—, «La modulación de efectos de las sentencias del TC que declaran la inconstitucionalidad de un tributo: Comentarios de urgencia a la luz de la sentencia de 26 de octubre de 2021 sobre el impuesto de plusvalías», Blog Instituto de Derecho Local UAM, https://www.idluam.org/blog/la-modulacion-de-efectos-de-las-sentencias-del-tc-que-declaran-la-inconstitucionalidad-de-un-tributo-comentarios-de-urgencia-a-la-luz-de-la-sentencia-de-26-de-octubre-de-2021-sobre-el-impuesto-de-pl/ (consultado el 5 de noviembre de 2021).

Palao Taboada, C., «Los principios de capacidad económica e igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 88, 1995, pp. 629-642.

—, «Por qué yerra el Tribunal Constitucional en las Sentencias sobre el IIVTNU», *Nueva Fiscalidad*, n.º 2, 2017, pp. 17-45.

Pedreira Menéndez, J., «La inconstitucionalidad parcial de la plusvalía municipal debería servir para su eliminación total», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2017, pp. 133-140.

Ramos Prieto, J., *La imputación de rentas inmobiliarias en la imposición sobre la renta de las personas físicas*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2008.

—, «Ciudadanía y deber de contribuir: algunos apuntes a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en Periñán Gómez, B. (coord.), *Derecho, persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 621-659.

Rodríguez Bereijo, A., «Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 100, 1998, pp. 593-626.

—, «Jurisprudencia constitucional y principios de la imposición», en AA. VV., *Garantías constitucionales del contribuyente*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

— «Una vuelta de tuerca al principio de capacidad económica: comentario al ATC 71/2008, de 26 de febrero», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 142, 2009, pp. 379-401.

Rubio de Urquía, J. I., «El alcance de la declaración de inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana según el Tribunal Supremo», *Tributos Locales*, n.º 136, 2018, pp. 7-15.

— «Hasta lo más reciente del TC en materia de plusvalía municipal: recapitulación», *Tributos Locales*, n.º 142, 2019, pp. 7-27.

— «El Tribunal Constitucional apuntilla la plusvalía municipal y el Gobierno la resucita», *Tributos Locales*, n.º 153, 2021, pp. 5-15.

Sánchez-Archidona Hidalgo, G., «La crisis del principal Impuesto (en términos recaudatorios) del sistema tributario local: la reforma del IIVTNU», *Tributos Locales*, n.º 137, 2018, pp. 65-74.

Sánchez Galiana, J. A., y Calatrava Escobar, M. J., «El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», en Ferreiro Lapatza, J. J. (dir.), *Tratado de Derecho financiero y tributario local*, Marcial Pons, Madrid,1993, pp. 857-892.

Sánchez Sánchez, E. M., «Las exigencias y límites constitucionales de los principios tributarios en el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana», *Tributos Locales*, n.º 150, 2021, pp. 67-83.

Soto Moya, M. M., «La inaplazable reforma del IIVTNU tras su declarada inconstitucionalidad», *Quincena Fiscal*, n.º 11, 2017, pp. 61-76.

Utande San Juan, J. M., «El TC anula definitivamente el sistema de cuantificación del IIVTNU y el Gobierno reacciona (Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre)», *Boletín Informativo Fiscal*, n.º 261, 2021, pp. 5-16.

Varona Alabern, J. E., «A vueltas con la inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», *Quincena Fiscal*, n.º 18, 2010, pp. 65-89.

—, «Presente y futuro de IIVTNU tras su declaración de inconstitucionalidad», *Tributos Locales*, Monografía n.º 4, 2018, pp. 63-198.

LA VENTA DE DERECHOS HEREDITARIOS Y SU FISCALIDAD EN EL IMPUESTO DE TPO Y AJD Y EN EL ISD

THE SALE OF INHERITANCE RIGHTS AND THEIR TAX IN THE TPO AND AJD TAX AND IN THE ISD

José María Vázquez Moreno
Graduado en Derecho, empleado de Notaría
Coadministrador de la web www.tottributs.com

Resumen: La venta de derechos hereditarios es una figura que si bien, desde un punto de vista civil, ha sido objeto de abundante literatura, desde un punto de vista fiscal, apenas se ha tratado sobre la misma. En el presente trabajo abordaremos las cuestiones problemáticas que, desde un punto de vista fiscal, presenta la citada figura, poniendo de relieve los puntos conflictivos y proponiendo soluciones a los mismos.

Palabras clave: venta de derechos hereditarios, venta de herencia, venta de cuota hereditaria, partición hereditaria, venta de derechos, universalidad de bienes.

Abstract: The sale of hereditary rights is a figure that, although from a civil point of view, has been the subject of abundant literature, from a fiscal point of view, it has hardly been discussed. In this paper we will address the problematic issues that, from a fiscal point of view, the aforementioned figure presents, highlighting the conflictive points and proposing solutions to them.

Keywords: sale of hereditary rights, sale of inheritance, sale of hereditary quota, hereditary partition, sale of rights, universality of assets.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA VENTA DE LA HERENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL

1. La regulación del Cc

III. LA FISCALIDAD DE LA VENTA DE HERENCIA EN EL IMPUESTO DE TPO Y AJD Y EN EL ISD

1. La venta de la herencia o de la cuota hereditaria supone el devengo del ISD en el heredero-vendedor
2. La adquisición por parte del comprador supone el devengo del impuesto de TPO por dicha adquisición
3. La problemática que plantea la adquisición de una universalidad de bienes en sede de TPO
4. La regla del artículo 11.2 de la Ley de TPO y AJD y el procedimiento especial regulado en el artículo 47 del Reglamento de TPO y AJD
5. La concreción de los bienes que se obtienen mediante la partición puede suponer el devengo del ISD y de AJD en los coherederos y cesionarios
6. La diferencia entre el valor declarado en la compraventa de derechos hereditarios y el valor declarado en la herencia
7. La determinación del tipo de gravamen y de la competencia territorial en el impuesto de TPO y AJD en la venta de derechos hereditarios

IV. CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La venta de derechos hereditarios es una figura que si bien, desde el punto de vista civil, goza de abundante literatura, desde un punto de vista fiscal, apenas se ha escrito sobre ella.

Efectivamente, son pocas las consultas de la DGT que abordan la cuestión y la jurisprudencia apenas ha tenido ocasiones de pronunciarse sobre los diferentes aspectos problemáticos que plantea.

En el presente trabajo abordaremos el estudio de la citada figura, realizando, en primer lugar, la necesaria aproximación desde el punto de vista civil, que nos permitirá fijar el alcance de las dificultades que nos encontraremos para, en segundo lugar, analizar el tratamiento fiscal que haya de darse a las cuestiones planteadas a la vista de la escasa doctrina y jurisprudencia de carácter fiscal que existe al respecto[1].

II. LA VENTA DE LA HERENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL

1. La regulación del Cc

La venta de herencia o de derechos hereditarios aparece regulada en los artículos 1531 a 1534 del Cc y en ella convergen elementos de derecho sucesorio y contractual que dan a la figura un régimen original.

En este sentido, si bien podemos convenir que la venta de herencia es una modalidad de contrato de compraventa, el contenido de derecho su-

[1] Mediante el término *"venta de derechos hereditarios"* nos referiremos de manera indistinta tanto a la venta de herencia como a la venta de cuota hereditaria, realizando las puntualizaciones pertinentes cuando el régimen de ambas figuras así lo exijan.

cesorio implícito en la figura hará que con frecuencia debamos resolver el encaje de dicho contenido en el contrato de venta de herencia.

La venta de herencia puede ser definida como aquel negocio jurídico por el cual un heredero vende la totalidad del contenido económico de una herencia, activo y pasivo, como una universalidad, pagando el comprador un precio alzado y abonando al vendedor lo que hubiese pagado por las deudas y cargas hereditarias, así como por los créditos que tuviere contra la herencia, salvo pacto en contrario.

De la regulación contenida en el Cc podemos apuntar las siguientes notas características de la venta de herencia:

a) En primer lugar, para que podamos hablar de venta de herencia, ha de haberse producido la apertura de la sucesión del causante a cuya herencia se refiere la venta. En este sentido, si no se ha producido la defunción del causante no será posible celebrar contrato alguno sobre una herencia que, por definición, será inexistente.

En consonancia con lo anterior, el artículo 1271 del Cc prohíbe la venta de la herencia futura.

b) En segundo lugar, el vendedor ha de haber sido llamado bajo el título de heredero a la herencia que se le difiere. Ahora bien, conviene tener presente que la vigencia del principio *"semel heres, semper heres"* supone que con la venta de la herencia el heredero-vendedor no transmite la cualidad de heredero, por su carácter personalísimo e inalienable. Lo único que se transmite es el contenido económico, activo y pasivo, de la herencia.

Por tanto, producida la venta, el heredero-vendedor no queda totalmente apartado de la herencia, ya que seguirá ostentando el título de heredero.

Por otro lado, si bien el comprador no adquiere la condición de heredero por el hecho de haber comprado la herencia tampoco es ajeno al fenómeno sucesorio, ya que se coloca en la misma posición económica y patrimonial que le correspondería al heredero-vendedor, pudiendo instar la partición[2].

[2] En este sentido, Pérez Ramos, C., *Cuestiones prácticas sobre herencias para especialistas en sucesiones*, Memento Experto, Ed. Francis Lefebvre, 2019, cuando apunta sobre la cuestión que *"Para la mayoría de la doctrina y el TS, el cesionario puede pedir la partición, porque el derecho*

c) En tercer lugar, el objeto de la compraventa de herencia lo constituye la totalidad del contenido económico, activo y pasivo, de la herencia deferida al heredero-vendedor, sin enumerar las cosas de las que se compone, tal y como señala el artículo 1531 del Cc. Por tanto, el objeto de la venta de herencia no está constituido por los bienes hereditarios aisladamente considerados sino *per relationem* y como partes de una universalidad que es la herencia como objeto de venta[3].

Tal y como acabamos de apuntar, en ningún caso el vendedor transmite al comprador su cualidad de heredero, por tanto, el comprador en ningún caso hereda al causante, sino que es un mero adquirente del contenido económico de la herencia.

Como corolario de lo anterior, la intransmisibilidad de la condición de heredero supone que con la venta de herencia tampoco se transmiten las deudas hereditarias, ya que estas gravan a la persona del heredero[4].

En consecuencia, de todo lo expuesto se colige que el objeto del contrato de venta de herencia no es la herencia en su totalidad, sino solo aquellos elementos que por su naturaleza puedan ser transmitidos y exceptuándose

---

de los coherederos sobre el caudal relicto no es personalísimo y el cedente se ha desprendido de su titularidad sobre el activo relicto y no puede adoptar una decisión que afecte al adquirente".

[3] Además de ser objeto de la venta de herencia aquellos bienes y derechos de carácter transmisible que el vendedor hubiera podido recibir del causante hay que añadir aquellos incrementos del contenido económico de la herencia que se pongan de manifiesto con posterioridad a la venta. Así, Colina Garea, R., «La venta de la herencia en el Código Civil español», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 5, 2001, pp. 243-268 apunta que *"De acuerdo con estos razonamientos, la doctrina mayoritaria ha entendido que el comprador tiene derecho a recibir los incrementos del activo hereditario que el heredero vendedor perciba con posterioridad a la venta, en virtud del juego del derecho de acrecer, de la renuncia por sus destinatarios a los legados dispuestos por el testador, o de la colación de bienes donados que se vea obligado a realizar otro coheredero después de la celebración de la compraventa pero antes de la partición de la herencia"*.

Cuestión diferente sería aquella en la que el vendedor recibe con posterioridad a la venta de la herencia una nueva cuota hereditaria en la misma sucesión por vía del juego de la sustitución vulgar o fideicomisaria. En dicho caso, al constituir una nueva adquisición, diferente de la originaria que dio lugar a la venta, a no ser que del contrato de compraventa se desprenda lo contrario, la nueva cuota no formará parte del contenido de la herencia vendida.

[4] En este sentido, Colina Garea, R., *op. cit*., señala que *"Por otra parte, el vendedor sólo podrá transmitir al comprador la titularidad de las deudas hereditarias, cuando, con el preceptivo consentimiento de los acreedores, hubiesen convenido un pacto de asunción de deuda con carácter liberatorio. Sin embargo, en este caso, la transmisión de las deudas hereditarias no traerá causa de la compraventa de la herencia, sino del acuerdo al que han llegado las partes contratantes con el consentimiento de los acreedores"*.

la deudas y cargas, sin perjuicio del reembolso previsto en el artículo 1534 del Cc.

d) En cuarto lugar, la compraventa de herencia es un negocio jurídico traslativo que requiere de título y modo. En este sentido, aunque existe un único título que comprende todos los bienes transmisibles que componen la herencia vendida, es necesario, para que pueda transmitirse con plena eficacia cada uno de los elementos que la integran, la realización de determinados actos complementarios en atención a la naturaleza de los bienes y derechos transmitidos[5].

e) En quinto lugar, en la venta de herencia el precio debe ser alzado, esto es, ha de haber un único precio calculado para el objeto de la venta, que es la herencia entendida como una universalidad. Si se especifica un precio para determinados bienes no estaremos ante la venta de una herencia, sino ante una venta de bienes hereditarios.

f) En sexto lugar, en la venta de herencia, el comprador, salvo pacto en contrario, deberá reembolsar todo lo que el vendedor-heredero hubiese pagado por las deudas y cargas de la herencia y por los créditos que tuviere contra la misma, tal y como señala el artículo 1534 del Cc. Asimismo, el heredero-vendedor deberá abonar los frutos que le hubieren aprovechado de la herencia, así como el producto de la venta de algún bien de la misma de acuerdo con el artículo 1533 del Cc[6].

---

[5] Así, Colina Garea, R., *op. cit*., señala que *"Así, por ejemplo, si se trata de un derecho de crédito, se requerirá la notificación de la transmisión del mismo al deudor; en el supuesto de que existan en la herencia títulos valores o letras de cambio, su efectiva transmisión quedará supeditada a su endoso; tratándose de derechos de propiedad industrial será precisa la inscripción constitutiva"*.

Muy interesante, desde el punto de vista práctico, resulta la cuestión relativa a la idoneidad del título de compraventa de herencia para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Siendo el objeto de la compraventa la herencia entendida como universalidad y estando delimitada el contenido de esta *per relationem*, será necesario un documento posterior en forma de inventario que justifique que las titularidades que se pretenden inscribir están incluidas dentro del título, dando cumplimiento al principio de especialidad registral. En este sentido, art. 16 de la LH. Por todo, véase el análisis de la cuestión que realiza Rubio Gimeno, G., *La venta de herencia*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

[6] Colina Garea, R., *op. cit*., de manera clarificadora señala que *"Se trata de que el comprador pueda percibir de la herencia todo aquello que hubiera podido adquirir si él hubiese sido heredero, en vez de serlo, en realidad, el vendedor. En la medida que sea posible, se pretende colocar a ambas partes contratantes en la misma situación económico-patrimonial que hubiesen tenido si la venta se hubiera celebrado inmediatamente después a la adquisición de la herencia por parte del heredero. Naturalmente, se dejan a salvo los pactos o acuerdos a los que pudieran haber llegado vendedor y*

g) En séptimo lugar, conviene diferenciar el concepto de compraventa de herencia y de cuota hereditaria, a los que, por otro lado, nos referiremos a lo largo del trabajo. Así, en la venta de herencia, la titularidad del vendedor es plena, mientras que en la venta de cuota hereditaria es limitada por la concurrencia de las cuotas que corresponden al resto de herederos.

Por otro lado, en la venta de herencia existe un único título que abarca la totalidad de los bienes, debiéndose cumplir el modo adecuado a cada uno de ellos para que la transmisión se produzca eficazmente. En cambio, en la venta de cuota hereditaria no hay necesidad de modo, ya que al haber herencia en comunidad la cuota no se proyecta sobre los bienes singulares, sino sobre la comunidad hereditaria.

Finalmente, el objeto en la venta de herencia solo se halla indeterminado en su valor patrimonial, ya que, con mayor o menor dificultad se pueden precisar los bienes que la componen. En cambio, la indeterminación del objeto en la venta de cuota hereditaria se extiende no solo a su valor patrimonial, sino también a su contenido, pues hasta que no se lleve a cabo la partición no se conocerán los bienes en que se concretarán la cuota transmitida[7].

III. LA FISCALIDAD DE LA VENTA DE HERENCIA EN EL IMPUESTO DE TPO Y AJD Y EN EL ISD

1. La venta de la herencia o de la cuota hereditaria supone el devengo del ISD en el heredero-vendedor

El artículo 1000 del Cc señala que se entiende aceptada la herencia cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos[8]. Así;

comprador en orden a configurar el patrimonio hereditario de otra manera distinta a la dispuesta normativamente".

[7] Así, Colina Garea, R., *op. cit.*

[8] Señala de manera muy gráfica Menéndez Hernández, J., *Comentarios a la Ley y al Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, vols. I y II, Ed. Las Siete Partidas, 1992,

"Artículo 1000.

Entiéndase aceptada la herencia:

1.º Cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos.

2.º Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos.

3.º Cuando la renuncia por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente; pero, si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga son aquellos a quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia".

Por tanto, desde un punto de vista fiscal, la venta de derechos hereditarios produce el devengo del impuesto de sucesiones en el heredero-vendedor.

En este sentido, que no se haya producido la partición de la herencia en el momento de producirse la venta de derechos hereditarios es completamente irrelevante a efectos fiscales, tal y como se desprende del artículo 27 de la LISD, que declara el principio de irrelevancia de la partición y de tributación de acuerdo con el título sucesorio[9].

La citada conclusión concuerda con la regulación civil de la figura, que configura la venta de derechos hereditarios como la transmisión del contenido económico, activo y pasivo, de la herencia, entendida esta como una universalidad[10].

---

que *"Si el heredero cede sus derechos es porque los ha adquirido. En efecto la aceptación produce la adquisición retroactiva de la herencia. Si no la hubiese adquirido no podría cederla, porque no sería dueño de ella (nemo dat quod non habet)"*.

[9] En este sentido, Juárez González, J. M., *GPS Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, cuando señala, de manera muy gráfica, que *"Y además, como ya hemos expuesto, refiriéndonos a la base imponible, lo cierto es que la partición en principio es irrelevante desde el punto de vista del ISD, salvo que conlleve excesos de adjudicación, puesto que se determina la base imponible de cada sujeto pasivo sucesor a título universal —normalmente heredero— sobre su participación teórica conforme al título sucesorio en el conjunto de bienes y derechos que integran la masa hereditaria neta global, sin tener en cuenta las concretas adjudicaciones que se realizan por la partición"*.

[10] La consecuencia fiscal es lógica; nadie puede transmitir algo que previamente no haya adquirido.

Asimismo, tal y como hemos señalado con anterioridad, el heredero-vendedor en ningún momento pierde la cualidad de heredero, ya que únicamente transmite el contenido económico de la herencia.

2. La adquisición por parte del comprador supone el devengo del impuesto de TPO por dicha adquisición

La adquisición que realiza el comprador ha sido calificada por parte de la DGT como una adquisición de derechos al amparo de lo previsto en el artículo 17.1 de la Ley de TPO y AJD[11].

Así, señala el citado artículo que:

"Artículo 17.

1. En la transmisión de créditos o derechos mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación se exigirá el impuesto por iguales conceptos y tipos que las que se efectúen de los mismos bienes y derechos. Sin embargo, en el caso de inmuebles en construcción, la base imponible estará constituida por el valor del bien en el momento de la transmisión del crédito o derecho, sin que pueda ser inferior al importe de la contraprestación satisfecha por la cesión".

En consecuencia, la adquisición que realiza el comprador queda sujeta a la modalidad de TPO, exigiéndose el impuesto, tal y como señala el artículo 17.1 de la Ley de TPO y AJD, por iguales conceptos y tipos que las que se efectúen de los bienes y derechos en que se concrete la adquisición finalmente[12].

[11] Véase las consultas de la DGT V0415-04 de 26 de febrero, V0794-15 de 12 de marzo, V0408-17 de 16 de febrero y V3303-19 de 2 de diciembre.

[12] Que la herencia que da origen a la venta de derechos hereditarios esté prescrita en nada afecta a la adquisición que realiza el comprador, tal y como señala la DGT en la consulta V0408/17 de 16 de febrero. Efectivamente, la prescripción, en todo caso, afectará al heredero-vendedor, que no deberá tributar en el impuesto de sucesiones, pero en ningún caso afectará al comprador, dado que su adquisición se entenderá efectuada cuando se formalice la correspondiente escritura de venta de derechos hereditarios. En este sentido, tal y como hemos apuntado, el comprador no sucede al causante en ningún caso.

Por tanto, habrá que atender al valor real de los bienes que componen la herencia y aplicar el tipo de gravamen correspondiente a los bienes que la componen[13, 14].

3. La problemática que plantea la adquisición de una universalidad de bienes en sede de TPO

El hecho de que mediante la venta de derechos hereditarios se transmita una universalidad de bienes o una cuota de los mismos ha planteado una cierta dificultad en la delimitación de que es aquello que se adquiere.

En este sentido, tal y como hemos apuntado, estamos ante una auténtica venta de derechos, sin que en ningún caso pueda entenderse que se está adquiriendo una simple expectativa de derecho o un mero derecho de crédito[15].

Así, que se adquiera una universalidad de bienes o derechos y que su contenido se determine *per relationem* no supone, por sí misma, una indefinición del objeto de venta, ya que, en todo caso, será determinable por relación a los bienes que componen la herencia.

Ciertamente, la indefinición es más acusada en la venta de cuota hereditaria que en la venta de herencia. Efectivamente, en la venta de herencia realizada por un único heredero a un único adquirente, no se precisa partición

[13] En los supuestos en los que, con posterioridad a la venta de derechos hereditarios, se produzca un incremento del activo hereditario como consecuencia del derecho a acrecer, de la renuncia a legados, o de la colación de bienes donados, tal y como hemos señalado con anterioridad, dicha ampliación del contenido del derecho corresponderá al adquirente de los derechos hereditarios en la proporción que le correspondía al heredero-vendedor, quedando gravada por TPO. Así, sería de aplicación el artículo 7.1 B), párrafo segundo de la Ley de TPO y AJD que señala que *"Se liquidará como constitución de derechos la ampliación posterior de su contenido que implique para su titular un incremento patrimonial, el cual servirá de base para la exigencia del tributo"*. El devengo del gravamen de TPO en dicho caso, a nuestro juicio, hay que situarlo en el momento en que tenga lugar el hecho desencadenante del incremento patrimonial de la herencia o de la cuota hereditaria.

[14] En los supuestos en los que el heredero-vendedor reciba, con posterioridad a la venta, una nueva delación hereditaria por el juego de la sustitución vulgar no puede entenderse que estemos ante el incremento del activo hereditario inicial, por lo que dicho incremento no puede integrarse en la adquisición del comprador, a salvo, claro está, que en la venta de derechos se pactase que el contenido del negocio incluía lo que se adquiriere incluso por sustitución vulgar. Así, Colina Garea, R., *op. cit*.

[15] En este sentido, STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2009, número de recurso 674/2005.

de tipo alguno por lo que el objeto de la venta, determinado *per relationem*, no ofrecerá más dificultad que la determinación de los bienes que componen la herencia.

En cambio, en los supuestos de venta de cuota hereditaria, el comprador adquiere un derecho abstracto de contenido económico sobre la comunidad hereditaria, que, hasta que no se realice la partición, no se concretará en bienes determinados.

Sea como fuere, resulta claro que más allá de la relativa dificultad en la delimitación del contenido de la adquisición realizada por el comprador, la misma resulta, en todo caso, determinable, sea necesaria o no una eventual partición, eliminándose, por tanto, cualquier atisbo de adquisición de una mera expectativa de derecho o de un derecho de crédito.

4. La regla del artículo 11.2 de la Ley de TPO y AJD y el procedimiento especial regulado en el artículo 47 del Reglamento de TPO y AJD

Desde el punto de vista del bien objeto de adquisición, esto es, la herencia, se ha planteado la aplicación del artículo 11.2 de la Ley de TPO y AJD que señala que:

"Artículo 11.

2. Cuando un mismo acto o contrato comprenda bienes muebles e inmuebles sin especificación de la parte de valor que a cada uno de ellos corresponda, se aplicará el tipo de gravamen de los inmuebles".

La eventual aplicabilidad del citado artículo a la compraventa de derechos hereditarios y las consecuencias fiscales que de ella se derivan ha sido puesta de manifiesto por la doctrina, dándose por supuesta una fiscalidad gravosa al no poderse deslindar, al menos, inicialmente, el valor de los bienes muebles e inmuebles que se adquieren[16].

[16] En este sentido, véase el apunte de Rubio Gimeno, G., ob. cit., que señala que *"Un segundo escollo de todavía más contundente apreciación es el relativo al tipo impositivo aplicado en caso de venta de conjuntos de bienes sin especificación de su composición. El impuesto aplica un tipo*

Sin embargo, a nuestro juicio, las consecuencias de la aplicación del citado artículo al supuesto que nos ocupa deben ser matizadas.

Efectivamente, el artículo 11.2 de la Ley de TPO y AJD se refiere a los supuestos en los habiendo bienes muebles e inmuebles no se especifique la parte del valor que a cada uno corresponde.

Así, a modo de sanción, aplica el tipo de gravamen de los bienes inmuebles, más elevado que el de los muebles, a aquellos casos en que, sabiéndose que hay bienes muebles e inmuebles en la adquisición, no se deslinda el valor atribuible a cada uno de ellos[17].

En los supuestos de venta de derechos hereditarios, *a priori*, no es que no se especifique el valor atribuible a cada uno de ellos, sino que, en ocasiones, ni tan solo puede llegar a precisarse, al menos en un primer momento, si los bienes adquiridos van a ser bienes muebles o inmuebles, precisamente por la especialidad del objeto de venta, que es la herencia entendida como una universalidad o una cuota abstracta de la misma.

En este sentido, piénsese en los supuestos de venta de cuota hereditaria en los que, hasta que no se produzca la partición, no puede saberse en qué tipo de bienes, muebles o inmuebles, se concretará la adquisición del comprador.

En este escenario, cobra sentido el artículo 47 del Reglamento de TPO y AJD, que precisamente, matiza la aplicación mecánica del artículo 11.2 de la Ley de TPO y AJD a la venta de derechos hereditarios.

Así, el citado artículo señala que:

---

distinto según la transmisión se refiera a bienes muebles o a bienes inmuebles, pero en caso de cesiones sin inventario que incluyan bienes de ambos tipos se aplicará el tipo impositivo más alto, esto es, el relativo a las transmisiones de bienes inmuebles (art. 11.2 de la Ley)".

[17] La regla del artículo 11.2 de la Ley de TPO y AJD es, cuanto menos, discutible, tal y como señalan Muñoz Del Castillo, J. L., Villarín Lagos, M. y De Pablo Varona, C., *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004. Así, comentando el citado precepto apuntan *"En el momento actual una norma como la que se comenta carece de justificación debido a que si el contribuyente no declara correctamente los bienes transmitidos será acreedor de la sanción correspondiente; por el contrario, si lo hace, será la Administración tributaria la que, en fase de comprobación de valores, deberá ajustar las valoraciones y aplicar los tipos de gravamen procedentes y no el correspondiente a los inmuebles que, como se ha visto, son más elevados. En suma, estamos en presencia de una norma de dudosa constitucionalidad por su más que posible colisión con el principio constitucional tributario de capacidad contributiva"*.

"Artículo 47. Transmisión de créditos o derechos.

1. Cuando en la transmisión de créditos, derechos o acciones, mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación, el valor de aquéllos no conste, se practicará una liquidación con carácter provisional sobre el que, a requerimiento de la Administración, declaren los interesados, en el plazo de diez días, y sin perjuicio de ampliarla al exceso, si lo hubiere, del verdadero valor de los derechos transmitidos, cuando, por hacerse efectivo, sea conocido el de los bienes que mediante aquéllos se obtengan, practicándose entonces la liquidación definitiva.

2. Si en el plazo indicado los interesados no hicieran la declaración del valor, lo fijará la Administración, practicando liquidación sin perjuicio de las reclamaciones que procedan. Si no fuere posible a la Administración, por ningún concepto, fijar el valor de los derechos y acciones transmitidos, se aplazará la liquidación, haciéndolo constar así por medio de nota extendida al pie del documento".

El precepto, inicialmente, toma en consideración el valor del derecho declarado por el contribuyente para la práctica de una liquidación provisional. Con posterioridad, cuando se ejercita el derecho y se concreta el bien que se adquiere, se practica la liquidación definitiva sobre el valor real del mismo.

La regla contenida en el art. 47 del Reglamento de TPO y AJD está llena de sentido común, pues hasta que no se adquiera efectivamente el bien no se puede conocer el verdadero valor del derecho. Por otro lado, y como tendremos ocasión de apuntar más adelante, los bienes en que se concrete la adquisición determinarán el tipo de gravamen aplicable y la competencia territorial para su exacción[18].

En este punto, conviene diferenciar aquellos supuestos de venta de herencia, entendida esta como la adquisición de una universalidad de bienes que no precisa partición al haber un único cedente y un único adquirente de aquellos otros de venta de cuota hereditaria, que sí que precisará de una ulterior partición.

[18] Así, Muñoz Del Castillo, J. .L, Villarín Lagos, M. y De Pablo Varona, C., *op. cit.*

Por lo que hace a los supuestos de venta de herencia, a nuestro juicio, si bien se está adquiriendo una universalidad de bienes, el contenido de la misma es determinable *per relationem*, por lo que, no precisándose partición, puede acompañarse a la escritura de venta de herencia del correspondiente inventario de bienes, distribuyendo la contraprestación pactada entre los bienes adquiridos, de manera que se evite la aplicación automática del artículo 11.2 de la Ley de TPO y AJD.

En los supuestos de venta de cuota hereditaria la dificultad es mayor, ya que se precisa partición para averiguar en qué bienes se concretan la adquisición del adquirente de cuota hereditaria.

Así, podemos distinguir aquellos casos en que la venta de derechos hereditarios y la partición de la herencia se realizan dentro del plazo voluntario para autoliquidar TPO por la adquisición de la cuota hereditaria de aquellos otros en que la partición se realiza con posterioridad. Así, si la partición se realiza dentro del plazo para autoliquidar TPO por la adquisición de derechos, puede acompañarse a la correspondiente escritura de venta de derechos, como documentación complementaria, la escritura de partición de herencia, pues es allí donde se concreta la partición y los bienes que se adquieren como consecuencia de la misma y de un escrito en el que se distribuya la contraprestación pactada entre los diferentes bienes. De esta manera, una vez más se evita la aplicación directa del artículo 11.2 de la Ley de TPO y AJD.

Por el contrario, si la partición de herencia se realiza con posterioridad al transcurso del plazo voluntario para autoliquidar TPO por la adquisición de derechos, lo más correcto técnicamente es practicarse una liquidación con carácter provisional aplicando el tipo de los bienes inmuebles, tal y como previene el artículo 11.2 de la Ley de TPO y AJD, para, con posterioridad, una vez que se concreten los bienes que se adquieren mediante el ejercicio del derecho, mediante la partición, procederse a la rectificación de la liquidación inicial al amparo del art. 47 del Reglamento de TPO y AJD o incluso del 120.3 de la LGT[19].

[19] A nuestro parecer, si no se ha partido no es correcto presuponer el tipo de bienes que se recibirán en la partición, por lo que debe autoliquidarse de acuerdo con el artículo 11.2 de la Ley de TPO y AJD y con posterioridad rectificar la autoliquidación al amparo del artículo 47 del Reglamento de TPO y

5. La concreción de los bienes que se obtienen mediante la partición puede suponer el devengo del ISD y de AJD en los coherederos y cesionarios

La partición de la herencia supone para el adquirente de los derechos hereditarios un momento importante, ya que será cuando transforme su cuota abstracta sobre la comunidad hereditaria en bienes concretos.

Será precisamente sobre los bienes resultantes de la partición, en concreto aquellos de los que resulte adjudicatario el comprador, sobre los que se girará la liquidación definitiva a la que se alude en el artículo 47 del Reglamento de TPO y AJD por la adquisición de los derechos hereditarios.

Pero no solo eso, las adjudicaciones de las que resulte beneficiario el comprador, además, pueden devengar el gravamen de AJD, siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 31.2 de la Ley de TPO y AJD[20].

Efectivamente, a nuestro juicio, hay que diferenciar entre la adquisición de los derechos hereditarios, que sitúan al comprador como comunero en la comunidad hereditaria como consecuencia de dicha adquisición, de las adjudicaciones concretas de las cuales resulte beneficiario. Así, dichas adjudicaciones tendrán un doble efecto:

a) Por un lado, servirán para determinar de manera definitiva el tipo de bien que se adquirió con la compra de derechos hereditarios y, por tanto, el tipo de gravamen de dicha adquisición de derechos.

AJD. La práctica en todo caso, como siempre, es rica en matices y puede llevar a situaciones límite; así, piénsese en el supuesto de una herencia con bienes en diferentes Comunidades Autónomas en las que un coheredero vende su cuota hereditaria, sin que se realice la partición de la herencia dentro del plazo voluntario para autoliquidar TPO. En estos casos, a nuestro juicio, para evitar desembolsos gravosos por el total del derecho adquirido en diferentes Comunidades Autónomas hasta que se concreten los bienes que se adquieren, aun no siendo correcto del todo técnicamente, puede ser práctico acompañar a la escritura de venta de derechos hereditarios una relación o inventario de bienes que se estiman que se acabarán adquiriendo, autoliquidando en cada Comunidad Autónoma aquello que se presume que se adquirirá y cuyo rendimiento se producirá allí, regularizando la situación una vez que se realice la partición de la herencia.

[20] La problemática que se plantea es similar a la que se da en aquellos casos de cesión de los derechos que corresponden en un contrato de compraventa a un tercero, los llamados *"pases"* entre particulares, en los que se grava por TPO la adquisición de derechos, por un lado, y la posterior adquisición del bien, que sería el ejercicio del derecho, por otro, lo que cuanto menos, es cuestionable por la duplicidad impositiva que se produce.

b) Por otro, concretará los bienes que se adquieren como consecuencia de la partición, esto es, como consecuencia del ejercicio del derecho adquirido, que tendrá la fiscalidad que corresponda. Así, en la medida que las adjudicaciones de bienes cumplan los requisitos del artículo 31.2 de la Ley de TPO y AJD, se devengará el gravamen de AJD[21].

Dicho devengo se producirá usualmente cuando se adjudiquen al comprador bienes inmuebles y, en general, bienes que sean susceptibles de inscribirse en alguno de los Registros que relaciona el citado artículo.

Por el contrario, a nuestro juicio, las adjudicaciones que se realicen en la partición, ya sean de bienes muebles o inmuebles, en ningún caso devengarían el gravamen de TPO en sede del comprador, ya que no hemos de perder de vista la naturaleza especificativa de la partición de la comunidad hereditaria.

En este orden de cosas, pueden darse situaciones paradójicas o, cuanto menos, curiosas; así, en aquellos supuestos de herencias en las que un coheredero venda su derecho y el mismo resulte adquirido por el resto de coherederos, nos encontraremos con una situación en la que los coherederos pueden realizar adquisiciones de dos tipos:

Por un lado, una adquisición netamente hereditaria, que será aquella que se corresponda con su título sucesorio.

Por otro, una adquisición que tendrá su origen en la compra de derechos hereditarios realizada al coheredero saliente y que, a nuestro juicio, no puede reputarse como adquisición hereditaria sino como derivada de un negocio jurídico previo y diferente.

Como consecuencia de ello, las adjudicaciones de bienes que se correspondan con el título sucesorio tributarán únicamente en concepto de impuesto de sucesiones. Por el contrario, aquellas adjudicaciones que se hagan en pago de la cuota adquirida por la compraventa de derechos hereditarios

[21] Somos conscientes que la conclusión a la que llegamos es criticable, si bien, a nuestro juicio, es la que se desprende de la dicción del artículo 17 de la Ley de TPO y AJD, que grava la adquisición de derechos de manera separada a la adquisición definitiva de los mismos. Sea como fuere, también es sostenible considerar la adquisición de derechos y la ulterior partición como un único acto de naturaleza compleja, por lo que únicamente se debería gravar la adquisición de derechos por TPO.

devengarán, en su caso, el gravamen de AJD, ya que, en ningún caso, puede reputarse como una adquisición hereditaria[22].

6. La diferencia entre el valor declarado en la compraventa de derechos hereditarios y el valor declarado en la herencia

Una cuestión que en ocasiones ha dado lugar a confusión es aquella relativa al valor declarado a efectos del ISD y aquella otra que se declara a efectos de TPO en la venta de derechos hereditarios.

En este sentido, cuando se produce la venta de herencia o de la cuota hereditaria de un coheredero a un tercero es relativamente frecuente que el precio de adquisición a efectos de TPO de dicha herencia o cuota pueda diferir del valor que, finalmente, se acabe declarando en la escritura de herencia, sea necesaria o no la partición.

En este sentido, conviene precisar que el valor declarado en la venta de derechos hereditarios solo atañe al heredero-vendedor y al eventual comprador, sin que exista obligación de declarar el mismo valor de adquisición o venta en la escritura de herencia[23].

[22] En todo caso, los herederos pueden aprovechar la naturaleza de la comunidad hereditaria para concretar la cuota adquirida por la compra de derechos hereditarios en bienes que no den lugar al devengo de AJD o TPO. Así, si se adjudican, en pago de dicha cuota, bienes exentos, como acciones y participaciones, se evitará el devengo de AJD en la partición y el de TPO en la venta de derechos hereditarios ya que los bienes finalmente adquiridos están exentos del citado gravamen.

Muy interesante resulta la cuestión relativa a la aplicabilidad del artículo 1062 del Cc en la venta de cuota hereditaria de una herencia formada por un único inmueble o en el que se realice la partición al amparo del citado artículo. A nuestro juicio, siendo el fundamento de la norma evitar situaciones de indivisión, ya sea en comunidades *mortis causa* o *intervivos*, no vemos obstáculo para su aplicación. Así, si adquiere un tercero por vía del artículo 1062 del Cc, su adquisición quedaría sujeta a AJD, sin perjuicio de la tributación que corresponda a los herederos de acuerdo con su título sucesorio. Por el contrario, si adquiriera uno de los herederos, sin perjuicio de la tributación por que corresponda por el concepto herencia, tributaría por AJD por la porción adquirida por la compra de derechos hereditarios.

[23] Así, véase la curiosa confusión que se produjo en el heredero-vendedor en la STSJ de Madrid de 30 de diciembre de 2019, número de recurso 925/2018. Ahora bien, que el valor que se declare a efectos de TPO no vincule a efectos de ISD no quiere decir que no pueda tener repercusiones fiscales, por ejemplo, en sede de IRPF cuando el valor de venta es superior al de la herencia, como en el caso de la sentencia arriba apuntada, en el que el interés del heredero por corregir el valor declarado en la herencia venía originado por las repercusiones fiscales en dicho impuesto.

Así, es relativamente común en la práctica que el coheredero saliente enajene su cuota por un valor inferior, precisamente, por el deseo de desentenderse del proceso sucesorio y convertir su derecho en líquido con la máxima premura.

7. La determinación del tipo de gravamen y de la competencia territorial en el impuesto de TPO y AJD en la venta de derechos hereditarios

La determinación de la competencia territorial para la liquidación de la cesión de derechos hereditarios vendrá determinada por los bienes que finalmente compongan la herencia o de los que resulte adjudicatario el cesionario en la ulterior partición, siendo competente aquella Comunidad Autónoma en que, a la vista de los puntos de conexión establecidos en el artículo 33, apartado 2 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, de cesión de tributos, se entienda que se ha producido el rendimiento[24].

Así, cuando se transmitan bienes inmuebles, el rendimiento corresponderá a la Comunidad Autónoma en la que radiquen estos.

Cuando se transmitan bienes muebles, semovientes o créditos será competente la Comunidad Autónoma donde el adquirente tenga su residencia habitual si es persona física o su domicilio fiscal si es persona jurídica.

Finalmente, cuando el acto o documento se refiera a transmisión de valores, el rendimiento corresponderá a la Comunidad Autónoma donde se formalice la operación.

Asimismo, conviene no perder de vista la dicción del artículo 55, apartado tercero, de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, de cesión de tributos, que se refiere a los efectos liberatorios de las autoliquidaciones tributarias en sede de TPO y AJD, apuntando que únicamente lo tendrán aquellas que se presenten en la Comunidad Autónoma competente por razón de los puntos de conexión arriba apuntados.

[24] Véase la consulta V3303-19, de 2 de diciembre de la DGT, entre otras.

Finalmente, si en un mismo documento se contienen varios actos y contratos cuyo rendimiento corresponde a diferentes Comunidades Autónomas, se deberá presentar en la oficina competente de cada una de ellas, si bien la autoliquidación que en su caso se formule solo se referirá al rendimiento producido en su respectivo territorio.

En definitiva, se deberán presentar las autoliquidaciones en función de los bienes que compongan la herencia de acuerdo con los puntos de conexión señalados.

Por lo que hace al tipo de gravamen habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de TPO y AJD, así, tanto si se trata de la transmisión de bienes inmuebles como la constitución y cesión de derechos reales sobre los mismos, excepto los derechos reales de garantía el tipo de gravamen, será el 6 por ciento o aquel otro aprobado por la Comunidad Autónoma donde se haya producido el rendimiento.

En los casos de transmisión de bienes muebles y semovientes, así como la constitución y cesión de derechos reales sobre los mismos, excepto los derechos reales de garantía, el tipo de gravamen será el 4 por ciento o aquel otro aprobado por la Comunidad Autónoma donde se haya producido el rendimiento.

Finalmente, en los casos de cesión de créditos de cualquier naturaleza, el tipo de gravamen será el 1 por ciento. En este caso, la competencia normativa sobre el tipo de gravamen no ha sido cedida a las Comunidades Autónomas.

IV. CONCLUSIONES

La venta de derechos hereditarios, ya sea en su modalidad de venta de herencia o bien de cuota hereditaria, presenta unas notas propias en atención a la especialidad del objeto de la transmisión, la herencia o una cuota o parte de la misma.

El encaje de la figura en sede del impuesto de TPO y AJD debe hacerse a la vista del principio constitucional de capacidad económica. En este sentido, entendemos que no procede la aplicación directa del artículo 11.2 de la

Ley de TPO y AJD porque es el objeto propio del negocio, la herencia o una cuota de la misma, lo que dificulta la determinación de los bienes y el valor de los mismos, y no la eventual voluntad defraudadora de las partes, que es el principio inspirador del precepto.

Por otro lado, en los supuestos de venta de cuota hereditaria, la posterior partición da lugar a situaciones paradójicas en las que se acaba gravando la adquisición del derecho por TPO y la especificación del mismo por AJD, dando lugar a una duplicidad impositiva que si bien parece tener cobertura en la regulación contenida en la ley es poco menos que controvertida.

En este sentido, es defendible considerar la adquisición de derechos hereditarios y la posterior partición como un acto de naturaleza compleja, que solo debe ser gravado una sola vez por TPO.

V. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Transmisiones ITP Y AJD*, Memento Práctico, Francis Lefebvre, Madrid, 2020.

Colina Garea, R., «La venta de la herencia en el Código Civil español», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 5, 2001, pp. 243-268.

Espejo Lerdo de Tejada, M., «La cesión de la herencia en el Código Civil: ¿cambio personal del heredero?», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, 2008, fasc. IV.

Falcón Tella, R., *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Iustel, Madrid, 2005.

Juárez González, J. M., *GPS Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Menéndez Hernández, J., *Comentarios a la Ley y al Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, vols. I y II, Ed. Las Siete Partidas, 1992.

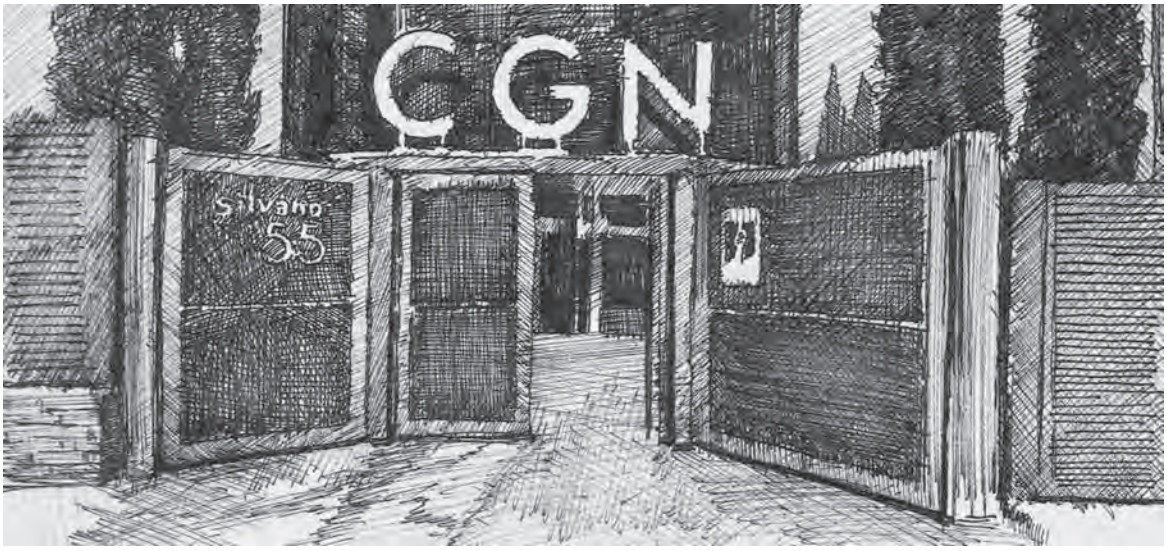
Muñoz del Castillo, J. L., Villarín Lagos, M. y De Pablo Varona, C., *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2004.

PÉREZ RAMOS, C., *Cuestiones prácticas sobre herencias para especialistas en sucesiones*, Memento Experto, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.

ROCA SASTRE, R. M., "Problemas de la venta de herencia", Conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Santander en septiembre de 1950, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.

RUBIO GIMENO, G., *La venta de herencia*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

Panorama



RECENSIONES

RECENSIÓN

EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA. COMENTARIO DE LA LEY 8 /2021, DE 2 DE JUNIO

Autora: FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, ANA
Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021

Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez
Notario honorario

La obra de nuestra compañera y consejera editorial de la Revista Jurídica del Notariado desde su refundación, Ana Fernández-Tresguerres, constituye una aproximación a la Ley 8/2021, de forma sistemática y amplia abarcando todos los sectores del Derecho Privado, lo que constituye la singularidad de la misma. Su trabajo analiza, introductoriamente, el contexto de la Convención de Nueva York, singularmente su artículo 12, así como la estructura y valoración de la nueva ley, haciendo hincapié en el régimen transitorio y adaptativo de la misma, con análisis de sus seis disposiciones transitorias y títulos competenciales. Se realiza seguidamente una aproximación al tratamiento del ejercicio de la capacidad jurídica en otras leyes estatales: Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia; Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales; Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; Ley Orgánica 2/2018,

de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad; Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas; Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Los capítulos siguientes se dedican al estudio del articulado y sus ideas rectoras. Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad; las clases de apoyos y los supuestos especiales, tales como las reglas del disponente sobre administración y disposición y apoyos provisionales, en un contexto en el que no se clarifica el estatuto de la persona que presta apoyo. Como no podía ser de otra forma se realiza un especial estudio de las medidas de apoyo voluntarias o de configuración notarial y de la reforma de la Ley del Notariado, singularmente de la accesibilidad de la persona con discapacidad a la función notarial y la adecuación normativa de la función a la ley 8/2021, de 2 de junio.

La necesaria revisión del juicio de capacidad es el nudo georgiano de la reforma desde la perspectiva notarial. Dentro de las medidas de apoyo voluntarias se analizan especialmente la autotutela y los denominados, ya con carta de naturaleza, poderes preventivos. Las medidas de apoyo judiciales: curatela, curatela representativa y defensor judicial se estudian con detalle así como la especial situación de la guarda de hecho, medida informal ahora regulada en la nueva ley. Tras un estudio de la minoría de edad, tutela de los menores, defensor judicial; guarda de hecho mayoría de edad y emancipación; se analiza pormenorizadamente la reforma del Código Civil en minoría de edad y personas con discapacidad en el ámbito del Derecho de la persona; familia, contratos y sucesiones.

Un elemento de especial valor de la obra que se reseña esa el análisis que realiza de la normativa foral y autonómica civil, tanto las medidas expresamente reguladas, como la configuración de instituciones con finalidad de apoyo a personas con discapacidad o protección de menores. Especialmente el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de

la capacidad. También se abordan los poderes preventivos en estas legislaciones catalana y navarra. dedicándose un capitulo al patrimonio protegido de la persona con discapacidad en la legislación común, foral, autonómica civil e internacional.

Continúan los capítulos dedicados a la legislación procesal, profundamente modificada, tanto la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil como la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Y a la publicidad de las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica tanto en el Registro civil: modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil como en el Registro de la propiedad: modificación de la ley hipotecaria, de 8 de febrero de 1946.

El capítulo décimo se consagra a la normativa mercantil: menores y personas con discapacidad, su incidencia en el empresario individual, en las sociedades de capital y en la sociedad familiar.

Finaliza la obra con un capítulo dedicado a cuestiones de Derecho internacional privado, materia en la que autora es especialista en referencia al Derecho europeo, los convenios de la Conferencia de la Haya relevantes y la normativa autónoma: artículos 9.5; 9.1 y 9.6; 10.8 y 10.11 del Código civil. Se incorpora un amplio apunte bibliográfico, al que se acompaña la cita de números webs en distintas notas a pie de página. Al haberme ocupado de la problemática de esta Ley, que la autora estudia en su libro, quiero expresar mi gratitud a Ana Fernández-Tresguerres por su importante aportación. Es una Ley que incide en gran número de instituciones jurídicas, siendo una de las modificaciones más importantes del Código civil. La persona es el centro del Derecho, con mayúscula y el ejercicio de su capacidad jurídica es nuclear en ella. Nos falta perspectiva para valorar las consecuencias de la reforma, pero es fundamental obras como la comentada que no solo nos ayudan en su interpretación, sino también en su aplicación; es el "ir haciendo camino al andar". En este caminar, ejercitando su capacidad jurídica la persona con discapacidad, el apoyo de jueces y notarios es esencial. Ana Fernández-Tresguerres nos da ejemplo de ello con este estudio. Es muy oportuno tratar en esta obra la normativa foral y autonómica civil. Una de las diferencias entre el sistema judicial de protección anterior y el actual se manifiesta en la redacción del art. 760 de la LEC: "1. Las medidas que

adopte el Juez en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables". De igual forma, se pronuncia el art. 42.bis c) de la LJV, relativo al expediente de jurisdicción voluntaria. La redacción actual y la anterior difieren no solo, en el sentido de eliminar la referencia a la extensión y límites de la incapacitación, sino por la que se hace a las normas de la legislación civil que resulten aplicables, ya que las medidas de apoyo se encuentran reguladas en otros cuerpos legales, además del Código Civil español, especialmente en legislaciones forales, estudiadas en este libro. Al mostrarnos la autora, en un análisis exhaustivo y minucioso, estas legislaciones, pienso en lo importante que sería la unificación de nuestro Derecho civil en materias como estas, aprovechando lo que de positivo aporta cada legislación civil española. Es un tema jurídico, no político; la protección de la capacidad jurídica de una persona, de nacionalidad española, con discapacidad, debe ser la que mejor presente cualquiera de nuestras legislaciones civiles. Es muy importante "ir de la mano" de Ana Fernández-Tresguerres en los temas de Derecho internacional privado que, con relación a la discapacidad de una persona o de los menores de edad, se puedan presentar. Determinar los diferentes puntos de conexión aplicables, la eficacia en España de documentos sobre discapacidad otorgados en el extranjero, la autorregulación de su discapacidad por un extranjero que se encuentre en España, esté o no domiciliado en ella, o, el establecimiento de medidas judiciales de apoyo, el alcance del orden público o la doctrina del interés nacional etc., encuentran respuesta en el último capítulo de la obra, como indicábamos al exponer su contenido.

RECENSIÓN

CAPACIDAD JURÍDICA. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LAS MEDIDAS NO DISCRIMINATORIAS DE DEFENSA DEL PATRIMONIO

Autora: LÓPEZ BARBA, Elena
Editorial Dykinson, Madrid, 2020

Leonardo B. Pérez Gallardo
Notario
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de la Habana

Escribir hoy desde el Derecho sobre temas vinculados al ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad es un verdadero reto. Hay una hemorragia doctrinal, pues el tema ha tomado mucho brío tras la aprobación en Nueva York, en diciembre de 2006, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. De ella se ha dicho tanto , tan variado y con efusivo ímpetu, con tantos matices o sin matices en algunos casos, que hay que ser selectivo para resultar original en estos predios.

No hay dudas de que se trata de una de las convenciones internacionales que más ha llevado a la doctrina científica a dar rienda suelta a la creación. Desde su aprobación no dejan de publicarse obras jurídicas que intentan desentrañar el verdadero sentido de lo que constituye hoy día el tratado de derechos humanos más relevante en lo que va del siglo XXI. Por vez primera se reconoce el derecho a la capacidad jurídica como un derecho humano,

y también por vez primera se reconoce expresamente la igualdad de todas las personas con discapacidad ante la ley, sin hacer distinción entre la faz estática y la faz dinámica de la capacidad jurídica.

De 2006 hasta la fecha los Estados parte de este tratado multilateral han tenido que rediseñar sus respectivos ordenamientos jurídicos internos en la búsqueda de su adaptación —o en mejor dicción técnica— debido a su armonización con los dictados de la Convención que deja atrás el modelo médico rehabilitador para imponer un modelo social de derechos humanos, que es el que hoy encara la discapacidad desde otras dimensiones, hasta ese momento nunca vistas. La discapacidad se perfila como un fenómeno esencialmente social, si bien no exclusivamente social. No cabe duda de que es la sociedad el principal obstáculo que presentan las personas en situación de discapacidad para lograr su plena integración social y ejercicio per se de los derechos que como personas les competen. En este entorno se escribe el libro que en esta ocasión comentamos, de la mano de la profesora Elena López Barba, quien se desempeña como profesora de Derecho civil en la Universidad de Huelva. Libro que se centra en el artículo más polémico de toda la Convención, el artículo que constituye la pieza clave y que habilita el ejercicio del resto de los derechos reconocidos en ella. Solo si se admite que toda persona con discapacidad, cualquiera sea esta, puede ejercer per se sus derechos, ya sean los relativos a situaciones existenciales o patrimoniales, entonces es dable hablar de accesibilidad, autonomía, no injerencia de terceros, igualdad, dignidad inherente, no discriminación y respeto a las diferencias. O sea, mientras no se les reconozca a las personas con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica, los demás principios no tendrán posibilidad de materializarse.

López Barba se sumerge con destreza en el ojo del huracán y ello a pesar del riesgo que supone por ser el artículo más estudiado de toda la Convención y, en consecuencia, del cual corren ríos de tinta. No obstante, aun así, la autora logra exponer con fluidez y creatividad los nudos gordianos que dicho precepto supone, para lo cual a lo largo de su trabajo toma como hilos conductores el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, recientemente aprobado en julio de 2020, y la propuesta de Reforma al Código civil presentada por un número importante de pro-

fesores de la materia (más de 80), que sin duda requiere cierto "retoque" para lograr captar el verdadero sentido de sus normas a tono con lo previsto en la Observación general número 1 del año 2014 del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. Hilos conductores que le permiten desplazarse temporalmente para ofrecer un análisis crítico, primeramente, del Derecho español, demasiado inerte en este terreno, frente a otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos que han tomado la delantera como Argentina, Colombia, Perú, Costa Rica, entre otros —y que se echa de menos su estudio en la obra—, y en segundo orden, para criticar también la posición de extrema que invoca la Convención al intentar igualar la situación de las personas, cualquiera sea su discapacidad, situando en el mismo plano a una persona con discapacidad visual que a una persona con una discapacidad intelectual, de tal grado que le resulta imposible formarse su propia voluntad. Nudo gordiano que lleva a los Estados parte a un verdadero quebradero de cabeza pues, según el dictado de la propia Convención y la interpretación dada por el referenciado Comité de la ONU, admitir diferencias entre las distintas personas en razón de su diversidad funcional supondría romper con la igualdad y con la no discriminación, en tanto por otra parte, negar la realidad en la que viven aquellas personas en situación de discapacidad, que bajo ninguna circunstancia pueden formarse una voluntad válida para constituir una relación jurídica, sería imperdonable. De este modo, acudir a la figura de los apoyos intensos con facultades de representación, aunque supone un guiño al modelo sustitutivo, se impone como solución lógica y más atinada para proteger precisamente a las personas con discapacidad, eso sí, conforme con sus preferencias e historia de vida, en el supuesto en que desde esa óptica pueda el apoyo dirigir su actuación.

Si bien el Proyecto de Ley que está a punto de aprobarse supondrá una de las modificaciones más importantes del Código civil español desde su promulgación, al dar una estocada a una de las instituciones que constituyen el nervio central de todas las figuras jurídico-civiles, a saber: la capacidad jurídica, que no creo que logre captar el verdadero espíritu de la Convención en tanto se mantienen vigentes fuertes rezagos del modelo médico rehabilitador, abandonado en el texto internacional. Solo a guisa de ejemplo, tómese en cuenta que el vigente Código civil español regula la intervención preceptiva de dos facultativos en el acto de otorgamiento del

testamento, sobre cuyo dictamen la doctrina siempre ha discutido si resulta o no compulsivo para la autorización por el notario del testamento, a lo cual se le une que ni tan siquiera se ha determinado la especialidad que debieran tener tales facultativos y, para colmo, tampoco es una exigencia legal la propia presencia física de los facultativos en el momento del otorgamiento del testamento[1]. Tómese en consideración, además, que tal extremo no es tenido en cuenta por los autores del citado Proyecto, con el fin de adaptar este texto legal y otros complementarios a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención[2]; particulares todos que, en mi consideración distan, eso sí, del enfoque de derechos humanos que la Convención da a la discapacidad y que hoy día no se justifica si queremos encarar v.gr., la *testamenti factio*

1 Vid. la más reciente doctrina española sobre el tema, entre otros, Núñez Núñez, M.ª, «La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial», en M. Pereña Vicente (dir.), G. Díaz Pardo y M.ª Núñez Núñez (coords.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 511-527; De Amunátegui Rodríguez, C., «Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente», *Revista de Derecho Privado*, n.º 4, julio-agosto 2018, pp. 3-37 y «Derecho de sucesiones y discapacidad…», *op. cit.*, p. 54 y ss.; Corvo López, F. M.ª, "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, n.º 4 (octubre-diciembre, 2019), pp. 135-170, disponible en http://nreg.es/ojs/index.php/RDC (consultada el 14 de mayo de 2020); Ramón Fernández, F., «El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 10 *bis*, junio 2019, pp. 346-373; Berrocal Lazarot, A. I., «La capacidad y voluntad de testar…», *op. cit.*, pp. 3339 a 3371, quien llega a afirmar que "(e)l 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 acto" (p. 3356).

2 Explica la profesora García Rubio sobre el tema que "(a)unque los sectores más partidarios de una interpretación radical de la CDPD probablemente consideren que el texto transcrito mantiene resabios de la concepción médica de la discapacidad que deberían ser eliminados, lo cierto es que en él queda claro que el ejercicio de la capacidad de testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones y que, ante un testamento notarial y exclusivamente en el momento del otorgamiento, el notario que tenga dudas sobre la comprensión por el interesado de lo que está haciendo, puede acudir al auxilio de los peritos especialistas que le asesoren sobre la capacidad de comprensión del testador. Con todo, será el notario quien habrá de tomar la decisión final, de suerte que no estará vinculado por el dictamen de los citados especialistas". *Vid*. García Rubio, M.ª P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, n.º 3, julio-septiembre, 2018 (pp. 173-197), p. 176. En fin, no se trata de "resabios de la concepción", sino de una evidente utilización de los médicos para que sean ellos quienes determinen la "capacidad mental" del testador, a pesar de las advertencias que en tal sentido se han hecho sobre dicho concepto, lo que en nada condice con el modelo social que la Convención establece, ni con la interpretación que del artículo 12 ha hecho el Comité de derechos de las personas con discapacidad.

activa con un sentido mucho más inclusivo. Aun así, no puede negarse el giro trascendental que supondrá para el Derecho de las personas la conversión del referenciado Proyecto en Ley. La autora no deja de ponernos sobre aviso una y otra vez en la necesidad de atemperar los nuevos tiempos a los dictados convencionales con las necesarias adaptaciones que los Estados han de hacer de cara a su Derecho doméstico. Como afirma con gran acierto "la Convención abre un nuevo camino, que necesariamente deberá recorrer nuestro ordenamiento jurídico, sin que ningún miedo, ninguna reserva alcance a frenar esta nueva corriente. En este proceso el legislador debe saber que, en modo alguno, los cambios pueden limitarse a los preceptos que se refieren al reconocimiento de la capacidad, la onda expansiva de esta reformulación debe llegar a todos los rincones del ordenamiento, se precisa la transformación de otros muchos preceptos en otros contextos aparentemente muy dispares, así lo impone, también, el prolijo artículo 12 de la Convención".

Por último, y no menos trascendente resulta el análisis que se realiza en la segunda parte del libro a las medidas no discriminatorias para la defensa del patrimonio de las personas con discapacidad. En ella la autora pasa revista a las distintas acciones que pueden conducir a la ineficacia contractual, las que cabe considerarse su ejercicio de manera excluyente o incluso de modo cumulativo —en tanto el análisis se centra con exclusividad en los supuestos contractuales donde intervienen personas en situación de discapacidad—. Así, la acción de nulidad absoluta o relativa, la de rescisión al aumentar los supuestos que conducen al ejercicio exitoso de esta acción de naturaleza subsidiaria, u otras sustentadas en la ineficacia del contrato por motivo de influencia indebida o ventaja injusta, en todos los casos sobre la base de la discapacidad de la persona. De ahí la meritoria objeción que hace la autora en relación con la inminente reforma al Código civil, la que no ofrece la transversalidad deseada, lo cual conlleva a que en materia de contratación —tal y como arguye— se quede en meros ajustes sin llegar al fondo del asunto, resultando así una ocasión desaprovechada. Como consecuencia, se impone la necesidad de que la reforma en el Derecho español del régimen de la capacidad jurídica no quede limitada al ejercicio mismo de sus derechos por las personas con discapacidad, ya sea por sí o a través de la provisión de apoyos, sino a las consecuencias que ello traería consigo

en materia de ineficacia de los actos jurídicos, como vía también de protección de su patrimonio con todas las consecuencias jurídicas que importa.

Sin hesitación alguna, la comunidad jurídica tiene en sus manos una obra destinada a desentrañar el sentido y alcance del artículo más polémico de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hoy desde la perspectiva que ofrece la armonización del ordenamiento jurídico español al entorno y con ello a los principios que la Convención enarbola. En este proceso en que se "convencionaliza" el Derecho interno español sobre esta materia no solo es decisivo sustituir términos, sino, sobre todo, abrir la mente de los juristas a los fines de razonar y entender el lenguaje convencional, eso sí, con racionalidad y sentido de la equidad, de la justicia y de la igualdad, en pos de garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con diversidad funcional, ello con vocación de universalidad de los distintos actos y negocios jurídicos, no solo los de naturaleza existencial, sino también los de corte patrimonial, sin lo cual, o sea, sin la simetría y coherencia necesaria, poco avanzaremos hacia el boceto de esa sociedad cada vez más inclusiva que la Convención preconiza.

RECENSIÓN

TENDENCIAS REFORMISTAS EN EL DERECHO ESPAÑOL DE SUCESIONES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL CASO DE LAS LEGÍTIMAS

Autor: MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
Wolters Kluwer, Madrid, 2020

Leonardo B. Pérez Gallardo
Profesor Titular de Derecho civil y notarial
Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana
Notario

"Cambia lo superficial
Cambia también lo profundo
Cambia el modo de pensar
Cambia todo en este mundo"

Julio Numhauser

En el año en que se detuvo el tiempo, nos llega esta obra de uno de los clásicos del Derecho de sucesiones en España, el cual es sin dudas el profesor Espejo Lerdo de Tejada, quien desde su Cátedra de Derecho civil en la Universidad de Sevilla ha hecho ciencia del Derecho, con especial esmero en el Derecho de sucesiones, materia a la que ha dedicado una buena parte de su fecunda vida profesoral, y por la que se inició hace ya 25 años en los angostos caminos del saber jurídico cuando publicara, justo en 1996, el libro que constituyó su tesis de doctorado titulado *La legítima en*

la sucesión intestada en el Código civil. Hoy también un texto de cabecera para todo aquel estudioso de las legítimas hereditarias, no solo en España, sino también allende sus fronteras.

Estoy convencido, además, que tras los enjundiosos estudios que sobre las legítimas hiciera el ilustre notario y excelso jurista D. Juan Vallet de Goytisolo, pudiera haberse pensado que el camino que conduce al conocimiento de su razón misma, su configuración dogmática, su inserción en el complejo tejido de las instituciones sucesorias hispánicas se hubiera agotado al haberse llegado al destino que un día trazó el erudito notario de Madrid. Empero, no ha sido así, tras las obras de Vallet, quien dedicara años de estudios a reconstruir teóricamente la esencia de las legítimas en su dimensión estática y dinámica, y a diseñar las bases del Derecho sucesorio español, a tal punto que llevara a un jurisconsulto como D. Luis Díez-Picazo a decir que el Derecho de sucesiones español había que leerlo y entenderlo desde el prisma de la impronta dada por Vallet, con un antes y un después; el continuo devenir del conocimiento jurídico ha llevado a alargar ese camino emprendido por él —y justo reconocer por quienes le precedieron—. La verdad sobre las legítimas no es ciencia constituida. Los estudios ulteriores desarrollados en las últimas tres décadas han reportado aportes significativos sobre el tema, lo que demuestra que no hay verdades absolutas. Llama la atención los estudios de Parra Lucán, Vaquer Aloy, Cámara Lapuente, Galicia Aizpurua y García Rubio, entre otros, pertenecientes todos a una misma generación de juristas que desde distintas escuelas académicas hoy llevan, junto con el autor de esta obra, las riendas del Derecho sucesorio, tanto común como foral, de España.

El libro de referencia resulta una obra muy bien estructurada, a saber: un primer capítulo en el que el autor analiza el criterio de la comunicabilidad de los cambios en las estructuras familiares, que hoy se defiende con vehemencia para fundamentar la necesidad de una reforma en sede de legítimas. En él inserta también el autor el tratamiento jurídico de la discapacidad y su incidencia en este orden. En dicho capítulo se arriba a conclusiones parciales, en algunas de las cuales resulta necesario cavilar, como intentaré en estas páginas. Cabe destacar, entre tales conclusiones, la relativa a que los cambios sociológicos hacen más conveniente el mantenimiento de las legítimas que su supresión o reducción, de modo que según el autor

"mantener, junto con la libertad testamentaria, un ámbito cuantitativo de la herencia como el que existe hoy, en que el testador no puede olvidar a sus parientes más próximos (…) supone evitar que la variada y creciente conflictividad familiar propia de nuestros tiempos invada, todavía más, la práctica sucesoria". O sea, a mayor libertad de testar, mayor conflictividad sucesoria, ecuación jurídica que no es sencillo demostrar. De igual manera el autor considera que no resultan de trascendencia en materia sucesoria los cambios económicos. En todo caso —en su criterio— la incidencia será remota; la longevidad que van alcanzando las personas, por supuesto con las erogaciones económicas que supone, o el gasto en la formación de los hijos, principal capital en que invierten los padres, y más importante atribución a estos —tal y como pienso—, a juicio del autor es una realidad que para el Derecho de sucesiones solo le interesa muy tangencialmente. Criterio que habría que repasar, pues ello incide en la filosofía con la que se ha de entender hoy la composición del caudal hereditario.

En este propio capítulo es de interés el criterio del autor, no propenso al peso que tiene en el orden de la determinación de los legitimarios los vínculos afectivos. Criterio que defiendo y que en esta misma ocasión explicaré, a tono con la protección de los distintos modelos familiares hoy sustentados, no exclusivamente en la sangre, sino también en los vínculos afectivos.

El segundo de los capítulos sitúa al lector en una trayectoria por la geografía hispana, a través del cual se describen los sistemas legitimarios de España y las modificaciones que se han propuesto del mismo, esencialmente, a través de la Asociación de Profesores de Derecho civil. Propuesta que si bien introduce cambios en el sistema legitimario, deja subsistentes las pilastras en las que se ha sustentado a lo largo de la historia, obviando muchas de las razones que justifican el giro copernicano que requieren las legítimas y que expreso en estas páginas.

En el tercer capítulo, el profesor Espejo se detiene en el análisis más pormenorizado de la necesidad o no de reformar las legítimas en el Código civil español. En él, se reitera la idea de la posible conflictividad familiar a que puede conducir una supresión, o en todo caso, aminoración de la cuantía a que ascienden las legítimas. Coincido plenamente con él en la

no supresión de la legítima de los ascendientes, claro, bajo el prisma de su carácter asistencial, tesis de la que no es partidario el autor. En todo caso, ya se trate de una legítima asistencial o no, el principio de reciprocidad debe aplicarse, de manera que si los hijos tienen derecho a la legítima de los padres, lo contrario también debe acontecer. Un atisbo de racionalidad y de lógica así lo justifica.

El cuarto de los capítulos, previo al de conclusiones y sobre el cual también me explayaré en estas páginas, está destinado a sistematizar de manera coherente las indudables reformas que han operado en las últimas cuatro décadas en el Código civil español, entre las que destaca el autor el pago en metálico de la legítima de los descendientes, abogando porque ello se haga extensivo también a la de los ascendientes; el gravamen de la legítima a favor del legitimario declarado judicialmente incapacitado, introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección a las personas con discapacidad; el contrato de alimentos, introducido también por esta norma y su posible colisión con las normas tuitivas de las legítimas; la cuestión relativa a la vivienda perteneciente a la herencia y la adjudicación entre los herederos, y la desheredación por maltrato, y esencialmente el maltrato psicológico, de "creación" jurisprudencial, extremo sobre el que el autor disiente del Supremo Tribunal y en relación con lo cual, y concretamente sobre la sucesión fundamentada en el comportamiento o conducta de los herederos, también haré saber mi parecer.

Repasemos ahora, de la mano del autor, algunas posiciones en las que cabe hacer algunas objeciones. No es menos cierto que las tendencias reformistas que en los últimos —digamos casi 20 años— se han erigido con fuerza —por la solvencia intelectual de sus defensores—, desde distintos ángulos, necesariamente no son negacionistas de la milenaria institución, pues como toda tendencia reformista sus representantes pertenecen a distintos gremios profesionales, con puntos de vista no siempre coincidentes, en los que cabe resaltar la visión académica de la cátedra universitaria y la visión más pragmática de los operadores del Derecho, entre ellos de los notarios. Son ellos los primeros sensores del Derecho de sucesiones en estadio fisiológico, sobre todo, en lo que a la formación de la voluntad testamentaria compete, pues como apuntaba el egregio Rodríguez Adrados "la «voluntad» que los otorgantes traen al notario para que de ella dé fe es muchas veces una

voluntad incompleta, deformada, errónea, imprevisora, ilegal; y el notario, con sus informaciones, sus consejos, con su labor de adecuación, tiende ayudarles a formar su «verdadera voluntad»"[1]. Por ello —y en esto me aparto un tanto del autor cuando señala que el notario por oficio, cuando objeta las legítimas, solo refleja el punto de vista de los testadores— la observación del notario, la experiencia que este obtiene de su diálogo con los testadores, pero también con la familia de los testadores, el resultado de la mayéutica que aplica en aras de formar esa *voluntas testatoris* y darle una corporeidad documental que trasciende y perdura más allá de la muerte del autor del negocio e incluso del autor del documento público, son herramientas que cualquier investigador en el área del Derecho de sucesiones ha de tener como fuente empírica del conocimiento, no como verdad absoluta, ni como fuente exclusiva ni concluyente, pero sí con suficiente peso, por ser el notario un profesional en frontera que da forma legal al negocio jurídico testamentario en el que han de cautelarse las propias legitimas hereditarias y también a las aceptaciones de herencia y particiones hereditarias. Solo un profesional altamente calificado puede estar a la altura que el desempeño de una función como la notarial reclama. Nadie como el notario para saber encauzar por el torrente normativo las más disímiles pretensiones de las personas, parafraseando al maestro Carnelutti, los caminos del notario no son solo los de la tierra, sino también los del cielo, pues debe orientar a los hombres en sus transacciones, que es como ayudarles a navegar, y lo mismo que para los navegantes, las estrellas pueden ser quizás el mejor criterio orientativo, esa misma función hace a veces el notario cuando los hombres sin sopesar el viaje que la vida representa para ellos, se deciden a realizar actos o negocios jurídicos, sin seguir el consejo de un notario[2]. Olvidar este extremo puede conducirnos a negar verdades que el notario sabe, a interceptar caminos que el notario ha sabido encontrar, a cerrar los ojos ante realidades presentes. No es casualidad entonces que una parte importante de los reclamos a las reformas del sistema legitimario español sea el resultado de la labor de orfebrería jurídica del notariado. No atender tales reclamos

[1] Rodríguez Adrados, A., "Principio de inescindibilidad", en *El Notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2012, pp. 21-23.

[3] Carnelutti, F., "La figura jurídica del notariado", en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, Madrid, Editorial Reus, 1954, p. 23.

pueden hacernos caer en una extraña abstracción jurídica sin realización práctica, una manera de sumergirnos en el cielo de los conceptos tan bien descrito por IHERING, pero del que quiso escapar el célebre autor.

Como ya he venido exponiendo, son varias las ideas rectoras que el profesor ESPEJO LERDO DE TEJADA sistematiza con mente germánica. En primer orden, la obra se centra en el Derecho español, pues precisamente al movimiento reformista de su país es al que dedica las páginas de este libro, contrastando eso sí, a modo de pasajes la realidad del Derecho anglosajón, digamos que ajeno a la idea romana de legítima que se recepciona en el Derecho español. No pretendo en esta recensión refutar las ideas del autor, pues a fin de cuentas soy igualmente defensor de las legítimas, como he tratado de defender desde mi país durante más de tres décadas, al intentar reconstruir dogmáticamente su esencia, sobre todo a partir del discurso abolicionista derivado del dictado del Código civil de 1987, a cuyo tenor la doctrina científica apostó por colegir su inexistencia. Al igual que el profesor ESPEJO sostengo la necesidad de un sistema legitimario que equilibre los deberes familiares que le compete a la persona con el principio de libertad de testar, expresión concreta de la libertad civil, a su vez concreción del libre desarrollo de la personalidad. Eso sí, creo que resultan necesarias, y hasta diría apremiantes, las reformas no solo a las legítimas y a la función que tradicionalmente ha sido llamada a desempeñar, sino también de todo el Derecho de sucesiones que debe adaptarse a los cambios que el Derecho de las familias y no de Familia, ha experimentado y aún queda por vivir en estos tiempos que corren, por esa razón creo que habría que matizar la idea del autor de que las disputas doctrinarias sea motivo para retrasar las citadas reformas en aras de lograr un consenso doctrinario que en Derecho y, sobre todo, en materia de legítimas no sería nada fácil de lograr entre la civilistica española. Se hace urgente que las sucesiones por causa de muerte acompasen los dictados que las ciencias biomédicas, la tecnología digital, la demografía, la sociología, la bioética, las estadísticas, la nanotecnología, imponen a las ciencias jurídicas. No es posible hoy pensar el Derecho sin esa visión holística, multi y transdisciplinaria. La interpretación del Derecho no puede desligarse de un perfil sociológico, evolutivo, que conecte el tejido conjuntivo de las normas jurídicas con los datos de naturaleza social.

Si bien el término más utilizado por la doctrina científica hispana que ha servido de sustento a la doctrina de nuestro continente ha sido libertad de testar, ello en el entendido de que desde el Derecho común español el testamento es la fuente voluntaria por excelencia, y casi exclusiva en materia sucesoria, resultando de difícil recepción negocios jurídicos alternativos al testamento, lo cual, salvo contadas excepciones ha sido el derrotero trazado por la codificación civil en los países iberoamericanos, si queremos construir las bases de un nuevo Derecho de sucesiones, se impone entonces hablar de libertad dispositiva por causa de muerte. A fin de cuentas, habría que hablar de libertades en términos relativos. Ese poder jurídico que la libertad entraña, no puede ejercitarse al mero albedrío de la persona, la autonomía privada, en la que se traduce esta libertad, necesita un justo equilibrio, la libertad de la persona en los actos de última voluntad, de los que la libertad de testar es simbólica, pero no exclusiva ni excluyente expresión, debe y tiene que llevar aparejada una cuota de responsabilidad. Como expresaba el maestro Roca-Sastre Muncunill, "La libertad de testar no significa la posibilidad de un ejercicio desordenado de la facultad de disponer por causa de muerte, sino racional. No equivale —según sus adalides españoles— (…) a una autorización para poder testar caprichosa o arbitrariamente sin ninguna traba, freno, limitación, tope o garantía, sino que, al contrario, presupone la necesidad de usar del derecho de testar de una manera normal y conforme a equidad. Ocurre aquí algo parecido con lo que sucede con el concepto básico de la libertad civil, que no implica arbitrariedad, y con el concepto de propiedad, que no comporta la absurda noción de un posible *ius abutendi* desorbitado"[3]. Y esa racionalidad invocada por el célebre autor lleva a cavilar si conviene en terreno jurídico escribir el epitafio de las legítimas.

Indudablemente, la polémica en la doctrina española sobre la necesidad de reformas en materia sucesoria, y en específico en sede de legítimas, resulta bien enconada. Es difícil poner de acuerdo a una prolija doctrina, en la que todos llevan alguna razón, siempre que las cuerdas no se tensen y se asuman posiciones de extremas, pero eso no es motivo que justifique

[4] Roca-Sastre Muncunill, L., *Derecho de sucesiones*, tomo II, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1997, p. 18.

la decisión del legislador que en todo caso es más política que doctrinaria para reformas las legítimas, las que a mi juicio, no merecen —como apunta el autor— el beneficio de la duda por el hecho de estar asentadas en la conciencia social, pues esa conciencia social —como lo ha demostrado la historia— muta en la misma medida en que transitan los ciclos sociales, que no cierran sino se entrelazan en forma de espiral. La libertad de disponer por causa de muerte no puede ser absoluta, no es absoluta, incluso ni en los ordenamientos jurídicos anglosajones. Concebir la libertad de disponer por causa de muerte, sin más cortapisas, linda con la utopía. La persona, en tanto persona, es un ser libre, pero esa libertad que supone la existencia de toda persona tiene que ejercitarse con sentido de la equidad y con vocación de prudencia y racionalidad, o sea, tal libertad, "[…] no es absoluta, debe estar delimitada por intereses generales que garanticen a su vez la libertad de los demás y la convivencia armónica. Existen fundamentos trascendentes que no pueden ser traspasados por el libre albedrío de las personas, libertad no es un poder omnímodo sino ante todo un ejercicio responsable"[4].

Los límites que el Derecho erija frente a la libertad dispositiva *post mortem* deben responder a una función social que rebase el fundamento que hoy se esgrime para sustentar las legítimas, a saber: la solidaridad familiar intergeneracional. No se trata de proteger a las familias por el solo hecho de existir vínculos sustentados en el ADN; no creo que la sangre por sí sola sea motivo justificativo suficiente de enervar parcialmente la libertad de disponer por causa de muerte. Debe existir un plus, conectado con la dependencia, con la vulnerabilidad, amén del vínculo afectivo-familiar, que envuelve no un concepto tradicional de familia, sino uno capaz de avizorar los nuevos constructos familiares. Como significa el profesor Cámara Lapuente al buscar una solución a la encrucijada que el tema de las legítimas provoca a partir del fundamento de aquellas, de manera que si este "(…) debe atender solo a las necesidades reales de la familia más próxima y el modelo familiar está cambiando hacia vínculos más afectivos que de mero parentesco, debería primar la libertad del individuo sobre su patrimonio y, por ende, hacerse una interpretación restrictiva del sistema legitimario, que, cuantías

[4] Según expresa desde la doctrina cubana Landestoy Méndez, P., "Nuevos alcances del Derecho de sucesiones en Iberoamérica", en Pérez Gallardo, L. B. (coord.), *Hacia un nuevo Derecho de sucesiones*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2019, pp. 143-184 (p. 153).

aparte, sería la excepción al sistema de libre disposición en vida y después de la muerte"[5].

El Derecho debe regular, razonada y fundadamente, las limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Y no creo que el fundamento deba estar exclusivamente en la propiedad privada y la familia. Hace tiempo se ha superado la tesis que sustentaba la existencia de una pretendida copropiedad familiar, como si los hijos antes de nacer hubieran contribuido a la formación del patrimonio del padre y fueran cotitulares por el *ius sanguinis*. El patrimonio de la mayoría de las personas hoy en día se obtiene por razón de su propia actividad laboral o empresarial, con independencia de que ciertos bienes se adquieran por herencia, generalmente bienes raíces, o determinadas empresas familiares; y aun así, adquirido vía hereditaria, ello no debe compeler a que el titular lo transmita a su muerte, por imperio de la ley y no de su voluntad, a ciertos familiares, vinculados por la sangre o el matrimonio, y no a aquellas personas que por razón de su vínculo afectivo y su cercanía, en la mayoría de los casos familiar, desea hacerlo.

Si bien no cuento con estadísticas que pudieran resultar ilustrativas a este fin, en los ordenamientos jurídicos en los que no se erigen las legítimas hereditarias como una limitación a la libertad de disponer por causa de muerte —*rectius* libertad de testar—, el testador razonable, digamos, si es que queremos denominarlo así, destina su patrimonio a los familiares más allegados, esencialmente a sus hijos y demás descendientes y a su cónyuge o compañera de hecho, lo cual no quiere decir que comparta la tesis, sobre todo enarbolada desde el Derecho anglosajón, y de calado esencialmente judicial, de la mayor probabilidad de la impugnación de un testamento otorgado a favor de extraños, en ordenamientos jurídicos en los que no existen las legítimas y sí tan solo las *family provisions*, de determinación judicial. En todo caso, habría que probar que estamos en presencia de un testador vulnerable, manipulado por los pretensos beneficiarios. Presumir un comportamiento inescrupuloso del beneficiario no familiar, tampoco sería una recta regla del sentido común, ni de la razón.

[5] Cámara Lapuente, S., "El sistema legitimario del Código civil español, 130 años después", en *Hacia un nuevo…*, *op. cit*., pp. 399-441, (p. 441).

La tendencia sigue siendo trasmitir el caudal hereditario a los más propincuos parientes o al cónyuge o compañero de hecho, pero la racionalidad con la que el jurista debe actuar supone repensar el sistema clásico de legítimas, nunca aniquilarlo. No es hora de escribir su epitafio, sino de matizar la función social que las legítimas deben asumir como impedimento a la libertad de disponer por causa de muerte.

Los límites no deben situarse —como se defiende en el libro— con exclusividad en la protección de la familia[6], sino en la tuición a la vulnerabilidad patrimonial de ciertas personas vinculadas con el disponente por una relación de dependencia económica, en razón precisamente de la vulnerabilidad del beneficiario. La existencia de vínculo familiar ha de ser un requisito, pero no determinante *per se* para que se extienda el mando protector del legislador. Las legítimas como freno a la libertad dispositiva *mortis causa* tienen que justificar su existencia. El *officium pietatis* es una buena razón para sustentar su viabilidad en la actualidad.

El Derecho de sucesiones no solo se enfoca en las situaciones jurídicas patrimoniales, sino también en las de naturaleza existencial. La tradicional rigidez estructural de esta materia del Derecho no debe conllevar inexorablemente a igual rigidez funcional. Como se defiende desde la doctrina brasilera, "(s)e parte de la hipótesis de que el Derecho sucesorio no debe promover la transmisión de la herencia, indiferentemente, a personas aptas que le garanticen económicamente una vida digna, cuando hay personas vulnerables económicamente, o sea, personas con dependencia económica del *de cuius*, o que, dentro de los herederos legítimos, no puedan poseer su propio sustento"[7]. La legítima tiene

[6] Tal y como lo ha dejado expresado la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-641-00, de 31 de mayo de 2000, que declaró la exequibilidad de los preceptos acusados de inconstitucionales del Código civil, todos relativos a las asignaciones forzosas, nombre con el que se conocen las legítimas en el Derecho colombiano, ello en el sentido de "*que los límites que al derecho de testar libremente ha impuesto el legislador, a través de la institución de las legítimas forzosas, tanto en la sucesión testada como en la intestada, buscan proteger a la familia y se originan en razones de interés público*". De ahí que —prosigue la Corte— *"(…) los derechos sucesorales de los legitimarios que protegen las legítimas rigorosas son la natural y obvia proyección en el tiempo de la 'voluntad responsable' de conformar una familia, pues emanan de la vocación hereditaria que, a su turno, es consecuencia de la filiación y, ésta, a su vez, surge del parentesco que, entre otros, nace de los vínculos de consanguinidad que forman una familia (…)"*.

[7] Cardoso Brasileiro Borges, R.y Marques Lima Dantas, R., "Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos", *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 11, Belo Horizonte, jan.-mar. 2017, pp. 73-91, (p. 74).

que incardinar su cometido hacia fines de naturaleza social. La función social de la sucesión por causa de muerte no debe limitarse al pago de impuestos por concepto de transmisión de herencias y legados, y a la participación del Estado como heredero *ab intestato*. Con independencia del Derecho previsional, de la asistencia y seguridad social, el Derecho de sucesiones, como prolongación del Derecho de las familias, debe establecer mecanismos que permitan asistir a personas vulnerables económicamente.

Desde un enfoque de derechos humanos ha de partirse de la necesidad de protección de los grupos vulnerables, protección que el Derecho de sucesiones perfila desde un fin tuitivo patrimonial. La vulnerabilidad es un concepto que ha atravesado el umbral del Derecho público para insertarse también en los distintos subsectores del Derecho privado. La vulnerabilidad ha pasado a ser vista como una condición humana que puede ser violada en el contacto entre personas; de ahí que se ha abandonado la antigua visión limitada de la vulnerabilidad como adjetivo para asumir un sentido sustantivo, constitutiva de la persona. El Derecho de sucesiones debe prever las herramientas útiles para combatir la situación en la que pueden sumergirse ciertas personas que forman parte del círculo familiar del causante, cuya muerte puede agravar su situación de vulnerabilidad patrimonial, ya sea por su edad, por motivo de discapacidad inhabilitante o por otras razones que le enerven su aptitud para autofinanciarse. Por eso es que las normas jurídicas se deben alinear en la búsqueda de alternativas o paliativos que hagan dúctil la vida de dichas personas, sin que ello suponga tampoco cercenar a ultranza la libertad dispositiva de la persona, o limitar el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.

Esta visión implica más que el *quantum*, buscar el *qualitas*. No se trata de reducir la cuantía de las legítimas, sin más; tampoco de una operación de justicia distributiva, de cálculos matemáticos. Esa pretensión de la doctrina, de encontrar hoy la solución al necesario equilibrio entre la libertad dispositiva por causa de muerte y las legítimas, en las matemáticas, a mi juicio, es desacertada; que los legitimarios reciban dos tercios, la mitad, un tercio o cuatro quintos no supone el giro de 180 grados que se requiere en materia de legítimas, tampoco reducir la cualidad de los legitimarios. Lo contrario, implicaría eso sí, que el giro es de 360º, o sea, no movernos de donde estamos y mantener incólume el régimen jurídico de las legítimas por respeto a las tradiciones y a la cultura ancestral de la sociedad.

Justificar hoy la existencia de las legítimas en la protección de la familia, solo por esa única razón, me parece anclado en una etapa adolescente del Derecho de sucesiones. La constitucionalización del Derecho sucesorio permite situar sus coordenadas y paralelos en otros derroteros "geográficos", buscando atribuirles a sus instituciones una función no solo privada, sino también pública. La existencia de personas vulnerables desde el punto de vista económico, trátese de niños, niñas y adolescentes; mujeres que han vivido en regímenes de sojuzgamiento, con dependencia exclusiva de su cónyuge, sin trabajo remunerado propio; personas con discapacidades tales que le han inhabilitado para integrarse en un empleo; personas de la tercera edad con pensiones a cargo de la seguridad social, que no cubren todas sus necesidades económicas, entre otras, necesitan miradas no solo desde las políticas públicas de los Estados, sino también desde el Derecho privado, esencialmente el Derecho de las familias y el de las sucesiones.

El Derecho de sucesiones no puede estar al margen de los casos de violencia intrafamiliar, violencia de género, e incluso la discriminación de mujeres y niñas desde religiones como la musulmana al resultar de aplicación la ley islámica (la Sharía), con especial detrimento de la participación en la herencia de aquellas[8]. En estos casos habría que determinar si los supuestos de violencia intrafamiliar, *v. gr*., justifican un tratamiento diferenciado a favor de las víctimas, si como consecuencia de ella, la persona queda al fallecimiento del causante en un estado de vulnerabilidad patrimonial. Precisamente el principio de solidaridad familiar impone una mirada

[8] *Vid.* Kemelmajer de Carlucci, A., "Multiculturalidad, religión, libertad de testar y Derechos Humanos", *Revista de Derecho de Familia*, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires, octubre 2019-V, p. 354 y ss., comentarios a la Sentencia de 19 de diciembre de 2018, en el caso *Molla Sali vs. Grecia* (núm. 20452/14), de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Según narra la autora de los comentarios, "Un señor que vivía en Grecia, estaba casado y no tenía hijos, dispuso para después de su muerte, mediante un testamento que reunía todos los requisitos exigidos por la ley civil, que todos sus bienes pasaran a su esposa. Ambos profesaban la religión musulmana. Sus hermanas discutieron la validez de ese testamento; sostenían que, según la ley islámica (la Sharía), ellas tenían derecho a heredar tres cuartos de los bienes del difunto. La última instancia del poder judicial helénico (tribunal de Casación) revocó las decisiones de grado y acogió esa pretensión. La viuda, entonces, acudió al sistema regional de derechos humanos; sostuvo que, al privarla de tres cuartos de la herencia, la decisión griega violaba los arts. 6 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (de ahora en más CEDH), y el art. 1 del Protocolo n°1". La Gran Sala le dio la razón.

diferenciada hacia dichas personas. Tratar de manera desigual a personas con una situación económica diferente, supone afianzar la igualdad jurídica en materia sucesoria. La protección patrimonial a las personas vulnerables se erige en un justo límite a la libertad dispositiva por causa de muerte.

Con razón se esgrime que "(e)l alegado fundamento de la solidaridad, mencionado por autores tradicionales, no se sustenta, pues nada dice que beneficiar automáticamente a los herederos necesarios sea una conducta de solidaridad, aunque sea familiar. En muchas hipótesis, la solidaridad familiar puede ser concretizada en la protección financiera a un pariente que no se incluya en el rol de los herederos necesarios. Solamente habrá solidaridad cuando los herederos fueren vulnerables económicamente. Eso porque la transmisión del patrimonio a alguien mayor, capaz y apto para sustentarse no supone un acto de solidaridad"[9]. Se deshace así la tesis que se ha defendido con vehemencia por la doctrina sobre la solidaridad familiar. No se trata de ir en contra de dicha solidaridad, sino de direccionarla hacia un fin justo y racional[10].

Cabe también acotar —aunque no coincida con la visión del profesor Espejo de que las legítimas deben mantenerse incólumes en favor de proteger a la familia esencialmente nuclear y matrimonial— que no puede perderse de vista, si no queremos que el árbol nos impida ver el bosque, que las dinámicas sociales han dado un impulso a las concepciones que desde el Derecho tradicionalmente se ha tenido de la familia, a partir de un enfoque de pluralismo que permite ensanchar su concepto tradicional, anclado aún a la familia matrimonial y nuclear, o sea, el concepto de familia no puede

[9] Cardoso Brasileiro Borges, R. y Marques Lima Dantas, R., "Direito das sucessões…", *op. cit*., p. 88.

[10] Aunque hay autores que niegan direccionar la solidaridad hacia ese fin, resistiéndose expresamente a admitir una legítima de corte asistencial, destinada no a todos los familiares, sino a los que verdaderamente la necesiten. Así, para el profesor Rogel Vide —criterio que no comparto—, "(l)os legitimarios, por el contrario, para serlo y recibir la cuota parte de la herencia del fallecido que les corresponda, no requieren ser necesitados, pudiendo ser, incluso, personas muy acaudaladas, pues la razón de ser de la legítima es la conexión existente entre herencia y familia, conexión que justifica el derecho que ascendientes, descendientes y cónyuge supérstite del difunto tienen a heredar una cuota parte del patrimonio relicto de éste, mayor o menor, pero siempre —necesariamente— de una cierta entidad, de manera tal que la llamada 'legítima asistencial' no es tal, sino beneficencia decretada por el Estado, cuando y en la medida que proceda, a costa de caudales de ciertos ciudadanos, evitando, así, la obligación de atender a los necesitados con medios públicos". *Vid*. Rogel Vide, C., *El derecho a la herencia en la Constitución*, Madrid, Reus, 2017, p. 94.

ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. Por ello, las familias, y no la familia, han de entenderse con la vocación de pluralidad que sus distintas construcciones ofrecen, cada una con sus particularidades, con su entramado de relaciones, con sujetos definidos que merecen visibilidad. Hace ya más de dos décadas, el eterno Rector de la Universidad Externado de Colombia, el profesor Hinestrosa, expresaba la necesidad de una transformación mayúscula no solo del concepto de familia, sino del "derecho de familia" en sí, en sus proyecciones, en su ámbito y en su propia función. "Vivimos otra mentalidad, otra sociedad, y ello ha de significar una concepción y actuación distintas del derecho"[11].

No puede obviarse tampoco que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 27 de julio de 1990, formuló la Observación general 19, en la que reconoce de manera expresa, en consecuencia, tres elementos: a) la existencia de diversas formas familiares; b) la necesidad de que se contemplen en las legislaciones nacionales esas diversas formas, y c) la necesidad de conceder a esas diversas formas de familia, la protección del artículo 23 del Pacto de derechos civiles y políticos.

Es el afecto el punto de reconocimiento e identificación de las distintas construcciones y estructuras familiares, el denominador común, cualquiera sea su estructura. Ese vínculo afectivo afianza el comprometimiento mutuo en el proyecto de vida en común que construye cualquiera de los modelos familiares. "El reconocer el afecto como elemento estructurante del derecho de familia tiene incidencia directa respecto del razonamiento jurídico y de los criterios de interpretación de la normativa familiar. En consecuencia, la configuración del afecto en el ámbito de la relación familiar será decisiva al momento de interpretar y de aplicar la norma"[12].

[11] Hinestrosa, F., "Hacia un Derecho de familia del siglo XXI", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 4, julio 1998-diciembre 1999, (pp. 3-11), p. 6.

[12] Ortiz, Diego Ó., "Hacia un nuevo concepto de padre", comentario al fallo del Juzgado de Familia de 2.ª Nominación de Córdoba ~ 2015-02-09 ~ T. M., F. c. C., B. s/medidas urgentes (art. 21, inc. 4, ley 7676), *Revista de Derecho de Familia*, 2015-IV-90, Abeledo-Perrot No. AP/DOC/553/2015.

La mirada a las familias ha de ser en plural, con sentido inclusivo, y ese plural tiene —y recalco— un valor simbólico[13]. Se requieren miradas no solo desde el Derecho, sino también desde ciencias afines como la psicología, la sociología, la demografía, las estadísticas, pero no con una visión compasiva o meramente tolerante de los nuevos modelos familiares, sino con una vocación de ecumenismo. En esta visión inclusiva, cada vez más pluralista, deben prevalecer el amor, los afectos, las emociones, la solidaridad, el sentido de convivencia, más allá de estereotipos sexistas, de presupuestos ideológicos, de requerimientos normativos. Lleva gran razón el notario español Ignacio Gomá Lanzón cuando expresa que "(e) l elemento triunfante en los modelos más modernos (de familia) sería el de la afectividad, que juega ahora un papel determinante en detrimento de los elementos institucionales. En efecto, la familia no representa ya tanto una búsqueda de la seguridad como un anhelo de felicidad. El desarrollo económico, social y político, incluso el científico (mediante la desvinculación de la procreación de la sexualidad), han transmutado la familia que de ser un remedio de la necesidad ha pasado a constituir un ámbito de libertad en el que se da primacía a las expectativas y deseos individuales"[14].

Como expresa el profesor argentino Ciuro Caldani, "en la sucesión han de coadyuvar, por integración en el mismo nivel, los valores justicia, utilidad y amor. Una sucesión ha de ser justa y útil y ha de abrir cauces al amor"[15]. Y en esa formación trialista de valores, no puede distinguirse la construcción familiar de la que el causante forma parte. Cualquiera sea esta debe abrirse

[13] El profesor español Delgado Echevarría, en su estudio sobre el fundamento constitucional del derecho a disponer por causa de muerte, el que encuentra conectado con la persona —concretamente con el libre desarrollo de su personalidad, más que con la familia y la propiedad—, al aludir a la familia también se pregunta sobre el modelo familiar que en todo caso conectaría con la facultad dispositiva del testador. En tal sentido se pregunta: "¿Qué familia? ¿La de origen, padres o hermanos? ¿La primera o la segunda formada mediante sucesivos matrimonios, con prole de todos ellos? ¿La pareja de hecho? El individuo puede querer que su voluntad se respete frente a los deseos o intereses de sus familiares, o señalar cuál de ellos ha de decidir". *Vid*. Delgado Echeverría, J., "El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte", diario *La Ley*, n.º 7675, sección "Tribuna", Año XXXII, La Ley, p. 5.

[14] Gomá Lanzón, I., "Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI", en *Las legítimas y la libertad…*, *op. cit.*, (pp. 61-76), p. 71.

[15] Ciuro Caldani, M. Á., "Aportes integrativistas al Derecho de sucesiones (La sucesión como hora de la verdad de la persona física)", *Investigación y docencia*, n.º 40, disponible en www.centrodefilosofia.org.ar (consultado el 3 de marzo del 2011), p. 33.

cauce a su sucesión a favor de la realización de dichos valores, sin imposición alguna de la huella hematológica, como tradicionalmente se ha concebido. En ese sentido, se hace necesaria la recepción, por las normas del Derecho de sucesiones, de los distintos modelos familiares, de manera que se logre una perfecta armonía entre ambos eslabones, el de las familias y el de las sucesiones. De ahí la necesidad de visibilizar entre los sujetos legitimarios a los nuevos actores de los modelos familiares de reciente recepción jurídica, deber que le corresponde al legislador al conectarlos con la sucesión forzosa y con la sucesión *ab intestato* y no dejar esta encomienda de protección a la voluntad del testador, que puede o no favorecerles, creando así estructuras verticales en los modelos familiares, en los que la familia matrimonial siempre estaría en el vértice frente a otros constructos familiares, invisibilizados en los sistemas legitimarios. Por ese motivo no coincido con la aseveración del autor de desaconsejar al legislador el establecimiento de un derecho de legítima a favor del conviviente. La familia de hecho es tan familia como la derivada del matrimonio. Negarles derechos a la legítima a los convivientes generaría una asimetría familiar incompatible con los valores y principios constitucionales. La solución, una vez más, no está en la voluntad del testador, sino en la solución que ofrece el legislador sobre la base de la no discriminación de los modelos familiares, una de cuya expresión sería la negación de derechos legitimarios a los convivientes o parejas de hecho. No creo que sobre la base del principio de pluralidad familiar pueda defenderse la idea de que el parentesco o el matrimonio constituyen el fundamento de la legítima —tal y como se afirma en el texto—. Pudieron haberlo sido en otra época, pero las legítimas no pueden convertirse en una institución que proteja o proclame cierto modelo familiar —sustentado en el matrimonio— e ignorar los otros, de modo que gocen de su protección los que escojan ese constructo familiar, cercenando así el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Las normas sucesorias no pueden ser normas de élite que castiguen a las personas en razón del modelo de familia en el que se inscriben.

Se trata, pues, de ponderar los intereses en juego, buscando un adecuado equilibrio entre la libertad de disponer por causa de muerte, como expresión del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona, en la justa medida en que cada ser humano puede escribir su propia biografía, incluidos los últimos actos de su vida, a través de los cuales quiera ordenar

su sucesión por causa de muerte y, por otra parte, el afán de protección de aquellas personas dependientes económicamente del causante, cercanas a su entorno afectivo al formar parte de su familia, entendida esta con vocación de pluralidad, con la aparición de nuevos actores en el entorno sucesorio, a incluirse también en la condición de legitimarios. La clave para armonizar este dueto conceptual en los ordenamientos con tradición legitimaria, no creo esté en la supresión de las legítimas ni en la reducción de los sujetos beneficiarios, ni es cuestión de operaciones matemáticas de reducción de su cuantía. La solución no está en su debilitamiento, sino en su conversión funcional.

Por último, vale la pena repasar una de las últimas afirmaciones del autor en sus precisas conclusiones contenidas en el quinto y último capítulo, relativa a las causas de desheredación en relación con lo cual algo se ha anticipado, las que si bien considera merecen algún retoque técnico, no así —según defiende— un cambio radical en su regulación, de modo tal que solo deberían ser causas de desheredación las que constituyan conductas muy graves, taxativamente determinadas por la ley. Creo que tales conductas (las sustentadas en el desafecto, el abandono moral, el maltrato psicológico, la falta de atención al causante) merecen un juicio de reproche de su autor, no solo desde una visión químicamente jurídica, sino desde una perspectiva axiológica del Derecho. El Derecho no solo es norma, también es conducta y el Derecho de sucesiones debe actuar bifronte, de modo tal que castigue las conductas infractoras y sea dadivoso para quienes destacan en el cuidado y atención del causante de la sucesión. Como expresan Gallanis y Gittler, las leyes reguladoras de las sucesiones deben alentar a los miembros de la familia a que brinden atención a los padres y familiares ancianos y enfermos. Algunos académicos, más recientemente la profesora Frances Foster —según referencian los autores citados— han abogado por un enfoque de la sucesión basado en el comportamiento, vinculando los derechos de la herencia a la conducta del beneficiario hacia el difunto durante la vida de este. La profesora Foster critica las leyes sucesorias de Estados Unidos, que además se centran en modelos clásicos de familias, sin tomar en cuenta la complejidad de las relaciones familiares de hoy día[16].

[16] Gallanis, T. P. y Gittler, J., "Family Caregiving and the Law of Succession: A Proposal", *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 45, 2012, pp. 761-786 (p. 761). Disponible en https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol45/iss4/2 (consultado el 29 de junio de 2020), pp. 778 y 779.

En fin, vivimos tiempos de cambio, necesitamos adaptarnos si no queremos perecer en el intento. Todo cambia, y también las legítimas tienen que adaptarse a ello como opción de subsistencia, como vía necesaria para su salvación. Como diría el propio VALLET DE GOYTISOLO: "La conveniencia o inconveniencia de las leyes no puede juzgarse si no es con relación al clima social o moral al que se aplica. Mucho más que el juicio teórico de la ley interesa la reacción que provoca en el organismo social al que se aplica"[17].

Enhorabuena al maestro ESPEJO LERDO DE TEJADA por la cena lezamiana que esta obra supone y que invitamos a degustar a la más selecta doctrina científica. Seguro estoy que tras su lectura habrá una larga sobremesa.

[17] VALLET DE GOYTISOLO, J. B., "Significado jurídico social de la legítima y de la libertad de testar", *Anuario de Derecho civil*, tomo XIX, fascículo I, enero-marzo MCMLXVI, pp. 3-45 (p. 39).

RECENSIÓN

RELIANCE IN THE BREAKING-OFF OF CONTRACTUAL NEGOTIATIONS. TRUST AND EXPECTATION IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE

Autora: ZULOAGA RÍOS, ISABEL MARGARITA
Cambridge, Intersentia, 2019, XXXVIII + 255 páginas

José Miguel Embid Irujo
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

1. Desde hace considerable tiempo, se encuentra plenamente difundida en el Derecho de obligaciones y contratos una especie de "consideración dinámica" del contrato, sobre todo, de aquel no predispuesto, sobre cuya base el acuerdo de voluntades sería el "acto final" de un procedimiento, más o menos largo, del que constituirían parte esencial lo que se viene denominando entre nosotros "tratos preliminares". Estaríamos, entonces, ante una suerte de "fase previa" en el desenvolvimiento del contrato, integrada esencialmente por una serie de negociaciones entre las potenciales partes de dicho negocio jurídico.

Como resulta fácil de comprobar, esos tratos o negociaciones o, quizá mejor, el período de tiempo durante el que se desarrollan, no ha merecido la necesaria atención desde el Derecho; ello es consecuencia, entre otras cosas, de la dificultad inherente a su precisa delimitación y porque sobre el mismo confluyen ideas diversas, por no decir antagónicas, en torno a la

existencia durante su transcurso de deberes recíprocos entre los negociadores. Representa una excepción en la historia del Derecho la figura de la *culpa in contrahendo*, cuyo "descubrimiento", si vale el término, constituye uno más de los muchos méritos que concurren en la obra de IHERING.

Dicha fórmula, de inequívoca filiación contractual, ha servido —y sigue sirviendo— para albergar, en buena medida, el amplísimo conjunto de reflexiones sobre la viabilidad, las modalidades y los requisitos de una posible responsabilidad precontractual, materia en la que, una vez más, y a despecho de su importancia, se advierten notables diferencias entre los ordenamientos jurídicos. Y no solo entre las dos grandes categorías que siguen representando, hasta el momento, la *summa divisio* del Derecho a escala mundial, es decir, de una parte, los sistemas del *common law* y, de otra, los derivados del Derecho continental. Incluso entre estos últimos, donde, como es sabido, existe mayor inclinación a admitirla, se observan notables contrastes, que van desde su discutida inserción, bien en la órbita propiamente contractual, bien en el ámbito delimitado por el ilícito civil, hasta la determinación del fundamento mismo de esa peculiar responsabilidad.

Por lo expuesto, hay que saludar la publicación del libro de Isabel ZULOAGA al que se dedica esta recensión, que trae causa de su tesis doctoral —brillantemente defendida en la Universidad de Oxford— dirigida por los profesores John Cartwright y Stefan Vogenauer. La autora, con una larga y relevante trayectoria en el ámbito académico chileno, ya había efectuado notables aportaciones a la materia, de las que conviene recordar su reconocida monografía *Teoría de la responsabilidad precontractual. Aplicaciones en la formación del consentimiento en los contratos* (3ª ed., Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008). En la presente ocasión, la profesora ZULOAGA construye, desde una perspectiva comparada, una noción omnicomprensiva, susceptible de dar fundamento a dicha responsabilidad cuando se produzca la ruptura de las negociaciones previas; la ha encontrado en la idea de "confianza" (*reliance*), entendida como "credibilidad" (*trust*) y "expectativa" (*expectation*).

2. Son ocho los capítulos en los que se divide la obra en estudio, sin perjuicio de un prefacio (pp. XXXIII-XXXVIII) en el que la autora presenta, dentro de su campo de trabajo, el supuesto principal de estudio, al

que denomina "caso paradigmático", a fin de averiguar si en su particular ámbito sería posible identificar las bases para el establecimiento de una determinada responsabilidad. Y por caso paradigmático entiende ZULOAGA aquella situación o momento temporal en el que, efectivamente, no ha llegado a perfeccionarse contrato alguno y tampoco se han realizado trabajos preliminares al respecto. Sin embargo, se han producido gastos y, a pesar de que no se apreció en ninguno de los negociadores la intención de dañar o perjudicar al otro, resulta posible comprobar que una de las partes confió en que el contrato se concluyera sobre la base de la conducta desarrollada por la otra parte.

Descrito de esta manera el punto de partida, resulta evidente el carácter circunscrito de la monografía y, más todavía, el interés que atesora, pues como la misma autora indica el llamado "caso paradigmático" ha sido elegido como motivo de estudio por ser el que más dificultades plantea a la hora de dar fundamento a un concreto supuesto de responsabilidad por ruptura de las negociaciones. Con esta última noción se alude a aquel período de tiempo, más o menos largo, durante el que se produjo lo que cabría denominar "contacto negociador", bien a iniciativa de una parte, bien de las dos, de manera simultánea, con la finalidad aparente de desembocar, mediante el intercambio de informaciones y comunicaciones, en la conclusión de un determinado contrato.

Alrededor del caso descrito, que permite excluir distintos supuestos, desde la contratación de consumo hasta aquella que implique ciertas realidades con inequívoca dimensión empresarial (por ejemplo, las referidas a fusiones y adquisiciones), girará toda la obra, en la que, como ya se ha dicho, destaca con especial relieve la intensa perspectiva jurídico-comparada. Así, en el primer capítulo (pp. 1-9), se destaca la profunda contraposición existente, a propósito del caso paradigmático, entre el Derecho inglés, como ejemplo destacado de los sistemas del *common law*, y los ordenamientos de Alemania, Francia y Chile, todos ellos pertenecientes a la esfera jurídica continental europea, y que han sido seleccionados por la autora para la elaboración de su monografía. En tanto que estos tres últimos, por diversas vías, terminan reconociendo la existencia de la responsabilidad en estudio, no ocurre lo mismo, según es notorio, con el Derecho inglés.

Son varias, seguramente, las razones existentes para esa profunda diversidad; de entre ellas, destaca ZULOAGA la idea de que, en este último, predomina el criterio de que las partes se guían, también en las negociaciones, por la lógica estricta de su propio interés, sin mediaciones ni matices derivados, por ejemplo, de cláusulas generales como la relativa a la buena fe, no reconocida, como es bien sabido, en el Derecho inglés, y sí en los otros. Y ello, sin ignorar, del mismo modo, que en todos los ordenamientos mencionados rige el principio de libertad de la contratación, al que se anuda, igualmente, la libertad de romper las negociaciones iniciadas. Así se advierte nítidamente por la propia autora en la conclusión del segundo capítulo del libro (pp. 11-19), en el que se introduce, del mismo modo, la categoría central de la obra, es decir, la confianza, en su doble vertiente, ya señalada, de "credibilidad" (*trust*) y "expectativa" (*expectation*).

Por su parte, los capítulos tercero (pp. 21-54), cuarto (pp. 55-97) y quinto (pp. 99-141) desarrollan con gran detalle y considerable erudición la cuestión de la tutela de la confianza por ruptura de las negociaciones contractuales, respectivamente, en los ordenamientos de Alemania, Francia y Chile, destacando, entre otros extremos, el elemento común en todos ellos de la respuesta positiva al interrogante suscitado, si bien por caminos no del todo coincidentes. La elección de estos tres ordenamientos como base de sustentación de la obra reseñada se debe, según advirtió la autora en el mismo inicio de su libro (p. XXXIII), a su condición de referentes fundamentales en el tema suscitado, dentro del respectivo ámbito territorial y jurídico del que provienen y en el que se asientan.

Así sucede con el Derecho alemán, dentro del sector de los ordenamientos germánicos y centroeuropeos, sin perjuicio de la imprescindible contribución doctrinal de IHERING, antes indicada y de la no menos relevante reforma del BGB de 2002; por su parte, el Derecho francés constituye una referencia importante, que no única, en los ordenamientos latinos, gracias, también, a la reforma del *Code civil* de 2016; por último, el Derecho chileno, aun emparentado estrechamente con el francés, sin perjuicio de otras influencias, constituye, seguramente, el ejemplo de vanguardia más relevante del círculo jurídico iberoamericano.

No es preciso, por lo demás, detenerse aquí en la exposición del contenido de los tres indicados capítulos; bastará con señalar que en todos ellos luce con nitidez el profundo estudio llevado a cabo por la autora, su muy completa documentación, tanto en el terreno doctrinal como en el relativo a la Jurisprudencia, así como, por último, su claridad de juicio a la hora de exponer los elementos fundamentales de cada ordenamiento.

De especial relieve resulta el capítulo sexto (pp. 143-182) dedicado a construir la categoría de la confianza (*reliance*) como elemento nuclear para el establecimiento de la responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones en los Derechos alemán, francés y chileno. En lo que atañe al fundamento de dicha responsabilidad, si los tres ordenamientos examinados pueden ser reconducidos al clásico *neminem laedere*, no existe, en cambio, unanimidad dogmática. Por un lado, el Derecho alemán engloba a la responsabilidad en estudio dentro del ámbito del contrato, en tanto que los otros dos ordenamientos se sitúan, con distintos matices, en la órbita del ilícito civil.

No impide esta disonancia que, a la hora de concretar los requisitos particulares de la responsabilidad precontractual, sea posible constatar la coincidencia de los ordenamientos estudiados en torno a ellos. Menciona la autora, en tal sentido, la necesaria existencia de una relación precontractual, centrada, precisamente, en las negociaciones emprendidas; pero también hacen falta otros elementos, como la ruptura de los deberes precontractuales, la ausencia de fundamento lícito para la ruptura, así como, por último, la concurrencia de ciertas circunstancias objetivas sobre cuya base surgió la confianza en una parte, luego decepcionada por la ruptura de las negociaciones.

Aquí se nos muestra en todo su relieve el papel crucial de la confianza, como fundamento esencial, según se ha dicho, de la responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones. Estudia Zuloaga con detalle las dos dimensiones, credibilidad y expectativa, antes señaladas, entendidas como magnitudes singulares de esa confianza. Interesa destacar, a este respecto, la comprensión de esa expectativa de un modo puramente objetivo, al tiempo que se destaca por la autora su "debilidad" frente a la mayor solidez de la expectativa contractual.

En cualquier caso, la confianza de la que aquí se habla ha de ser, desde luego, cierta y también legítima, calificativos ambos a los que la autora dedica particular atención, tratándolos en el marco establecido por el desarrollo temporal de las negociaciones. Tampoco es posible ignorar, a tal efecto, la posición concreta de las partes durante el proceso negociador, así como, del mismo modo, la concurrencia, en su caso, de una particular habilitación profesional.

Por otro lado, y también a los efectos de la delimitación de la confianza, resulta necesario analizar su posible relación con la buena fe, como magnitud general de orientación de la conducta personal en los tres ordenamientos estudiados. La invocación de la misma ha sido, y en buena medida, sigue siendo, una constante en los Derechos de base continental europea, sin que pueda establecerse una correlación necesaria con la confianza aquí objeto de estudio. Afirma ZULOAGA, en tal sentido, que la buena fe no es necesaria en dichos ordenamientos para la imposición de la responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones, si bien no es irrelevante a tal efecto, por cuanto puede contribuir a la mejor delimitación de los deberes correspondientes a las partes durante el proceso negociador.

Concluye este importante capítulo con la referencia sintética, en primer lugar, a los instrumentos utilizables para la tutela de la confianza, sin que resulte del todo claro el alcance del resarcimiento que, en su caso, haya de satisfacer quien despertó la confianza en la parte perjudicada. En segundo lugar, analiza la autora el tratamiento de la cuestión en distintos textos de carácter internacional, desde los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales hasta los principios de Derecho contractual europeo, pasando por otras aportaciones de semejante carácter, como el muy relevante *Draft Common Frame of Reference*, de tanta influencia, dentro del tema que nos ocupa, en la reciente reforma del Derecho francés.

El octavo y último capítulo de la obra en estudio (pp. 183-231) se dedica por ZULOAGA a estudiar las "consecuencias potenciales" que su planteamiento pudiera llegar a tener en el Derecho inglés. En este sentido, y reiterando algunas de las ideas expuestas con anterioridad, destaca de nuevo la autora la ausencia en dicho ordenamiento de una orientación general sobre la materia analizada, sin perjuicio de la existencia de algunas soluciones

parciales o concretas (*piecemeal solutions*). De este modo, parece evidente que el Derecho inglés, a diferencia de los otros ordenamientos estudiados, no daría respuesta, en cuanto tal, al caso paradigmático.

No se resigna la autora a asumir sin más esta negativa conclusión y a lo largo del capítulo en cuestión se dedica, con el mismo rigor y equivalente erudición, a escudriñar la viabilidad que a tal efecto podrían tener algunas figuras jurídicas características del Derecho inglés, susceptibles de acercarse, aunque nunca demasiado, al supuesto estudiado. Y siempre con la finalidad de hacer posible, en su caso, la responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones, sobre la base de haber quedado defraudada la confianza legítima de una de las partes.

Se analiza, en tal sentido, la figura del *estoppel*, en sus dos variantes fundamentales (*promissory estoppel* y *proprietary estoppel*); lo mismo se hace con el hecho ilícito (*tort*), el contrato y la restitución. Presta atención Zuloaga, igualmente, a la buena fe y a su protagonismo en el Derecho inglés, derivado, en lo esencial, de la incorporación del Derecho de la Unión europea, sin perjuicio de que, como sabemos, no llegue a constituir una noción general en su seno. Esta circunstancia, con todo, no debe entenderse, a juicio de la autora, como la afirmación de la improcedencia, en el Derecho inglés, de la responsabilidad precontractual en el caso paradigmático.

Y para evitar que tal criterio se quede en una mera afirmación retórica, dedica Zuloaga las últimas páginas de su monografía a explorar las posibilidades que podría tener la noción de confianza, exhaustivamente delimitada en apartados anteriores, en el Derecho inglés, a propósito, como es evidente, del problema analizado. Se trata, en el fondo, de un intento de desarrollo de dicho ordenamiento a través del impulso que un criterio relativamente ajeno a su tradicional contenido podría proporcionar a las instituciones examinadas. No está del todo convencida la autora del resultado que su *modus operandi* produciría, en su caso, como consecuencia de la necesaria cooperación a tal efecto de los propios tribunales ingleses. De darse dicha cooperación, aventura Zuloaga que la figura más adecuada para dar fundamento a la responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones sería el acto ilícito basado en la negligencia.

3. La reseña del contenido del libro elaborado por Isabel ZULOAGA puede servir, a pesar de su esquematismo y deliberado carácter sintético, para que el lector aprecie su actualidad, su notoria calidad científica, así como, sobre todo, el interés de la propuesta efectuada en torno al relieve de la confianza para la responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones. Es de destacar, asimismo, la excelente sistemática de la obra, el muy extenso aparato crítico empleado, la claridad de la redacción, así como, desde un punto de vista complementario, el cuidado y el detalle en la exposición de las fuentes legales y jurisprudenciales relativas a los ordenamientos jurídicos analizados.

Resulta, por ello, obligado felicitar a la autora, esperando que su libro tenga la amplia difusión que merece. Y por presumir que, dada su consumada experiencia en la materia estudiada, no abandonará dicho campo de trabajo, me tomo la libertad de exponer brevemente algunas reflexiones que la lectura de la obra me ha suscitado, por si pudieran resultarle de utilidad. La primera de ellas se refiere al supuesto sobre el que se articula el trabajo de ZULOAGA, es decir, el llamado "caso paradigmático", cuyo tratamiento, como punto de partida e inspiración de la tarea investigadora, se encuentra plenamente justificado, por ser, como nos recordaba la autora, uno de los más difíciles para justificar la existencia de la responsabilidad precontractual.

Pero, por la misma circunstancia, no resulta del todo nítido el ámbito en el que dicho caso pueda ser predominante; o, expresado de otro modo, no faltan las dudas sobre la "zona de intereses" en las que quepa comprobar su operatividad. La autora delimita bien su campo de estudio, precisamente en atención al caso paradigmático, lo que le lleva a eliminar muy distintos supuestos de posible "contacto negociador", sin que se termine de concretar el terreno donde el mismo sea o pueda ser habitual.

Me aventuro a pensar que, por las circunstancias inherentes a ese mismo caso paradigmático, en particular por el hecho de que ninguna de las partes predomine sobre la otra —una especie de imprescindible "supuesto antropológico" —, será en el mercado y en el marco de las relaciones que sus distintos operadores puedan establecer donde la responsabilidad precontractual por ruptura de las negociaciones encuentre su principal acomodo. Y

ello, a pesar de que en algunos de tales supuestos (como la preparación de los acuerdos sobre fusiones y adquisiciones, según nos advirtió en su momento la propia autora) pueda discutirse la viabilidad de la misma.

Esta "dimensión de mercado" intensifica el dinamismo del proceso negociador y, en ocasiones no escasas, hará difícil la nítida separación entre la parte que inspiró la confianza y luego la defraudó y la parte perjudicada por tal hecho. No quiero decir que sea, ni mucho menos, imposible, pero en la intensa interacción que acompaña a tales tratos podría suceder que nadie fuera del todo inocente ni del todo culpable, si se admite la expresión, restringiendo significativamente el campo funcional de aplicación de la certera doctrina elaborada por la autora.

En ese contexto de mercado, de marcado carácter empresarial, quizá tendría interés trasladar la relevante doctrina contenida en el libro de Isabel Zuloaga, pensada, de manera predominante, para los contratos de intercambio de prestaciones a los contratos de organización, como el de sociedad, donde la existencia de un fin común a los contratantes, matiza, pero no excluye, la existencia de una ruptura improcedente de las negociaciones y, por tanto, el posible surgimiento de la responsabilidad precontractual. Los supuestos imaginables son, ciertamente, muchos, y en algunos de ellos, como el de la sociedad conjunta (*joint venture corporation*), de tanto relieve en el comercio internacional, será posible observar cercanía de la vertiente societaria a la puramente contractual, con interesantes repercusiones en el tema que nos ocupa.

Por otra parte, y en lo relativo a la confianza, auténtica columna vertebral del libro, podría ser conveniente comprenderla también, como decía al principio de la reseña, de manera dinámica, en el seno y a lo largo del proceso negociador, de modo que su constatación, a efectos de responsabilidad, fuera no tanto un problema conceptual, sino, más bien, la comprobación de un resultado. De este modo, y en paralelo a los "grados de desenvolvimiento" del derecho subjetivo, que una antigua doctrina civilista identificaba, sucesivamente, con la esperanza, la expectativa y el derecho cierto, pero todavía no exigible, sería posible ver la confianza "en modo" de formación sucesiva.

En este sentido, a mi juicio, las fases correspondientes serían la conjetura —la conclusión del contrato se ve como mera hipótesis—, la esperanza —la

negociación va en serio, pero queda camino por recorrer— y finalmente, la producción objetiva de la confianza —si hay ruptura, surgirá necesariamente la responsabilidad precontractual—. Algo de esto, si no he entendido mal, se dio en la sentencia del *Hoge Raad* holandés, de 18 de junio de 1982 (citada por ZULOAGA en la p. 181), sobre cuya base solo en la última y tercera fase (su denominación, que ignoro, sería lo de menos) la ruptura de las negociaciones resultaría ilegal, dando lugar, obviamente, al surgimiento de la responsabilidad.

4. Termino ya, no sin antes poner de manifiesto una convicción a la que he llegado tras la lectura del excelente libro de Isabel ZULOAGA. Por razón de su doctorado oxoniense, creo que la autora se ha sentido obligada a insertar el Derecho inglés, ciertamente singular, en el contexto de una obra cuya finalidad y cuyos elementos de sustentación se explican desde los fundamentos, sin duda heterogéneos, pero con un importante núcleo común, de la tradición continental europea. Ese contraste de modelos jurídicos ha conducido a la autora a identificar una carencia en el Derecho inglés, no necesariamente derivada de su condición de ordenamiento propio del *common law*, como prueba la distinta realidad en la materia analizada de Estados Unidos o Australia.

Del mismo modo que, al parecer, Bruno Walter, el gran director de orquesta alemán, y también compositor, "invitaba" a los miembros de su orquesta a hacer música con él, Isabel ZULOAGA ha formulado una cortés invitación al Derecho inglés —quizá, mejor, a sus operadores jurídicos, sobre todo, los jueces— para que se supere, en la medida de lo posible, dicha carencia. A tal efecto hará falta que esos mismos operadores jurídicos, seguramente no todos, salgan de su habitual escepticismo frente a todo lo que sea concepto, dogma o cláusula general y, en el tema que nos ocupa, se dignen incorporar los elementos nucleares de esta importante obra, por entender que será de utilidad para lograr, sigamos con ULPIANO, el siempre imprescindible *suum cuique*.

No es seguro que la invitación de la autora vaya a ser acogida plenamente o no, al menos, de manera inmediata. En todo caso, estoy convencido de que quien ocupe su tiempo con la lectura de esta destacada contribución científica no lo perderá.

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE LOS TRABAJOS DE LA RJN

- Los trabajos remitidos a REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO (en adelante, RJN) para su publicación habrán de ser **originales** e **inéditos**.
- **Envío**: los trabajos serán enviados a revistajuridica@notariado.org, debiéndose indicar, junto al nombre completo del autor, NIF y domicilio fiscal del mismo.

  Los trabajos han de cumplir con los **siguientes criterios**:

  a) **Extensión de los trabajos:** Se premiará ante todo la calidad y el interés del texto, pero con carácter orientativo se indica que como máximo los estudios doctrinales tendrán una extensión de unas 40 páginas, y los artículos de práctica jurídica de 15 páginas.

  b) **Formato del archivo:** Word.

  c) **Fuente y párrafo:**

  - Tipo de letra: Times New Roman.
  - Estilo: sin negritas ni subrayados.
  - Tamaño de letra: 12 (texto principal) y 10 (notas).
  - Interlineado: sencillo.

  d) **Estructura**. Todos los trabajos enviados para su publicación habrán de contener, al inicio de los mismos, los siguientes datos en el orden que a continuación se relaciona:

  i. **Título** del trabajo (en español y en inglés).

  ii. **Autoría**: nombre y apellidos del autor/es y grado académico o situación profesional.

  iii. **Resumen** del artículo en castellano (entre seis y ocho líneas).

iv. **Resumen** del artículo en inglés (*abstract*).

v. **Palabras clave** en castellano (de 5 a 10 palabras).

vi. **Palabras clave** en inglés (*keywords*).

vii. **Sumario**, según la siguiente numeración y fuente:

I. (en mayúscula y negrita)

1. (en minúscula y negrita)

1.1. (en minúscula y negrita)

1.1.1. (en minúscula y negrita)

El último apartado será la **Bibliografía**, que deberá contener las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente por el primer apellido del autor y según la forma establecida en el apartado siguiente.

e) Las **notas** se situarán a pie de página, debiendo atenderse, en las **referencias bibliográficas**, los siguientes criterios:

Libro:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), *T*ítulo *de la obra (en cursiva)*, edición, lugar de publicación, editorial, año.

Capítulo de Libro:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), "Título del capítulo" (entre comillas), en: apellidos e inicial del nombre (ed./dir./coord.), *título del libro (en cursiva)*, edición, lugar de publicación, editorial, año, pp. inicial y final.

Artículo:

APELLIDOS, INICIAL DEL NOMBRE (en mayúsculas), "Título del artículo" (entre comillas), en: *título de la revista (en cursiva)*, número de la revista, año, pp. inicial y final.

Documento electrónico:

A lo indicado en los puntos anteriores (según sea libro, capítulo de libro o revista), deberá indicarse: [consultado el (fecha de la consulta)], dispone en (dirección URL).

La referencia de la obra ha de ser completa la primera vez y abreviada en las siguientes. Igualmente será completa en la bibliografía final.

El Consejo Editorial de la RJN rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación indicadas.

- **Selección y valoración**: Los trabajos recibidos son sometidos a un proceso de evaluación y selección anónimo y llevado a cabo por dos especialistas en la materia, externos al Consejo Editorial y de Redacción, quienes elaborarán un informe, redactado en el idioma en que lo esté el original, sobre su contenido.

  El informe de los evaluadores será motivado y recomendará la aceptación, la revisión o el rechazo del trabajo. En caso de discrepancia, el Consejo Editorial de la revista procederá a consultar a un tercer evaluador experto, quien emitirá un tercer informe decisorio.

  Los informes de los evaluadores serán remitidos a los autores a fin de que éstos procedan a incorporar las correcciones y, en la medida de lo posible, las sugerencias en ellos contenidas.

  La decisión final sobre la publicación de los trabajos corresponde al Comité Editorial, una vez vistos los informes de los evaluadores.

- **Cesión de derechos**: El autor cede los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de su trabajo para su publicación en la RJN en cualquier tipo de soporte, así como para su inclusión en las bases de datos en las que la revista esté indexada.

Consejo General del Notariado
C/ Silvano, 55
28043 Madrid (España)
Tel.: 913 087 232
Fax: 913 087 053
revistajuridica@notariado.org
www.notariado.org

FUNDACIÓN NOTARIADO